

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).

ce años, sin embargo de que por carecer de íntegra capacidad no puede enagenar ni parecer en juicio (núm. 2).

3. Como la incapacidad de testar en alguna persona abre puerta para proveerle de sustituto ejemplar, se podrá sustituir al mudo y sordo por naturaleza, ó por casualidad si antes no aprendió á escribir, y al pródigo que se halla privado del manejo de sus bienes (núms. 3 y 4).

4. Esta sustitucion puede hacerse al descendiente constituido en la patria potestad, al emancipado que acaso lo fué antes del furor, y al hijo casado. Asimismo se puede hacer al descendiente legítimo y natural tan solo respecto de la madre y su línea; pero no al espurio, no al natural de madre ilustre, por no poder sucederle, no al hijo natural respecto del padre porque no le sucede (núm. 6).

5. Si el descendiente á quien se ha de sustituir tiene descendientes, de estos se le han de dar uno ó muchos sustitutos: si faltan y hay hermanos, se ha de seguir lo mismo, dejando la legítima á quienes por derecho pertenezca; y el hermano sustituto ha de ser germano ó consanguíneo por parte de padre, si sustituye el padre, ó ascendiente, ó ha de ser uterino si sustituye la madre ó la ascendiente; por lo que el padre no tendrá obligacion de sustituir los hermanos uterinos en defecto de los germanos y consanguíneos; ni la madre los consanguíneos á falta de los germanos y uterinos: siendo digno de advertir que el hijo de hermano muerto no habiendo otro hermano vivo debe sustituirse como su padre por representar su persona (*dic. núm. vers. Quod notabiliter*).

6. El padre no puede sustituir al hijo con exclusion de la madre, así porque el hermano á quien la madre se prefiere en la sucesion, debe ser sustituido, como porque la sustitucion

presente se funda en la equidad. Y esto mismo debemos decir de la madre que sustituye respecto del padre (núm. 7).

7. Cuando el padre sustituye con limitacion de tiempo dentro de la edad pupilar á un hijo impúbbero, furioso, ó mentecato, y constituido en la patria potestad, será pupilar la sustitucion, en la cual puede el padre favorecer á cualquiera; pues concurriendo dos causas para sustituir una natural y otra accidental, mas bien ha de prevalecer aquella que esta; y si asimismo dentro de la edad pupilar se sustituye sin limitacion de tiempo, será tambien pupilar (núm. 8): no siendo de omitir que la madre no pierde la facultad de sustituir por contraer segundas bodas, á causa de que las leyes hablan indistintamente (núm. 9).

8. La sustitucion ejemplar se desvanece *ipso jure*, con recobrar el sustituido su juicio; pero se duda si convalezca incidiendo segunda vez en el furor ó demencia, y no habiendo hecho testamento durante el tiempo de su lucido intervalo. Nuestro Gomez sostiene que sí, bien sobrevenga el furor y tenga lucidos intervalos en vida del padre ó la madre que sustituye, bien despues del fallecimiento de estos, aseverando que en el presente caso no se estinguió, sino que cesó y estuvo suspensa en el medio tiempo (núm. 11).¹

9. El padre no puede sustituir al demente que antes de su enfermedad hizo legítimo y solemne testamento, porque no revocándolo el furor ó demencia, cesa el motivo de sustituir (*dic. núm. vers. Ex quibus*); y si despues de haber el padre sustituido pupilarmente á un hijo impúbbero de sano entendimiento, pierde éste su capacidad, no puede admitirse la dicha sustitucion.

¹ Tres casos en los cuales se acaba esta sustitucion trae la ley 11. tit. 5. Part. 6. (núm. 12).

cion ejemplar tácita, por creerse que el que sustituyó, no intentó proveer en un caso remoto y totalmente extraño (núm. 12).

10. Teniendo el demente (ya se halle ó no en la potestad) padre y madre, sustituyéndole ambos ejemplarmente, la sustitucion del padre valdrá y se preferirá en los bienes que el hijo adquirió de él y su línea: la de la madre en los que obtuvo de ella y su línea; y los demas se dividirán igualmente entre los sustitutos (núm. 13).¹

CAPITULO VII.

De la sustitucion compendiosa.

1. Compendiosa sustitucion es *aquella que comprende y puede comprender todos los herederos instituidos y todos sus tiempos, edades y bienes que se les dejaron.* Puede hacerse á cualquiera heredero descendiente ó extraño y en todo tiempo y caso, comprendiendo en sí otras sustituciones (núm. 1); es á saber, la vulgar, la pupilar y todas las demas que segun la cualidad del que sustituye y sustituido, se puedan hacer. Por tanto, sustituyendo el padre con estas espresiones: *Instituyo á mi hijo y sustituyo á Pedro, ó en cualquiera tiempo que mi hijo fallezca sustituyo á Pedro;* si el hijo no es heredero, se admitirá por la vulgar el sustituto: si es heredero y fallece antes de ser púbero, por la pupilar: si muere en la pubertad, por la fideicomisaria; y si por ventura el tal hijo es furioso, se admitirá por la ejemplar (núm. 2). Estas sustituciones embebidas en la compendiosa son tácitas especialmente, por no

¹ Sustituyendo el padre, pertenecen indistintamente los bienes del hijo al sustituto que le dió; mas cesando la sustitucion del padre, al que nombró la madre, y después á los nombrados por abuelo y abuela: cuyo orden y no otro ha de observarse en hacer las sustituciones (núm. 14).

haberlas declarado el testador con particularidad, mas son espresadas universal y efectivamente á causa de comprenderse en la generalidad de palabras (núm. 3).

