

el legado en los casos expresados, porque deja de existir en los bienes hereditarios, ya porque perece la cosa legada, ya porque se pierde por evicción; pero que si tales hechos se verifican después de la muerte del testador por culpa del heredero por haberse constituido en mora, aunque el legado ya no se puede cumplir, sin embargo, aquél está obligado á pagar al legatario los daños y perjuicios que hubiere sufrido por su culpa.

Para terminar esta lección diremos, que el heredero tiene derecho para recobrar la cosa legada del legatario que la recibió, cuando se declara nulo el testamento, y por consiguiente el legado, pues en tal caso carece el segundo de título en virtud del cual pueda retenerlo.

Este principio cuya justicia es perceptible á primera vista, se halla sancionado por el artículo 3,620 del Código Civil, en los términos siguientes: «Si se declara nulo el testamento después de pagado el legado, la acción del verdadero heredero para recobrar la cosa legada, procede contra el legatario y no contra el otro heredero; á no ser que éste haya hecho la partición con dolo.» Este precepto, quiere, con razón, que el heredero cuya institución se declaró nula é ineficaz no sea responsable de la restitución de la cosa legada, si ya hizo la cuenta de división, y por consiguiente la entrega de aquélla, sino el legatario que la recibió, exceptuando el caso en que haya obrado así dolosamente, á efecto de burlar el derecho legítimo del heredero verdadero y dificultar el ejercicio de él; pues entonces, para castigar su dolo, se le considera como si estuviera en posesión de la cosa objeto del legado para el efecto de la responsabilidad civil.

LECCION QUINTA.

DE LA SUCESSION POR TESTAMENTO.

I.

DE LAS SUSTITUCIONES.

Los autores hacen derivar la palabra sustitución de las dos latinas *sub institutio*, que significa subinstitución, esto es, una institución hecha después de la primera, en segundo orden; y de esta etimología derivan la definición respectiva de aquélla, diciendo que es la disposición por la cual instituye el testador en orden subsidiario á una persona para el caso en que otra, instituída en primer lugar, no llegue á heredar.¹

En términos idénticos define la ley 1.^a, título V, Partida VI, la sustitución, diciendo que es el nombramiento de otro heredero para que entre en la herencia á falta del instituído en primer lugar.

La sustitución debe su origen al derecho Romano, y fué de grande uso porque tenía por objeto evitar que la herencia quedara vacante cuando el heredero instituído no podía ó no quería aceptarla, así como prevenir la caducidad de las disposiciones testamentarias.

¹ Mayuz, Droit Romain, tomo III, § 384; Thiry, tomo II, núm. 273.

De la legislación Romana pasó la sustitución á la de las Partidas, pero perdió su importancia desde la publicación de la ley 1.^a, tít. 18, libro X de la Nov. Rec., que declaró, que vale lo ordenado en el testamento, aun cuando el heredero instituido no quiera ó no pueda aceptar la herencia. Sin embargo, los comentaristas de la legislación Española atribuyen á la sustitución, si no ventaja, al menos utilidad, porque deja á los testadores mayor amplitud para socorrer necesidades y premiar servicios de otras personas que, á falta del primer instituido, pueden ser más acreedoras á una recompensa que los herederos ab-intestato, á quienes deberían pasar los bienes si no se permitiera la sustitución.¹

Para que exista ésta es necesaria la concurrencia de los requisitos siguientes:

1.^o Llamamiento sucesivo de dos ó más personas á la misma herencia:

2.^o Que el sustituto no recoja, ó más bien dicho, que no haga suyos los bienes hereditarios, sino cuando el heredero instituido se halle en la imposibilidad de heredar por haber muerto ó por cualquier otro motivo, ó porque renuncie la herencia.

La necesidad del primer requisito es de evidencia, supuesto que el sustituto debe heredar en lugar del heredero instituido cuando haya alguna circunstancia que lo ponga en la imposibilidad de aceptar la herencia, ó cuando la renuncia por convenir así á sus intereses.

