

7. El padre que sustituye puede gravar al sustituto pupilar, ó al heredero abintestato del pupilo si no le dió sustituto, así en la legítima como en los bienes propios del impúbero que obtuvo de su madre, ó adquirió por otros medios, por cuanto uno y otro reciben beneficio considerable del testador: y no en otro caso será válido el gravámen que en el de que fallezca el pupilo antes de la pubertad, y de consiguiente en el caso que surtió ó pudo surtir efecto la sustitucion pupilar (núm. 12).

8. Cuando alguna persona instituye por heredero á su hijo impúbero, dándole sustituto en estos términos: *Si mi hijo fallece dentro de la edad pupilar, sea heredero Diego en tal cosa*, muriendo el pupilo antes de la pubertad, conseguirá el sustituto todos los bienes así de este como del testador (núm. 13.)<sup>1</sup>

9. Diciendo el padre: *Si mi hijo impúbero fallece, sustituyo á Pedro*, será pupilar la sustitucion, porque la palabra impúbero se pone dispositiva y condicionalmente, no para significar que en el tiempo de la sustitucion era pupilo la persona á quien se hace, sino es que lo contrario se deduce de algunas conjeturas ó cláusulas puestas en el testamento, como si se dijese: *si mi hijo impúbero fallece sin hijos, sustituyo á Francisco*; en cuyo caso será compendiosa la sustitucion, y por virtud de ella sucederá el sustituto al pupilo en cualquiera tiempo que fallezca. Asimismo calificaremos de esta especie la que se haga, no con palabras condicionales como las anteriores, sino con palabras absolutas: v. gr. *Sustituyo tal persona á mi hijo impúbero* (núm. 14.).

En conformidad de lo que espuse en mi nota última del cap. 2, arreglándome al Derecho Español, el sustituto deberá contentarse con la cosa espresada.

## CAPITULO V.

*De la sustitucion fideicomisaria.*

Llámase *sustitucion fideicomisaria* aquella, en cuya virtud queda alguno gravado á restituir la herencia ó cuota de ella. Puede definirse diciendo que es *cierta sustitucion oblicua, ó restitucion de toda la herencia ó de alguna cuota que ha de hacer el heredero, aunque esté repugnante, mediante la cual el fideicomisario se hace heredero efectiva y útilmente* (ley fin. tit. 5. part. 6.).<sup>1</sup> Dicese *fideicomisaria* por la fé ó palabra que daba el heredero gravado de restituir la herencia ó parte de ella: *oblicua*, porque el fideicomisario no percibe directamente los bienes hereditarios sino por medio del instituido: *de toda la herencia ó de alguna cuota*, por cuanto el gravámen respectivo á una cosa particular no induce la obligacion de adir, y la dejacion de esta en nada se diferencia de un legado: *que ha de hacer el heredero, aunque esté repugnante*, porque contra su voluntad se le compele á la adiccion y restitucion<sup>2</sup>; y finalmente, dicese *mediante la cual el fideicomisario, &c.* á causa de que este, habiendo sido el gravado una vez heredero, en quien residen las acciones activas y pasivas, y el

<sup>1</sup> Vistas las notas que se pondrán en el discurso de este capítulo, conceptúo fácil el formar una definicion adaptable á nuestro derecho y conforme á nuestra práctica.

<sup>2</sup> Mediante á que segun nuestro derecho no es necesaria la institucion de heredero en el testamento, como queda advertido en la letra B, ni de consiguiente su adiccion, no será precisado á adir el heredero, y el fideicomisario no necesitará de este medio para el fin de percibir la herencia, á cuya sentencia que siguen célebres AA. se inclina el Aillon al fin del núm. 5.

dominio directo, solamente puede tener las acciones y el dominio útiles (núm. 1.)<sup>1</sup>

2. El heredero puede retener para sí la cuarta parte de la herencia ó cuota en que es gravado, para que con este incentivo no repudie la herencia (*ley fin. tít. 5. y ley fin. tít. 11. part. 6.*): en cuyo evento todas las acciones, así activas como pasivas, se dividen entre el heredero y el fideicomisario con respecto á sus partes; transfiriéndose *ipso jure* en el fideicomisario la instancia principiada con el difunto sobre alguna cosa de la herencia, y por medio de la cesion la principiada con el heredero: teniendo este facultades antes de la restitucion para reconvenir, admitir las pagas y comprometer los litigios en árbitros y arbitradores; y pasando al fideicomisario las virtudes y efectos de estos compromisos (núm. 2.)<sup>2</sup>

1 No adiendo el gravado sino es solamente el heredero fideicomisario conforme á lo prevenido en la nota antecedente, es regular que este adquiriera las acciones y dominio directo, aunque en el caso de adir y restituir el gravado, seria conveniente desterrar sus acciones y dominio directos como fútiles y fomento de disputas superfluas, segun desterró el Emperador en la *ley única. C. de nud. jur. Quirit. toll.* el vano dominio *ex jure Quiritum.*

