

título 1048 Frances, del que ha sido tomado el 3 del nuestro 638.

El 942 Napolitano sigue el 896 Frances, salvando las excepciones que resulten expresamente de la ley y las disposiciones relativas á la institucion de los mayorazgos: trátase luego de ellos en diez y siete artículos que atenúan algunos inconvenientes de los antiguos: el 879 Sardo salva tambien los mayorazgos y fideicomisos.

El 1020 y 1021 Holandeses permiten la sustitucion del 1048 Frances, estendiéndola indefinidamente á los descendientes directos, nacidos ó por nacer, de hijos, hermanos ó hermanas.

El 687 y 691 de Vaud siguen tambien al 1048 Frances.

El artículo 19 Bávayo y siguientes, capítulo 3, libro 3, admiten toda clase de sustitucion, vulgar, pupilar, cuasi pupilar, fiduciaria: el 604 y siguientes Austriacos admiten la vulgar y *fidei-comisaria*: el 50 Prusiano, título 12, parte 1, admite las mismas.

En Derecho Romano no solo era conocida la sustitucion de nuestro artículo 629 llamada *vulgar*, sino la *pupilar*, por la que el padre daba sustituto al hijo impubero que tenia en su potestad para el caso de morir ántes de llegar á la pubertad, es decir, á la edad de poder testar por sí mismo; el padre en este caso testaba por su hijo y disponia de todos sus bienes, como podria hacerlo el mismo hijo en edad perfecta.

A ejemplo de esta sustitucion se introdujo otra llamada *cuasi pupilar ó ejemplar*: el padre podia testar por el hijo demente, aun cuando fuese pubero, para el caso de morir en el estado de demencia, título 15 y 16, libro 2, Instituciones.

Estas tres especies de sustitucion fueron adoptadas en el título 5, Partida 6.

Reconocieron tambien los Romanos los fideicomisos tanto universales como particulares; su origen, historia y efectos pueden verse en los títulos 23 y 24, libro 2, Instituciones: de los primeros ó universales hablan tambien la ley 14, título 5, y la 8, tí-

tulo 11, Partida 6; de los segundos la 3, y algunas siguientes del título 9, de la misma Partida.

¿Pero conocieron los Romanos los fideicomisos de familia y perpétuos?

Del capítulo 2 de la Novela 159 puede inferirse que no se extendian á más de cuatro generaciones.

Nuestro Derecho vigente en materia de mayorazgos y fideicomisos era la ley de 21 de Setiembre de 1820, restablecida por Real Decreto de 31 de Agosto de 1836: por ella quedaron y por el artículo quedan prohibidos: tengo por inútil reproducir aquí los motivos de esta abolicion y prohibicion: *cuasi non dictus Hylas?*

#### ARTICULO 636.

*Quedan comprendidas en la prohibicion del artículo anterior:*

1º *La disposicion por la que se declare inalienable toda ó parte de la herencia.*

2º *Aquella por la que es llamado un tercero al todo ó parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero.*

3º *La que, bajo cualquier nombre ó forma, tenga por objeto dejar á uno el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique ó invierta segun las instrucciones que le hubiese comunicado el testador.*

*Si los hubiere dejado simple y generalmente para distribuirlos en iglesias, conventos, fundacion de capellantas ú otra semejante, se entenderá comprendida la disposicion en el artículo 611, salvo que para la calificacion y distribucion se asociará la persona nombrada por el testador á las designadas en el artículo 610. (1)*

Número 1. Por Derecho Romano la simple prohibicion de enagenar sin designar las personas en cuyo favor se hacia, no inducia fideicomiso de familia y se tenia por no puesta, ley 114, párrafo 14, libro 30 del Digesto: nuestro artículo no hace esta distincion; la prohibicion se tendrá siempre por no puesta, y regirán las disposiciones del artículo siguiente.

Número 2. Ha sido tomado del 926 Ho-

1 Véase la nota de fojas 70 y lo prevenido en la de fojas 48.—N. de los EE.

landes, más lato cuando no más expresivo en su número 2º que el 896 Frances.

Segun este, la disposicion del número 2 sería válida, aunque en términos precisos se hubiera gravado al heredero con restituir á un tercero lo que al morir le restase de los bienes hereditarios, ó solo se le hubiese prohibido disponer de ellos por testamento. Rogron cita fallos del Tribunal de Casacion en este sentido, porque el heredero ó donatario pudo enagenar los bienes en vida, y el artículo Frances habla de *conservarlos y restituirlos*. Los fallos fueron justos, segun el artículo Frances; pero es preferible el Holandés: la libertad de disponer en vida y prohibicion de hacerlo por testamento, ó al contrario, podria favorecer indirectamente la amortizacion, y en ambos casos se verificaria que el testador disponia dos veces de sus bienes.