La necesidad del segundo requisito es igualmente perceptible, porque la substitución no es más que una institución de heredero condicional, supuesto que el sustituto no sucede al testador, si no se cumple una condición, si el heredero instituido en primer lugar no hereda porque no puede ó no quiere.

¹ Gutiérrez Fernández, tomo III, pág. 332; Viso, tomo II, pág. 402.

De lo expuesto se infiere:

1.^o Que siendo la sustitución una verdadera institución de heredero, sólo puede hacerse en testamento y á favor de personas que sean capaces de heredar:

2.^o Que teniendo por objeto la sustitución que haya un heredero en defecto del instituido, y que siendo posible que falte éste así como el sustituto, puede también nombrarse sustituto á éste, y sucesivamente cuantos quiera el testador, de manera que cada uno sustituya no solamente al que le preceda en el orden de su nombramiento, sino también al heredero instituido.

Esta conclusión ha sido expresamente sancionada por el Código Civil, que después de establecer en el artículo 3,622 que los sustitutos pueden ser nombrados conjunta ó sucesivamente, declara en el 3,623 que el sustituto del sustituto, faltando éste lo es del heredero sustituido.¹

Gutiérrez Fernández y García Goyena estiman que la declaración contenida en este último precepto, que está tomado de la legislación Española, es de grande utilidad, sobre todo desde que la ley recopilada á que antes aludimos abolió el principio de que nadie puede morir parte testado y parte intestado, y cambió las condiciones del derecho de acrecer, admitiéndolo más bien que como derecho necesario, como acto presunto por voluntad del testador.²

Ambos proponen los siguientes ejemplos para hacer más comprensible el efecto que produce la declaración de la ley recopilada, y que transcribimos porque el Código Civil adoptó el mismo sistema: "Supóngase que un testador instituye á Pedro por heredero en dos tercios de su herencia, y á Pablo en el otro tercio. Por derecho Romano la parte de cualquiera de los dos que no pudiera ó no qui-

¹ Arts. 3,440 y 3,441, Cód. Civ. de 1884.

² Códigos Fundamentales, tomo III, pág. 339; Concordancias, tomo II, pág. 81.

siera ser heredero, acrecería al que lo fuera; por el nuestro no, pues entrarán en ella los herederos legítimos ó ab-intestato. Pero si en el ejemplo propuesto nombra el testador á Pedro por sustituto de Pablo, y á Juan por sustituto de Pedro, la parte de Pablo en el caso de no ser heredero irá no sólo á Pedro si lo es, sino á su sustituto Juan, caso de no serlo Pedro, porque Juan se entiende sustituido no sólo á Pedro, primer sustituto de Pablo, sino también á éste: luego la parte de Pablo no se devolverá á los herederos ab-intestato, mientras Pedro, sustituido en primer lugar ó su sustituto Juan, quieran y puedan ser herederos.”

El primero de los preceptos citados, esto es, el artículo 3,622 del Código, nos conduce á establecer esta consecuencia: luego el testador puede nombrar muchos sustitutos para que entren á la herencia sucesivamente en defecto de los que preceden á cada uno en el orden de su nombramiento, ó conjuntamente, esto es, para que todos los nombrados entren á la vez á la herencia en lugar del heredero instituido y se repartan los bienes que la forman por partes iguales.

Esta consecuencia, que es perfectamente lógica, es también enteramente jurídica, porque siendo la sustitución una verdadera institución de heredero, debe estar subordinada á las mismas reglas y restricciones que la ley señala para ésta, y como según ellas, el testador puede instituir uno ó muchos herederos para que le sucedan conjuntamente en sus bienes; es claro que debe de tener la misma facultad respecto del nombramiento de sustitutos.

3º Que cuando son muchos los herederos y han sido nombrados sustitutos recíprocamente, faltando uno de ellos percibirán los demás la parte que le correspondía á aquél proporcionalmente á la que á cada uno toca en la institución; pero si á cada uno le hubiere dado un sustituto, sólo

debe percibir éste la porción de aquél á quien sustituye.