2 Disputan los doctores si despues de la *ley 1. tít. 4. lib. 5. de la Recop.* que previene valgan los fideicomisos y todo lo demas sin la adición del heredero escrito, tendrá lugar la deducción de la cuarta trebeliánica. La opinion afirmativa es la más seguida, aunque Cevallos (al fin de la *question 30*) afirma haber obtenido y practicado lo contrario (Aillon *núm 4*), que es lo que segun mi dictámen debe seguirse. El senado romano, siendo cónsules Pegasio y Prusio, determinó que el heredero gravado á restituir la herencia pudiera retener la cuarta parte de ella, del mismo modo que por la *ley falcidia* era lícito al heredero deducir otra cuarta parte de los legados. Sirvió de estímulo á esta determinacion el que los herederos gravados por el poco ó ningun lucro se escusaban á la adición de la herencia, con cuyo defecto se invalidaban los fideicomisos; y habiendo cesado esta razon por la citada ley, debe cesar asimismo conforme á la regla del derecho la disposicion del senadoconsulto y de las leyes de Partida mencionadas.

3 Así como haciendo testamento puede cualquiera imponer á su heredero el gravámen de que restituya la herencia ó parte de ella, puede abintestato imponer el mismo gravámen á sus herederos, teniendo lugar abintestato respecto á la sustitucion fideicomisaria cuanto lo tiene, hecho testamento (núm. 4.)<sup>1</sup>

4. El primer fideicomisario á quien se ha restituido la herencia, puede tambien ser gravado á restituir; y en tal caso se transfieren las acciones útiles en el segundo fideicomisario, y ningunas quedan en el primero (núm. 5).

5. Hecha la restitucion real ó verbal competen al fideicomisario tres acciones; conviene á saber, la reivindicatoria, la accion por testamento, y la hipotecaria; mas no habiéndose hecho la restitucion, no compete la reivindicatoria por no haberse trasferido el dominio, del cual nace, sin embargo de que todo lo contrario sucede con respecto al legado ó fideicomiso particular: consistiendo la razon de diferencia en que si se traspasara el dominio y lo favorable en el fideicomisario universal, se trasferirian así mismo los gravámenes contra su voluntad, lo cual es repugnante antes de la restitucion. Tampoco compete la accion por testamento contra el heredero gravado antes de la adición, porque esta es el fundamento de la obligacion ó cuasi contrato. La hipotecaria sí compete contra el gravado así antes como despues de la adición, mediante á que no verificada ésta, compete el oficio del juez, al cual puede adherirse la hipotecaria, siendo de un efecto considerable, si por ventura

1 Hay grande controversia entre los AA. sobre si despues de la dicha *ley 1.* se conserve la sustitucion fideicomisaria, no habiendo heredero ni por testamento ni abintestato, y el Pichardo (*in rep. tít. ff. de adquir. hered. cap. 30, núm. 15.*) lleva que subsiste lo escrito en el testamento, aunque ninguna adición intervenga, pero que para pedir con las acciones directas es necesaria la adición (núm. 6. *al fin.*)

las cosas propias del heredero se enagenaron antes de la adición (núm. 7.)

6. Falleciendo el heredero gravado, bien sea antes de la adición, bien sea despues, bien en otro cualquiera caso sin escepcion alguna, dura la sustitucion fideicomisaria y se trasmite á los herederos del gravado, segun se infiere de la *ley* (1. tit. 4. lib. 5. de la *Recop.* en la cual se previene que valga y se observe todo lo contenido en el testamento, ya se ada ó no la herencia; y aunque no haya heredero escrito ó instituido, bien que no interviniendo adición, como que no hay heredero que satisfaga los legados, se dará curador á la herencia yacente, y tendrá el mismo cargo (núm. 8.)

7. Muerto el fideicomisario antes de la adición y restitucion se trasmiten á sus herederos el derecho y acciones que le competen, siempre que la sustitucion se hubiese hecho pura; pues si se hizo condicional sucede lo contrario, y aunque el fideicomisario sea de los descendientes no trasmite por la potencia de la sangre (núm. 9.)

8. El heredero gravado condicionalmente ó para cierto dia, no vedándolo el testador, se halla obligado despues de la restitucion á dar cuentas al fideicomisario, de lo cual se infiere que aquel ha de formar inventario como principal fundamento de ellas, y ha de dar á este una cópia, en la cual aparezca qué y cuando debe restituirse, viniendo el tiempo ó verificándose la condicion (núm. 10.)

9. Por dejar de hacer inventario el heredero no pierde la cuarta trebeliánica del fideicomiso universal, y si lo hace le

se conserva la sustitucion fideicomisaria, no habiendo heredero en el testamento.

