pilo ántes de la pubertad, conseguirá el substituto todos los bienes así de éste, como del testador (*núm.* 13.) (*I*).

9 Diciendo el padre: *Si mi hijo impúbero fallece substituyo á Pedro*; será pupilar la substitucion, porque la palabra impúbero se pone dispositiva y condicionalmente, no para significar que en el tiempo de la substitucion 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 dixese: *Si mi hijo impúbero fallece sin hijos, substituyo á Francisco*: en cuyo caso será compendiosa la substitucion, y por virtud de ella sucederá el substituto al pupilo en qualquiera tiempo que fallezca. Asimismo calificarémos de esta especie la que se haga, no con palabras condicionales como las anteriores, sino con palabras absolutas: v. gr. *Substituyo tal persona á mi hijo impúbero* (*núm.* 14.).

CAPITULO V.

De la substitucion fideicomisaria.

1 Llámase *substitucion fideicomisaria aquella, en cuya virtud queda alguno gravado á restituir la herencia ó quota de ella.* Puede definirse diciendo que es *cierta substitucion obliqua, ó restitucion de toda la herencia ó de alguna quota que ha de hacer el heredero aunque esté repugnante, mediante la qual el fideicomisario se hace heredero efectiva y útilmente* (*ley fin.*

(*I*) En conformidad de lo que expuse en mi nota última del cap. 2. arreglándome al Derecho Español, el substituto deberá contentarse con la casa expresada.

fin. tit. 5. *part.* 6.) (*I*). Dícese *fideicomisaria* por la fe ó palabra que daba el heredero gravado de restituir la herencia ó parte de ella: *obliqua*, porque el fideicomisario no percibe directamente los bienes hereditarios sino por medio del instituido: *de toda la herencia ó de alguna quota*, por quanto el gravámen respectivo á una cosa particular no induce la obligacion de adir, y la dexacion 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 adicion y restitucion (*II*); y finalmente dícese *mediante la qual 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 dominio directo, solamente puede tener las acciones y el dominio útiles (*núm.* 1.) (*III*).

2 El heredero puede retener para sí la quarta parte de la herencia ó quota en que es gravado, para que con este incentivo no repudie la herencia (*ley fin. tit.* 5. *y ley fin. tit.* 11. *part.* 6.): en cuyo even-

(*I*) Vistas las notas que se pondrán en el discurso de este cap. conceptuo fácil el formar una definicion adaptable á nuestro derecho y conforme á nuestra práctica.

(*II*) 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 adicion, 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.

(*III*) No adiendo el gravado sino es solamente el heredero fideicomisario conforme á lo prevenido en la nota antecedente, es regular que este adquiera 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 únic. C. de nud. jur. Quirit. toll.* el vano dominio *ex juræ Quiritium.*

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 ántes 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.) (*I*).

3 Así como haciendo testamento puede qualquiera 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 de la substitucion fideicomisaria quanto lo tiene hecho testamento (*núm.* 4.) (*a*).

4 El

(*I*) Disputan los Doctores si despues de la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* que previene valgan los fideicomisos y todo lo demas sin la adicion del heredero escrito, tendrá lugar la deduccion de la quarta trebelianica. La opinion afirmativa es la mas seguida, aunque Cevallos (al fin de la *qüestion* 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 quarta parte de ella, del mismo modo que por la *ley falcidia* era lícito al heredero deducir otra quarta parte de los legados. Sirvió de estímulo á esta determinacion el que los herederos gravados por el poco ó ningun lucro se excusaban á la adicion 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.

(*a*) Hay grande controversia entre los AA. sobre si despues

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 transferido el dominio, del qual 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 transferirian asimismo los gravámenes contra su voluntad, lo qual es repugnante ántes de la restitucion. Tampoco compete la accion por testamento contra el heredero gravado ántes de la adicion, porque esta es el fundamento de la obligacion ó quasi contrato. La hipotecaria, sí compete contra el gravado así ántes como despues de la adicion, mediante á que no verificada esta compete el oficio del Juez, al qual puede adherirse la hipotecaria, siendo de un efecto considerable, si por ventura las cosas propias del heredero se enagenáron ántes de la adicion (*núm.* 7.).