Número 3. Conforme á lo establecido en el artículo 559: vé lo allí expuesto. Semejante disposicion encierra un fideicomiso de la peor especie, pues, sobre convidar á delinquir, puede hacer ilusorias todas las prohibiciones ó incapacidades.

*Se entenderá comprendida*: por las mismas razones de humanidad y utilidad pública en que se apoya la piadosa presuncion é interpretacion de voluntad del artículo 611.

*Para la calificacion*: En los casos de los artículos 610 y 611, los albaceas no tienen parte en la calificacion de pobreza; aquí la tendrán cuando el testador les haya encargado la distribucion en iglesias, etc.: la presuncion é interpretacion de voluntad sobre el objeto no son tan naturales en este caso: por lo tanto, se da toda la intervencion posible á los albaceas ó persona encargada por el testador.

#### ARTICULO 637.

*La nulidad de la sustitucion fideicomisaria no perjudica á la validez de la institucion de heredero ni á los derechos del primer llamado. (1)*

1. La nulidad de la sustitucion fideicomisaria no importa la de la institucion ni la del legado; teniéndose por no escrita la cláusula fideicomisaria —Art. 3632, cap. 8, tit. 2, lib. 4. cód. civ. vigente.—N. de los EE.

*Validez*. Es decir, que la sustitucion ó fideicomiso se tendrá por no hecho, y en tal caso habrá de sucederse con arreglo á lo dispuesto en la seccion anterior: *utile per inutile non vitiatur*; y así se entendió y practicó la ley recopilada 15, título 20, libro 10, relativa á este mismo punto.

Se ha dado la preferencia al artículo 880 Sardo, que así lo dispone en testamentos, y el 1048 en las donaciones, sobre el 896 Frances que ordena lo contrario, á pesar de las razones alegadas por Rogron, que podrian tener más fuerza en el caso de donacion.

Las últimas voluntades deben ser sostenidas en cuanto puedan tener efecto; y lo cierto es que el testador dió la preferencia sobre todos al primer llamado. El mismo Rogron se hace cargo de la contradiccion que hay entre el artículo 896 y el 900 Franceses.

La ley 12, título 17, libro 10, Novísima Recopilacion, dió ocasion á muchos pleitos llamando á los *parientes inmediatos* en un caso parecido. La citada 15, título 20, calló sobre este punto; pero el Real Decreto de 30 de Mayo de 1830, declaratorio de la misma, llamó tambien á los *parientes que segun derecho sean herederos ab intestato*, y fué causa de dudas y de pleitos: el artículo, segun he observado, nada prejuzga sobre este punto, que habrá de regirse por las disposiciones de la seccion anterior.

#### ARTICULO 638.

*No se entiende sustitucion prohibida, la disposicion en que el testador deje la propiedad á uno, y el usufructo á otro ú otros con la limitacion prescrita en el artículo 437.*

*Puede tambien el testador dar sustituto en los bienes de libre disposicion al heredero impubero para el caso en que éste muera ántes de llegar á la pubertad.*

*Puede asimismo dejar un padre la parte libre de sus bienes á su hijo, con la carga de haberlos de restituir á los hijos que el segundo tenga ó tuviere en adelante, limitándose la restitucion á los nietos del testador, sin pasar á otros grados. En este caso, el hijo gravado*

con la restitucion queda sujeto á todas las obligaciones del usufructuario. (1)

Vé el 958 en que se dispone lo mismo tratándose de donaciones; el primer párrafo es el 899 Frances, 930 Holandes, 944 Napolitano, 882 Sardo, y 1509 de la Luisiana.