1. En el número siguiente sostiene el Gomez la opinion de que el testador puede prohibir la deducion de la cuarta trebeliánica al gravado, de cuya sentencia no podrá dudarse en el dia, por lo que en mi nota anterior queda espuesto.

aprovechará al fideicomisario, quien gozará de sus efectos, útiles, aunque no se le haga cesion, del mismo que haciéndolo por sí cuando no lo hizo el gravado: y es de advertir que sin embargo de que este por defecto de inventario se halla obligado *in solidum* á los acreedores y legatarios, no pierde lo que el difunto le debia, que puede deducir, retener ó pedir al fideicomisario (núm. 12.)

10. De dos modos puede hacerse la sustitucion, realmente que es cuando el heredero gravado ú otro en su nombre, v. gr. un procurador restituye de hecho las cosas hereditarias al fideicomisario ó permite aquel que se posean; y verbalmente, que se verifica restituyendo el heredero la herencia y sus derechos solamente con palabras. En el primer caso pasa el dominio útil y la posesion plena al fideicomisario. En el segundo se transfieren el dominio y todos los derechos del difunto, no la posesion, así como no se traspasa en el verdadero y directo heredero por la adición verbal; y de aquí es que antes de esta restitucion no puede el fideicomisario, por no habersele transferido ningun derecho, reconvenir á los deudores del difunto y poseedores de las cosas hereditarias (núm. 13.)

11. Hecha la sustitucion real ó verbal tan solo de una cosa, consigue el fideicomisario el dominio y demas derechos de todas las cosas hereditarias, segun sucede al heredero en quien la sustitucion particular se conceptúa universal (*dic. núm. vers. Item adde quod*): y así como pasa el dominio por la sustitucion verbal cuando el difunto era señor, pasa tambien la accion publiciana cuando no lo era y le competia (*dic. núm. Item adde & extende*).

12. Adiendo el heredero y restituyéndose verbalmente la herencia al fideicomisario, le compete contra el tercero particular poseedor de la accion universal y fideicomisaria peticion

de la herencia, igualmente que compete al heredero directo la petición de la herencia después de la adición, la cual causa en éste los mismos efectos que la restitución verbal en el fideicomisario; y si el gravado ade y restituye plenamente la herencia, perdiendo el fideicomisario la posesión de algunas cosas no usará de la petición fideicomisaria de la herencia, porque del mismo modo que la petición de la herencia no compete al heredero conseguida la posición, no compete tampoco aquella al fideicomisario sino la reivindicatoria y publiciana en sus respectivos casos (*núm. 14. vers. Si veró heres gravatus*).

13. Unas veces ha de restituir el heredero gravado los frutos que percibió, y otras no debe restituirlos. Cuando se percibieron después de adida la herencia presente y omiso el fideicomisario, ó estando la herencia yacente y después adió el heredero voluntariamente, en cuyo caso se conceptúa negligencia de parte del fideicomisario, no tiene aquella obligación de restituirlo. Asimismo no la tiene cuando los percibió por voluntad del testador, como si lo gravó á restituir condicionalmente ó en algún día, porque entonces lo computa en la cuarta y no restituye los sobrantes; pero si se percibieron los frutos después de la adición é intervino morosidad en el heredero para hacer el pago, deben computarse en la cuarta restituyéndose los que resten: y si el heredero gravado hizo la restitución á lo menos verbal, ó se presenta caso en que la restitución del fideicomiso se juzga hecha *ipso jure*, se deben los frutos percibidos después al fideicomisario aunque haya sido moroso, como dimanados de cosa propia. Finalmente si los frutos se percibieron vivo el testador, y se hallan en la herencia al tiempo de su muerte, vienen en la restitución deducida la cuarta, según se ha de decir con respecto á los frutos pendientes al tiempo del fallecimiento: siendo de advertir, que mandando el tes-

tador se restituyan, ó manifestando ser esta su voluntad, ha de restituirse indistintamente (*núm. 15*).

14. Cuando el heredero es gravado á restituir lo que restase de la herencia al tiempo de su muerte, puede libremente enagenar tres partes reservando la cuarta (que asimismo podrá enagenar por causa de dote, donación *propter nuptias*, redención de cautivos, y por alimentos ó espensas que necesite), y dando la competente caución al fideicomisario, quien en caso de enagenación tiene facultad para reconvenir á los poseedores con las acciones reivindicatoria ó hipotecaria, aunque si en la especie propuesta ningunos bienes enagenó el heredero gravado, ha de restituirlos todos al fideicomisario sin deducción de cuarta, por no ser tal fideicomiso universal ni seguir su naturaleza (*núm. 16*).<sup>1</sup>

15. Si el heredero gravado restituyó la cuarta en vida al fideicomisario reteniendo los demás bienes, no podrá éste después de la muerte de aquel pedir lo que hubiese restado, por conceptuarse entre ellos un pacto tácito de no pedir más: no siendo de omitir que si con el dinero que se halló en la herencia, ó se obtuvo con la venta de algunas cosas de ella, se compraron otras, vienen en la restitución á causa de suceder el precio en lugar de la cosa y por el contrario en lo universal (*dic. núm. vers. Item adde quod si hæres*).