6 Falleciendo el heredero gravado, bien sea ántes de la adiccion, bien sea despues, bien en otro qualquiera caso sin excepcion alguna, dura la substitucion fideicomisaria y se transmite á los herederos del

pues de la dicha *ley* 1. se conserve la substitucion fideicomisaria, no habiendo heredero ni por testamento ni abintestato, y el Pichardo (*in rep. tit. ff. de adquir. hæred. cap.* 30. *núm.* 15.) lleva que subsiste lo escrito en el testamento aunque ninguna adicion intervenga, pero que para pedir con las acciones directas es necesaria la adicion (*núm.* 6. *al fin.*).

del gravado, segun se infiere de la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* en la qual 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 adicion, 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 ántes de la adicion y restitucion se transmiten á sus herederos el derecho y acciones que le competen, siempre que la substitucion se hubiese hecho pura; pues si se hizo condicional sucede lo contrario, y aunque el fideicomisario sea de los descendientes no transmite 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 qual se infiere que aquel ha de formar inventario como principal fundamento de ellas; y ha de dar á éste una copia, en la qual aparezca que y quando debe restituirse, viniendo el tiempo ó verificándose la condicion (*núm.* 10.) (*I*).

9 Por dexar de hacer inventario el heredero no pierde la quarta trebeliánica del fideicomiso universal, y si lo hace le aprovechará al fideicomisario, quien gozará de sus efectos, útiles aunque no se le haga cesion, del mismo que haciéndolo por sí quando 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.).

(*I*) En el núm. sig. sostiene el Gom. la opinion de que el testador puede prohibir la deduccion de la quarta trebeliánica al gravado, de cuya sentencia no podrá dudarse en el dia, por lo que en mi nota anterior queda expuesto.

10 De dos modos puede hacerse la restitucion: realmente que es quando 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 adicion verbal: y de aquí es que ántes de esta restitucion no puede el fideicomisario, por no habérsele transferido ningun derecho, reconvenir á los deudores del difunto y poseedores de las cosas hereditarias (*núm.* 13.).

11 Hecha la restitucion 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 adicion particular se conceptua universal (*dic. núm. vers. Item adde quod*): y así como pasa el dominio por la restitucion verbal quando el difunto era señor, pasa tambien la accion publiciana quando no lo era y le competia (*dic. núm. vers. Item adde & extende*).

12 Adiendo el heredero y restituyéndose verbalmente la herencia al fideicomisario, le compete contra el tercero particular poseedor la accion universal y fideicomisaria peticion de la herencia, igualmente que compete al heredero directo la peticion de la herencia despues de la adicion, la qual causa en éste los mismos efectos que la restitucion verbal en el fideicomisario: y si el gravado ade y res-

restituye plenamente la herencia, perdiendo el fideicomisario la posesion de algunas cosas, no usará de la peticion fideicomisaria de la herencia, porque del mismo modo que la peticion de la herencia no compete al heredero conseguida la posesion, no compete tampoco aquella al fideicomisario sino la reivindicatoria y publiciana en sus respectivos casos (*núm.* 14. *vers. Si verò hæres gravatus.*),

13 Unas veces ha de restituir el heredero gravado los frutos que percibió, y otras no debe restituirlos. Quando se percibiéron despues de adida la herencia presente y omiso el fideicomisario, ó estando la herencia yacente y despues adió el heredero voluntariamente, en cuyo caso se conceptua negligencia de parte del fideicomisario, no tiene aquel obligacion de restituirlos. Asimismo no la tiene quando los percibió por voluntad del testador, como si lo gravó á restituir condicionalmente ó en algun dia, porque entónces los computa en la quarta y no restituye los sobrantes; pero si se percibiéron los frutos despues de la adicion é intervino morosidad en el heredero para hacer el pago, deben computarse en la quarta restituyéndose los que resten: y si el heredero gravado hizo la restitucion á lo ménos verbal, ó se presenta caso en que la restitucion del fideicomiso se juzga hecha *ipso jure*, se deben los frutos percibidos despues al fideicomisario aunque haya sido moroso, como dimanados de cosa propia. Finalmente si los frutos se percibiéron vivo el testador, y se hallan en la herencia al tiempo de su muerte, vienen en la restitucion deducida la quarta, segun se ha de decir con respecto á los frutos pendientes al tiempo del fallecimiento: siendo de advertir, que mandando el testador se restituyan, ó manifestando ser esta su voluntad, han de restituirse indistintamente (*núm.* 15.).