2. Cuando el soldado sustituye con palabras directas, v. gr. *Instituyo á mi hijo, y siempre que muera, sea heredero Francisco;* valdrá en todo tiempo la sustitucion por derecho directo: dentro de la edad pupilar como pupilar, admitiéndose el sustituto á todos los bienes, así del hijo impúbero como del testador, y después en todo tiempo valdrá como militar directa por el privilegio concedido á los soldados, y percibirá tan solo el sustituto los bienes del mismo padre. Pero si el testador no es soldado, aunque dentro de la edad pupilar sucede lo mismo que en el caso anterior, después vale la dicha sustitucion como oblicua fideicomisaria, de la misma suerte que si se hubiera hecho á un púbero, emancipado, ó extraño, ó por la madre: porque la voluntad del testador que fué de sustituir para el tiempo de la pubertad en el modo que fuese válido, debe atenderse; bien es verdad que la *ley 12. tit. 5. part. 6.* por estas palabras: *Mas si muriere después de esta edad, entonces el sustituto no heredará ninguna cosa de los bienes &c.,* confirma la sentencia de que llegando el sustituto á la pubertad, de ninguna suerte puede valer la presente sustitucion (núm. 4).

3. Si la sustitucion compendiosa se hace con palabras oblicuas; v. gr. *Instituyo á mi hijo, y en cualquiera tiempo que muera, restituya la herencia á Manuel;* en la edad pupilar y después, vale únicamente como fideicomisaria, la cual no contendrá en sí á la sustitucion vulgar, como no la contiene la fideicomisaria espresada, por ser opuesta; mas esto ha de seguirse, cuando la espresion oblicua hace relacion al heredero, pues si alude al testador como si diga: *Yo testador después de la muerte de mi hijo, restituyo la herencia á Pedro;* embebe

la sustitucion pupilar dentro de su tiempo y despues la fideicomisaria (núm. 5).

4. Finalmente, si la sustitucion compendiosa se hace por palabras generales, en fuerza de su aptitud para comprender en sí las sustituciones directa y oblicua, dentro de la edad pupilar vale como pupilar y despues como fideicomisaria. En favor de esta opinion tenemos espresa la ley 12. vers. *Pe-ro si éste que es caballero &c. tit. 5. part. 6;* y aunque Bartulo con otros lleva que viviendo la madre se oblicúa dentro de la edad pupilar, lo contrario opina nuestro Autor (núm. 6).

CAPITULO VIII.

De la sustitucion brevilocua.

1. La última especie de sustitucion es la brevilocua que se hace con pocas palabras, y comprende ó puede comprender muchas sustituciones en las personas de todos los herederos, como si el testador diga: *Instituyo tales herederos, y los sustituyo recíprocamente.* Su propio nombre es recíproca, porque este no puede adaptarse á otra especie de sustitucion como el de brevilocua, que puede competir á la compendiosa (núm. 1).

2. Esta sustitucion algunas veces contiene solamente la vulgar de las personas de todos los herederos, es á saber, cuando el testador instituye dos ó mas hijos púberos, dos estraños, dos hijos uno impúbero y otro púbero, ó un hijo impúbero y un estraño, sustituyéndolos mútuamente, por convenir á ambos solamente la vulgar, y deberse juzgar en duda la directa vulgar mas bien que la oblicua; aunque tambien se contendrá la fideicomisaria, mencionando el testador el fallecimiento en la sustitucion: v. gr. *en cualquiera tiempo que mueran los instituidos los sustituyo recíprocamente* (núm. 2).

3. Cuando el padre instituye dos ó mas hijos impúberos y los sustituye mutuamente, en las personas de ellos hay sustitucion vulgar y pupilar, aunque uno llegue á la pubertad antes que el otro (*dic. núm. 2. vers. Aliquando ista*). Y últimamente esta sustitucion comprende ademas de las dos mencionadas la fideicomisaria, en el caso de que el testador instituya muchos hijos impúberos y los sustituya recíprocamente en cualquiera tiempo que fallezcan (*vers. Aliquando verò*).

CAPITULO IX.

De la trasmision de la herencia.

1. La herencia no adida por el heredero cuando vivió, nó se trasmite regularmente á los suyos, y sucede lo mismo que si no se le hubiese deferido. Dan los AA. varias razones de esta resolucion, y nuestro Gomez espone hasta seis, inclinándose á la primera. Esta consiste en que la herencia por testamento ó abintestato no se comprende en los bienes del heredero antes que la adida, y de lo que no se tiene adquirido es imposible la trasmision; aunque si por el crimen ó culpa lata de alguno pierde otro la herencia ó derecho de adir, en odio de aquel se considera en los bienes de este (núm. 1); y sin embargo de que no se trasmite la herencia, se transmiten otros derechos hereditarios universales; v. gr. el derecho ó facultad de adir que ya tiene adquirido el heredero, el fideicomiso y el derecho de acrecer (*dic. núm. 1. y núm. 6. al fin*).

2. En algunos casos se trasmite la herencia, aunque no se haya adido. Unas veces se hace la trasmision por la potencia de la suidad, otras por la potencia de la sangre, y otras por el capítulo del derecho de deliberar (*dic. núm. 6. vers. Ista*). Se hace por la potencia de la suidad, cuando alguno muere