

dos los instituidos repudien ó sean escludidos, si no es que el testador prohíba el derecho de acrecer entre los instituidos: segun todo se colige de su voluntad y es conforme á reglas jurídicas (núm. 21).¹

21. Asimismo siendo la sustitucion pupilar respecto de muchos hijos impúberos instituidos, debe seguirse la distincion antecedente: coligiéndose de ella que si son muchos los hijos del testador y á dos impúberos tan solo dá sustituto pupilar copulativa ó unidamente, falleciendo antes uno de ellos le sucederán abintestato el padre ó sus hermanos. Mas si despues el otro impúbero fallece en la edad pupilar, podrá sucederle el sustituto hallando en sus bienes la porcion que obtuvo abintestato de su hermano impúbero, y no entrará en las otras partes que percibieron los demas hermanos y coherederos, por no quedar suspensa y haberse anulado la sustitucion respecto del que primero falleció (*dic. núm. vers. Si verò loquimur in substitutione pupillare*); bien que si el sustituto es hijo ó descendiente, sucederá al pupilo que falleció primero, escludiendo al hermano y coheredero por virtud de la sustitucion pupilar, presunta voluntad del difunto y derecho de sangre (*dic. núm. vers. Quod tamen notabiliter*).

22. En la sustitucion fideicomisaria se encuentra diversidad. Cuando el testador instituye muchos herederos y los grava á la restitucion separada ó particularmente v. gr. *Instituyo por herederos á Juan y á Luis, y despues de la muerte de Juan restitúyase su parte á Felix, y despues de la muerte de Luis restitúyase su parte á Felix*; ambas partes percibirá

1. En el verso, *Secundo limita* de este número dice el Gom. que sin embargo de ser el sustituto causa pía, no se admite por la repudiacion de uno solo en el caso que segun acabamos de decir, es necesaria la esclusion de todos; pero al fin del núm. 35. del cap. 3. afirma lo contrario.

el sustituto sucesivamente verificado cualquiera fallecimiento en todo caso y sin distincion alguna (*dic. núm. vers. Si verò loquimur*). Si sustituye genérica y absolutamente, como v. gr. *Instituyo á Juan y á Luis, y los gravo en que restituyan la herencia á Felix despues de la muerte*; sucede lo mismo: infiriéndose que si dos personas á un tiempo y en un mismo instrumento donan para despues de su muerte á otra sus bienes, y llega á faltar una ántes que otra, se admitirá en sus bienes al punto el donatario. No obsta que suceda lo contrario en la sustitucion vulgar. Consiste la razon de diferencia en que como esta se verifica antes de adir la herencia, se juzga en duda que el testador quiso conservar entre los herederos el derecho de acrecer, el cual cesa en la sustitucion fideicomisaria por verificarse, adida ya la herencia (*dic. núm. vers. Si verò substituit simpliciter*). Pero esto no tiene lugar entre hijos y descendientes, por quedar persona que escluya al sustituto segun la tácita voluntad del difunto (*vers. Quod tamen limita*). Y el testador sustituye copulativa ó unidamente: v. gr. *Instituyo á Manuel y á Fernando, y los gravo en que si ambos fallecen, restituyan la herencia á Pedro*; se ha de decir lo mismo que en el caso antecedente y con la espuesta limitacion, que tambien ha de limitarse, siempre que el sustituto sea igualmente de los descendientes con arreglo á lo dicho al fin del núm. 21. (*vers. Si verò substituit copulativè*).

23. Ademas de lo espresado si el testador instituye dos hermanos ó consanguíneos entre los cuales tiene lugar la sucesion abintestato, y los grava en la restitucion á un extraño, no se admite éste hasta que todos fallezcan, por creerse que el testador quiso conservar la sucesion abintestato. Lo mismo acontece cuando el marido y muger son instituidos y gravados á un tiempo en que restituyan la herencia despues de su muerte

á otro, pues ha de esperar el sustituto la muerte de ambos: debiendo esto limitarse si existen otros consanguíneos que puedan escluirlos; y siendo digno de advertir que para escluir al sustituto la persona que queda, es necesario que pueda suceder por testamento ó abintestato al difunto, de cuya voluntad se trata: porque si este instituyó algun extraño heredero, al punto se admite al sustituto, mediante á que consta cesar la superior razon fundamental que lo escluiria (*vers. Ex quibus etiam.*)

24. Y finalmente, si el testador sustituyó en toda la herencia ó bienes y despues de la muerte de todos (ambos requisitos se exigen), como si diga: *instituyo á Pedro y á Francisco herederos, y despues de la muerte de todos restitúyanse todos los bienes á Juan;* en todo caso y sin distincion se requiere que falten todos los herederos para admitir al sustituto, porque de otra suerte no se le podrian restituir todos los bienes (*dic. núm. 21 vers. Si verò testator.*)