El artículo 3,630 del Código, sanciona expresamente esta conclusión, pues declara que, si los herederos instituidos en partes desiguales, fueren sustituidos recíprocamente, en la sustitución tendrán las mismas partes que en la institución; á no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.¹

La razón en que se funda este precepto, que repite el sancionado por la ley 3ª, tít. V, Partida VI, es la misma sobre la cual ésta reposa, y que da Gregorio López en la glosa respectiva; porque se presume repetida en la sustitución la designación de partes hecha en la institución, y además, porque no hay motivo para presumir que el testador quiso favorecer á los herederos más en aquélla que en ésta.

4º Que la condición impuesta al heredero se entiende repetida al sustituto, esto es, que los sustitutos deben recibir la herencia con los mismos gravámenes y condiciones con que debían recibirla los herederos; á no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa, ó que los gravámenes ó condiciones sean meramente personales del heredero; porque no puede presumirse que el testador haya querido favorecer más al sustituto que al heredero, fuera de los casos expresados, pues en materia de últimas voluntades, como dice García Goyena, todo cede á la del testador, y las condiciones meramente personales del heredero no radican tal vez en el sustituto; como si aquél fuera instituido con la obligación de pintar un cuadro impuesta en atención á que es pintor, cualidad de que carece el sustituto.²

Todos los comentaristas de nuestra antigua legislación dividen la sustitución en *directa* y *oblicua* ó *indirecta*.

1 Art. 3,447, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,446, Cód. Civ. de 1884

Llaman *directa* á la que se hace designando al sustituto para que reciba la herencia por sí y sin intervención de otra persona.

Se llama *indirecta* aquella en que se hace la entrega de la herencia al sustituto por medio de otra persona á quien se la encargó el testador.

La sustitución directa se divide en las clases siguientes:

- 1.^a Vulgar:
- 2.^a Pupilar:
- 3.^a Ejemplar:
- 4.^a Compendiosa y brevilocua ó recíproca.

De la indirecta sólo hay una especie que se designa bajo el nombre de fideicomisaria ó fideicomiso.

De las especies en que se divide la sustitución directa, las tres primeras, esto es, la vulgar, la pupilar y la ejemplar son propiamente hablando sustituciones; las dos restantes, así como la fideicomisaria son otras tantas modalidades de la sustitución.

Se llama sustitución *vulgar* á aquella en que se nombra al sustituto para el caso en que el heredero instituído muera antes que el testador, ó que no quiera ó no pueda aceptar la herencia.

Esta definición se infiere de los términos del artículo 3,621 del Código Civil, que declara, que el testador puede sustituir una ó más personas al heredero ó herederos instituídos, para el caso de que mueran antes que él, ó de que no puedan ó no quieran aceptar la herencia; y que esto es lo que se llama sustitución vulgar.¹

Puede hacerse de dos modos, expresa y tácticamente.

Se hace expresamente cuando por palabras expresas y terminantes instituye el testador á una persona por su he-

¹ Art. 3,429, Cód. Civ. de 1884.

redero y ordena que en el caso de que muera éste antes que él ó de que no quiera ó no pueda recibir la herencia, la reciba otra persona á quien designa. Como si dijere, nombro por mi heredero á Juan y si éste no lo fuere, nombro á Pedro.

Se hace tácticamente la sustitución, cuando de la cláusula de la institución de heredero se deduce aquélla. Por ejemplo, si el testador dijere nombro por mis herederos á José, Arturo y Enrique, ó á aquel de los tres que sobreviva.

En este caso tiene exacta aplicación la tercera de las conclusiones que antes establecimos, y en consecuencia, faltando uno de los instituidos percibirán los demás la parte que le correspondía á aquél, proporcionalmente á la que á cada uno toca en la institución.