14 Quan-

14 Quando el heredero es gravado á restituir lo que restase de la herencia al tiempo de su muerte, puede libremente enagenar tres partes reservando la quarta (que asimismo podrá enagenar por causa de dote, donacion *propter nuptias*, redencion de cautivos, y por alimentos ó expensas que necesite), y dando la competente caucion al fideicomisario, quien en caso de enagenacion 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 deduccion de quarta, por no ser tal fideicomiso universal ni seguir su naturaleza (*núm.* 16.) (*a*).

15 Si el heredero gravado restituyó la quarta en vida al fideicomisario reteniendo los demas bienes, no podrá este despues de la muerte de aquel pedir lo que hubiese restado, por conceptuarse entre ellos un pacto tácito de no pedir mas: 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 compráron otras, vienen en la restitucion 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 heres.*).

16 Siendo alguno instituido heredero con un pupilo, substituido pupilarmente á este y gravado en la restitucion de la herencia ó bienes, no han de venir en aquella los adquiridos por la substitucion pupilar, quando esta se hizo despues de haber hecho

(*a*) Menochîo (*de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 188.) pone otros dos casos: el primero, quando el testador impuso al heredero llanamente el gravámen del fideicomiso, y entónces no puede enagenar: el segundo, quando le dió facultad libre para la enagenacion, por lo que podrá enagenar todos los bienes (*núm.* 18.).

cho la substitucion fideicomisaria llanamente ; pero si esta se hizo despues de aquella, ó expresó el testador que el gravado habia de restituir todos los bienes que tiene y se le dexan , se comprehenden en la substitucion fideicomisaria así los del testador como los del pupilo (*núm.* 17.).

17 Si se instituyen muchos herederos dexándole á uno un prelegado , y gravándole en la restitucion de todos los bienes que tuvo del testador ó de otro modo semejante , se comprehenden en la substitucion fideicomisaria así el prelegado como los bienes hereditarios ; pero tan solo se contienen estos , quando se substituye generalmente expresando que el heredero restituya la herencia ó parte de ella que se le ha dexado. Y si el testador dixo absolutamente que nombraba á Francisco por substituto de Pedro heredero sin declarar en qué bienes , es necesario inspeccionar si la substitucion se hizo despues de la institucion y prelegado, ó despues de aquella y ántes de este. En el primer caso además 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 herederó gravado á restituir su parte obtenga por derecho de acrecer la de su coheredero , viene aun esta en la restitucion, porque acreció no á la persona sino á la cosa , y por tanto la sigue (*núm.* 19.).

19 Quando 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 dexarles mas ó ménos , se juzga concurrir en la substitucion de qualquiera especie que sea (*ley* 3. *tit.* 5. *part.* 6.). Mas esto ha de entenderse substituyendo el

el testador con nombres apelativos (segun se presume siempre en duda) , aunque denoten con sanguinidad , oficio ó qualidad de los instituidos ; pues si se hace la substitucion 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 conceptua en este caso tener afeccion y respecto á las mismas personas y no á las porciones hereditarias como en el anterior: debiéndose inspeccionar quando en la oracion se exprimen los dos nombres propio y apelativo , quales el que precede (*I*). Tambien ha de hacerse la restitucion por partes iguales en el caso de que los substitutos hayan sido gravados igualmente á dar alguna cantidad , bien fuesen llamados con nombres propios, bien con apelativos (*núm.* 20.).

20 Haciéndose la substitucion 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 dixese : *Si alguno de ellos ó qualquiera de ellos no es heredero , séalo Diego* ; y repudia ó es excluido alguno de los dos , aunque el otro ada, se admite el substituto en la parte de aquel , á no ser que los instituidos sean hijos y el substituto extraño , en cuya especie por favor de aquellos solo tiene este entrada , quando todos repudien ó sean excluidos. Pero si la substitucion se hace á muchos absoluta , copulativa ó unidamente , v. gr. *Si Pedro y*

(*I*) Aunque la distincion que aquí se admite con respecto á los nombres , fuese indubitable 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 expuesta anteriormente ni la determinacion de la citada ley de Partida.