25. En el caso que el sustituto no se admite hasta que se verifique el fallecimiento de todos como en el anterior, se conceptúan los herederos entre sí sustituidos tácitamente, siempre que el testador llana ó conjuntamente sustituya para despues de la muerte de todos y en toda la herencia al último que muriese, por cuanto este de otro modo no podria conseguir toda la herencia por su restitucion (*núm. 22.*)

26. La sustitucion oblicua fideicomisaria se induce tácitamente por derecho á causa de la presunta voluntad del difunto; y así como para probar la espresa se requiere el legítimo número de testigos, tambien para probar las congeturas de las cuales se deducen; es á saber, siete tratándose de probar la voluntad y principal disposicion contenida en el testamento, y cinco para acreditar la comprendida en los codicilos: lo cual

no sucede cuando se intenta justificar la declaracion, cualidad ó circunstancia de la misma disposicion (*núm. 24 vers. Sustinutio tamen.*)¹

27. Instituyendo el testador por herederos á sus hijos varones y á uno de ellos ó á la hija en cierta cosa, y diciendo que si alguno falleciese sin hijos habia de restituir su parte al que sobreviviese, como toque esta suerte á uno de los instituidos universalmente, se admitirán solo los hijos varones y será escludida la hija, si no es que hubiese quedado sola: porque de su mayor afecto á los hijos, segun acredita la institucion universal, y de tenerse la hija en lugar de legataria, es presumible que comprendió únicamente en la sustitucion á los herederos universales, mayormente cuando lo asignado á la hija no es cuota que pueda conceptuarse repetida en la sustitucion; bien que muerta la hija se admitirán todos sus hermanos (*núm. 25.*)

28. Es condicional la sustitucion fideicomisaria hecha á favor de alguno para el tiempo de cierta edad que éste ó algun tercero tenga, y de consiguiente muerto el fideicomisario antes de aquella, nada trasmitirá á sus herederos; pero esto ha de entenderse cuando el tiempo se aplica á la sustancia y total disposicion, no cuando se aplica á la prestacion ó ejecucion, en cuyo caso la sustitucion es *in diem* y hay lugar á la trasmission. Tampoco ha de entenderse espresándose el tiempo de la edad cierta por favor del fideicomisario, lo cual aparece de ser hijo y menor, y de dejársele toda la herencia, que en este supuesto trasmitirá á sus herederos: infiriéndose de lo dicho que al punto que se verifique la muerte del testador, puede pe-

¹ El Sr. Castillo (*lib. 4 de sus controv. cap. 19.*) enseña con otros AA. que para probar la declaracion de la disposicion se requieren dos testigos (*núm. 26 vers. Eundem.*)

dir el fideicomisario, y que se le ha de restituir con frutos (núm. 26.)

29. Asimismo es la sustitucion *in diem* cuando el mencionado tiempo se pone con respecto al heredero, y por tanto en cualquiera evento se trasmirá la herencia activa y pasivamente, aunque no pueda pedirse antes del tiempo: con advertencia que todo lo espuesto en los números anteriores y presente tiene lugar, espresándose el tiempo de la edad mediante dición que principalmente signifique tiempo, v. gr. *quando*; pues si se espriime por dición que demuestre condicion ó tiempo de muerte, indistintamente y en todos los casos esceptuados será condicional la sustitucion (*dic. núm. 26 vers. Tertio limita.*)

30. Gravando el testador al heredero en la restitucion de la herencia *quando este quiera*, es válida la sustitucion, y tendrá obligacion de restituir despues de su muerte y no antes, por interpretar el derecho que antes no quiere, y faltarle la voluntad en el tiempo de su muerte (núm. 27.)

31. Si el testador deja á alguna persona, legado ó fideicomiso *quando llegue á edad legitima*; siendo el legatario ó fideicomisario pupilo, ha de llegar á ser púbero, y siendo adulto á ser mayor de 25 años (núm. 28.)¹

32. El derecho de patronato que el difunto tenia en alguna iglesia, permanece en el heredero gravado y no pasa al fideicomisario, por ser un derecho inseparable, religioso y sin cómodo pecuniario que no se trasfiere en otro. Nada obsta que pueda traspasarse á un heredero estraño, porque no siempre tiene lugar la regla de cuanto pasa á este pasa al fideicomisario. Asimismo no se traspasa al fideicomisario el derecho del sepulcro que puede trasferirse en un estraño (núm. 29.)