Relativamente á esta especie de sustitución declara el artículo 3,624 del Código Civil, que la sustitución simple y sin expresión de casos comprende aquellos en que el heredero instituído muera antes que el testador, ó de que no pueda ó no quiera aceptar la herencia; y tal declaración tiene por objeto evitar todo género de disputas y de interpretaciones torcidas de los interesados, queriendo limitar ó ampliar la extensión de la sustitución.¹

Esta queda sin efecto en los casos siguientes:

I. Si falta la condición de la cual depende su eficacia: esto es, si el heredero instituído acepta la herencia por sí ó por medio de la persona que legalmente la represente.

Fácil es comprender la razón, pues la sustitución vulgar se entiende sólo para el caso en que el heredero instituído no llega á heredar, y por lo mismo, si éste acepta la herencia, deja de cumplirse la condición sin la cual no puede suceder el sustituto.

¹ Art. 3,442, Cód. Civ. de 1884.

II. Si el sustituto muere antes que el heredero instituído, ó si repudia la herencia.

Sustitución pupilar es el nombramiento de sustituto que hace el padre al hijo impúber que tiene bajo su potestad, para el caso de que entrare en la herencia y muriere antes de llegar á la pubertad.

Esta definición se deduce de los términos del artículo 3,625 del Código Civil que declara, que pueden nombrar sustituto el padre ó ascendiente á los varones menores de catorce años y á las mujeres menores de doce que se hallen bajo su potestad, para el caso de que mueran antes de la edad referida; y que esto es lo que se llama sustitución pupilar.¹

La sustitución pupilar se distingue de la vulgar:

1.^o En que ésta puede ser hecha por todos y para cualesquiera herederos, y aquélla sólo por los padres ó ascendientes respecto de sus descendientes impúberes:

2.^o En que la vulgar se hace para un caso negativo, esto es, si el instituído no entra en la herencia porque no quiere ó no puede, y la pupilar para uno afirmativo, si el hijo entrare en la herencia y muriere antes de la pubertad.

La sustitución pupilar puede hacerse expresa ó tácitamente.

Se hace expresamente cuando el testador nombra en términos claros y precisos sustituto á su hijo impúber para el caso de que éste lo herede y muera antes de la pubertad. Por ejemplo, si el testador dijere, nombro mi heredero á mi hijo Pedro, menor de catorce años, y le nombro sustituto á Pablo para el caso de que llegue á heredarme y muera antes de cumplir esta edad.

Se hace tácitamente la sustitución cuando de la cláusula

¹ Art. 3,443, Cód. Civ. de 1884.

de la institución se deduce que el testador quiso nombrar un sustituto al heredero menor de catorce años, si es varón ó de doce si es mujer.

Según la ley 5.^a, tít. V. Partida VI, esa cláusula puede estar concebida estableciendo dos ó más herederos del impúber, añadiendo que el que de ellos sea su heredero lo sea también de su hijo, ó usando de la fórmula de la sustitución vulgar.

La misma ley emplea la siguiente fórmula para el primer caso: «Instituyo por mi heredero á Pedro, mi hijo legítimo, menor de catorce años, y á Juan y á Antonio, mis amigos, y mando que el que de éstos fuere mi heredero lo sea también de mi hijo.» Y para el segundo emplea esta fórmula: «Instituyo por mi heredero á Pedro, mi hijo legítimo impúber, y si no llega á heredar nombro en su lugar á Juan.»

Estos ejemplos han servido de fundamento á los autores para establecer que si la sustitución pupilar se hace tácitamente, el sustituto hereda al hijo impúber no sólo cuando éste hereda y muere antes de la pubertad, sino cuando no llega á ser heredero; y que la sustitución pupilar tácita está comprendida en la vulgar.

Pero la sustitución pupilar está sujeta para su validez á la restricción justísima en el sistema de la legítima forzosa, establecida por el artículo 3,627 del Código Civil que declara, que la sustitución pupilar y la ejemplar no son válidas cuando el sustituido tiene herederos forzosos; porque el testador no puede por el solo efecto de su voluntad derogar los derechos que la ley concede á los herederos del impúber sobre los bienes de éste.¹

Como el fundamento de esta sustitución es la patria potes-

¹ El art. 3,627 del Código de 1870 fué suprimido en el de 1884, por ser contrario á la libertad de testar.