16. Siendo alguno instituido heredero con un pupilo, sustituido pupilarmente á éste y gravado en la restitución de la herencia ó bienes, no han de venir en aquella los adquiridos por la sustitución pupilar, cuando esta se hizo después de haber

<sup>1</sup> Menochio (*de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 188*) pone otros dos casos: el primero, cuando el testador impuso al heredero llanamente el gravámen del fideicomiso, y entonces no puede enagenar: el segundo, cuando le dió facultad libre para la enagenación, por lo que podrá enagenar todos los bienes (*núm. 18*).

hecho la sustitucion fideicomisaria llanamente; pero si esta se hizo despues de aquella, ó espresó el testador que el gravado habia de restituir todos los bienes que tiene y se le dejan, se comprenden en la sustitucion fideicomisaria así los del testador como los del pupilo (núm. 17).

17. Si se instituyen muchos herederos dejándole á uno un prelegado, y gravándolo en la restitucion de todos los bienes que tuvo el testador ó de otro modo semejante, se comprenden en la sustitucion fideicomisaria así el prelegado como los bienes hereditarios; pero tan solo se contienen estos, cuando se sustituye generalmente, espresando que el heredero restituya la herencia ó parte de ella que se le ha dejado. Y si el testador dijo absolutamente que nombraba á Francisco por sustituto de Pedro heredero sin declarar en qué bienes, es necesario inspeccionar si la sustitucion se hizo despues de la institucion y prelegado, ó despues de aquella y ántes de éste. En el primer caso ademas de la herencia viene el prelegado en la restitucion y no en el segundo (núm. 18. ley 6. tit. 11. part. 6).

18. En el caso de que el heredero gravado al restituir su parte obtenga por derecho de acrecer la de su coheredero, viene aun ésta en la restitucion, porque acreció no á la persona sino á la cosa, y por tanto la sigue (núm. 19).

19. Cuando el testador instituye muchos herederos é impone á uno el gravámen de que restituya su parte á los coherederos, no han de percibirla estos igualmente sino con respecto á las porciones en que el difunto los hubiese instituido, porque el afecto que le sirvió de incentivo en la institucion para dejarles mas ó menos, se juzga concurrir en la sustitucion de cualquier especie que sea (ley 3. tit. 5. part. 6). Mas esto ha de entenderse sustituyendo el testador con nombres apelativos (segun se presume siempre en duda), aunque denoten consan-

guinidad, oficio ó cualidad de los instituidos; pues si se hace la sustitucion usando de los nombres propios, v. gr. *restituya á Juan y á Diego*, ha de practicarse por partes iguales la restitucion, mediante á que se conceptúa en este caso tener afectacion y respeto á las mismas personas y no á las porciones hereditarias como en el anterior: debiéndose inspeccionar cuando en la oracion se esprimen los dos nombres propio y apelativo, cuál es el que precede <sup>1</sup>. Tambien ha de hacerse la restitucion por partes iguales en el caso de que los sustitutos hayan sido gravados igualmente á dar alguna cantidad, bien fuesen llamados con nombres propios, bien con apelativos (núm. 20).

20. Haciéndose la sustitucion vulgar á muchos herederos separadamente, v. gr. *si Pedro no es heredero, séalo Diego: si Francisco no es heredero, séalo Diego*: alternativamente, v. gr. *Si Pedro ó Francisco no es heredero, séalo Diego*: ó distributivamente, como si se dijese: *Si alguno de ellos ó cualquiera de ellos no es heredero, séalo Diego*; y repudia ó es escludido alguno de los dos, aunque el otro ada, se admite el sustituto en la parte de aquel, á no ser que los instituidos sean hijos y el sustituto extraño, en cuya especie por favor de aquellos solo tiene este entrada, cuando todos repudien ó sean escludidos. Pero si la sustitucion se hace á muchos absoluta, copulativa ó unidamente, v. gr: *Si Pedro y Francisco no son herederos: si ninguno de ellos es heredero; ó si ambos no son herederos, séalo Diego*; ó con otras espresiones semejantes: se requiere necesariamente para la admision del sustituto que to-

<sup>1</sup> Aunque la distincion que aquí se admite con respecto á los nombres, fuese indudable segun el Derecho Romano, deberiamos proceder hoy cautamente en admitirla, por quanto el fundamento en que se apoya, no puede desvanecer segun mi dictámen la solidísima razon espuesta anteriormente, ni la determinacion de la citada ley de Partida.