¹ Por edad legitima se entiende la natural ó verdadera, no la fingida que el príncipe concede ó dispensa (núm. 30.)

33. Goza el fideicomisario del beneficio de la *ley fin. C. De edict. Divi Adr. toll.* en los casos particulares que la restitucion se hace *ipso jure*, y cuando se ha restituido la herencia verbalmente, ó se ha hecho en efecto entrega de una cosa tan solo; pues entonces tiene el dominio y carece de la posesion, circunstancias sin las cuales no puede competir el espresado remedio por ser *adipiscendæ* (núm. 30).

34. Cuando el testador instituye por heredero universal á un hijo legitimo ó natural, ó á otro descendiente, ya sea varon, ya hembra, y lo grava llanamente en que restituya la herencia despues de su muerte á un estraño ó á otro descendiente del testador, se entiende gravado con la tácita condicion *si no tuviere hijos ó descendientes* (*ley 10 tít. 4 Part. 6*), por presumirse que el difunto (quien es verosímil desee preferir su descendencia á la agena) no hubiera impuesto el espresado gravámen, si se hubiese acordado de los hijos¹. Lo espuesto tiene lugar aun en el caso de ser instituido un nieto y gravado á restituir su parte á un hijo del testador, que está en mas próximo grado (*ley citada de Partida*): en cuya atencion la *ley 27 de Toro* (*hoy la 11 tít. 6 lib. 5 de la Recop.*) que dispone puede gravarse el hijo ó descendiente mejorado en el tercio de los bienes, en que los restituya á otro hijo ó descendiente, debe proceder cuando el tal gravado no los deje. Y á similitud de las especies propuestas, si un hijo ó hija renuncia con juramento la sucesion del padre ó la madre, teniendo estos otros hijos que fallecieron en vida de sus padres, el renunciante podrá suceder libremente abintestato y contra el testamento, á causa de con-

¹ Si el padre instituye al hijo en todos los bienes ó en la mayor parte de ellos, y lo grava en la restitucion de una cosa no de mucho valor, siempre deberá hacerse (núm. 34. *al fin.*)

tener la renuncia, la condicion tácita *si los hijos sobrevivan* (núms. 32 y 33).

35. Tambien se conceptúa tácita la mencionada condicion siendo sustituta alguna iglesia ú otra causa pía¹ por ser mas favorable que esta la causa de los hijos: debiendo estenderse la espuesta doctrina al caso que el gravado entre en algun monasterio, el cual mediante á tenerse en lugar de hijo, escluye al sustituto (núm. 34).

36. Pero no puede admitirse la doctrina de los números anteriores en el extraño y aun en el ascendiente gravados á restituir la herencia ó parte, porque respecto de estas personas cesan las razones alegadas y las autoridades en que se apoyan, y así aunque los gravados dejen hijos, les preferirá el sustituto (núm. 35).

37. Tampoco puede admitirse la doctrina espuesta y condicion tácita *si falleciere sin hijos*, cuando el cargo de restitucion se impuso al gravado teniéndolos y sabiéndolo el testador, por lo que en este caso tendrá que restituir los bienes fuera de su legítima al sustituto, sin que pueda desvanecer su derecho el sólido fundamento manifestado de que es verosímil quiera el testador preferir su descendencia á la agena, reflexionando que este tiene lugar únicamente en los casos ambiguos, y no en los que presentan manifiesta la mente contraria del testador, segun se observa en el caso propuesto, pues no es creible en modo alguno desee preferir al sustituto que menciona, los hijos del gravado que conoce y omite (núm. 36).

38. No se puede admitir así mismo en el caso que el descendiente instituido sea gravado á restituir los bienes fuera de

1. Si no es que la dejacion se hizo por usurpaciones y descargar la conciencia (núm. 36.)

su legítima en vida, puramente ó despues de cierto tiempo; pues por la misma razon porque el testador quiso preferir el sustituto al hijo gravado en su vida despues del tiempo prefijado, se juzga que quiso preferirlo á sus descendientes nacidos antes de la restitucion (núm. 37); y aun es increíble que el sustituto ha de preferirse á las hijas del gravado segun la voluntad del testador, cuando éste le manda hacer la restitucion *si falleciere sin hijos varones* (núm. 38).

39. Si el testador mejora en el tercio y quinto á un hijo instituido heredero, gravándole en que los restituya al nieto hijo único del mismo gravado, y este despues tiene hijos que deja al tiempo de su muerte, sucederán juntamente con el sustituto, no habiendo al tiempo del testamento verosimilitud ó esperanza de que nacieran, por creerse hecha la sustitucion bajo la condicion, *si despues no nazcan otros hijos*; pero si la hubo ó al dicho tiempo tenia el hijo gravado otros hijos, vendrá el sustituto con exclusion de todos (núm. 39).

40. Espresándose en la sustitucion fideicomisaria la condicion *si falleciere sin hijos*, escluirá regularmente al sustituto el hijo tan solo natural; mas si no se halla espresa la condicion, es necesario que el hijo sea legítimo y natural, porque poniendo el derecho la dicha condicion en un acto puro y simple, debe admitirse y entenderse estrictamente (núm. 40).

41. Cuando el hijo gravado á restituir despues de su muerte bajo la referida condicion tácita ó espresa, tuvo hijos que en vida suya murieron, se admitirá el sustituto como si no hubiesen nacido; pero si los hubo al tiempo de su fallecimiento, aunque mueran inmediatamente, espira la sustitucion, del mismo modo que si dejase un póstumo en cuyo nacimiento concurren las circunstancias que apetece la *ley 13 de Toro* y se mencionan en el cap. 1 núm. 4 (núm. 41).

42. Es de resolver en el caso que el testador grava á su hijo en la restitucion de tercio y quinto á un tercero bajo la precitada condicion espresa ó tácita, si los descendientes que tiene el hijo gravado y hacen que fallezca la sustitucion, se digan llamados por el testador y de consiguiente sustitutos del hijo gravado: porque siendo así, los bienes quedarón vinculados, y como sujetos á restitucion no podrá el gravado enagenarlos ni en vida ni en muerte. Los AA. que opinan lo contrario acerca de dicho llamamiento y sustitucion (á quienes sigue nuestro Gomez) y aseveran que el testador quiso únicamente conservar la sucesion abintestato en los bienes del mismo padre gravado, dejándole á éste la facultad libre de enagenar en vida y muerte, tienen mayor apoyo en razones y autoridades, las cuales militan no tan solo en las herencias universales, sino tambien en los legados (núm. 42.) Si bien es cierto que cuando los descendientes puestos en la condicion quedan gravados por el testador á dar ó hacer alguna cosa, se conceptúan llamados y sustituidos tácitamente en los dichos bienes; pues el que quiere el consiguiente, quiere el antecedente, sin el cual no puede verificarse, y con la imposicion del gravámen da á entender claramente el testador que sustituyó los nietos á su padre para despues de su muerte, mediante á que de otra suerte no podria cumplirse su disposicion; sin que de esta doctrina pueda inferirse que el gravado se juzgará llamado, instituido ó hecho sustituto tácitamente, y que por consiguiente no tendrá lugar la regla segun la que no puede gravarse el que no es beneficiado, porque ésta procede cuando alguno se grava llanamente, en cuyo caso ni parece llamado ni gravado tácitamente, no cuando es puesto en condicion y así mismo gravado, como se observa en nuestro caso (núm. 43).

43. Donando el padre en vida á un hijo el tercio ó quinto

de sus bienes con el pacto ó condicion de que lo restituya despues de su muerte á un extraño, ó á un hermano suyo, se entiende tácita la condicion de que se habla, por cuanto militan en los contratos lucrativos las razones ya manifestadas, principalmente en el núm. 34 de este compendio (núm. 44).¹

CAPITULO VI.

De la sustitucion ejemplar.

1. La cuarta especie de sustitucion es la ejemplar que se verifica, cuando el padre, la madre, el abuelo ú otro ascendiente, inspeccionándose la prerogativa del grado, sustituye á su descendiente furioso ó mentecato y ageno en un todo de sentido é inteligencia. Furioso es el que se halla privado totalmente de entendimiento, y tan colérico que dejándolo se encrueleria contra sí y contra otros: mentecato, el que carece solo de la potencia intelectual, y no se encoleriza con ofensa suya ó de otro; y sustitucion ejemplar es cierta sustitucion directa que á semejanza de la pupilar se hace al que no por la edad sino por defecto de inteligencia no puede hacer testamento (núm. 1.)²

2. En esta definicion debe comprenderse el fátuo, si carece totalmente de capacidad, no si tiene algun entendimiento, aunque imperfecto; porque en el primer caso no puede testar y sí en el segundo, como sucede al púbero despues de los cator-

1 Esta resolucion no tiene lugar en los contratos onerosos (núm. 46 al princ.)

2 Como esta sustitucion se introdujo á ejemplo de la pupilar, debe seguir su naturaleza y es válido el argumento de una á otra. De aquí es que del mismo modo que en la vulgar espresa se contiene la tácita pupilar, se contiene tambien la ejemplar tácita (núm. 2).