Aquí, hablando con propiedad, no hay verdadera sustitucion sino dos donaciones, una del usufructo y otra de la propiedad. Cierta es que la segunda no surtirá plenamente sus efectos sino despues de espirar la primera; pero el donatario de la propie-

1. No se reputa fideicomisaria la disposicion en que el testador deja la propiedad del todo ó parte de sus bienes á una persona y el usufructo á otra; á no ser que el propietario ó el usufructuario queden obligados á trasferir á su muerte la propiedad ó el usufructo á un tercero.—Puede el padre dejar la parte libre de sus bienes á su hijo con la carga de trasferirlos al hijo ó hijos que tenga ó tuviere; en cuyo caso el heredero se considerará como usufructuario.—La disposicion que autoriza el artículo anterior, será nula cuando la trasmision de los bienes deba hacerse á descendientes de ulteriores grados.—Se consideran fideicomisarias, y en consecuencia prohibidas, las disposiciones que contengan prohibicion de enajenar; ó que llamen á un tercero á lo que quede de la herencia por la muerte del heredero; ó encargo de prestar á más de una persona sucesivamente cierta renta ó pensión.—No están comprendidos en la prohibicion del artículo precedente, las prestaciones de cualquiera cantidad, impuestas á los herederos en favor de los indigentes; para dotar doncellas pobres; ó en favor de cualquier establecimiento ó fundacion de beneficencia pública, guardándose las prescripciones que establecen los tres artículos siguientes.—La prestacion deberá ser consignada por el testador en ciertos y determinados bienes; pero queda en libertad el heredero gravado para capitalizarla é imponerla á rédito.—La capitalizacion se hará interviniendo la primera autoridad política del lugar, y con audiencia de los interesados y del Ministerio público.—Los herederos gravados de este modo no quedan obligados más que al cumplimiento de la carga: su sucesion particular se regirá por los preceptos relativos de este Código.—Puede el testador fundar uno ó más lugares en un establecimiento de beneficencia ó de instruccion pública para sus descendientes.—Puede tambien el testador hacer igual fundacion para sus parientes colaterales; pero en este caso no tendrá efecto fuera del octavo grado.—Faltando las personas de que hablan los dos artículos anteriores, el capital quedará destinado generalmente á la beneficencia pública.—Arts. 3633 á 3643, tit. 2, cap. 8, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

dad no es sustituto del usufructuario que nunca la adquirió: esto es tan sencillo y palmario que escusa todo razonamiento. El segundo párrafo fué adoptado como base por la Comision, á propuesta mia, en beneficio de los impúberos: sin esta libertad podrian muchos retraerse de favorecerlos en testamento por temor de que, no pudiendo los impúberos hacerlo, le sucediesen en los bienes personales que no merecieron el afecto del testador.

En las provincias de Fueros era casi de tabla ó fórmula sustituir en las donaciones por causa de matrimonio para el caso de no ser habidos hijos en él, ó de morir estos ántes de la pubertad, y aun despues, sin hacer testamento.

El artículo 945 Napolitano permite á los padres, ascendientes, tios, tias, hermanos y hermanas, hacer esta sustitucion á un menor de 18 años para el caso de morir sin posteridad ántes de haberlos cumplido.

Pero ni el artículo Napolitano, ni nuestro párrafo 2, tienen nada que ver con la sustitucion pupilar Romana, que abrazaba todos los bienes del pupilo, procediesen ó no del testador.

El tercer párrafo es el artículo 1048 Frances, y 1020 Holandes, el cual en su segundo párrafo añade: que en caso de haber muerto un hijo pueda hacerse la misma disposicion en favor del nieto ó nietos.

El artículo deja á salvo los derechos del hijo en la legítima, segun lo que se dispone en el 643, y no tiene los caracteres de pena contra el hijo gravado con la restitucion ó sustitucion, pues que puede aplicarse igualmente al hijo disipador, como al que haya sufrido ya reveses de fortuna, ó que por su estado se halle expuesto á ellos: el padre es el único juez competente para apreciar los motivos que le impelan á hacer esta disposicion.

Nuestra legislacion actual era mucho más lata, pues la ley recopilada 11, título 6 libro 10, ó 27 de Toro, permitia imponer el gravámen de restitucion, fideicomiso, vínculos, sustituciones en la mejora del tercio, que

era legítima de los hijos respecto de estraños; y la 2 del mismo título permite hacer dicha mejora á favor de los nietos aunque vivan sus padres.

Nuestro artículo 654 permite, en cuanto á la doble porcion, lo mismo que la citada ley 2 permitia respecto del tercio, y por mayoría de razon autoriza la sustitucion ó restitucion de este tercer párrafo en cuanto á la mejora del duplo ó de la doble porcion; porque si puede dejarse directamente al nieto, aunque viva el padre mucho mejor podrá dejarse á este con la obligacion de restituir la al nieto.

A los hijos: no á favor de un hijo determinado, sino de los que ya tenga ó tuviere en adelante sin ninguna preferencia por razon de edad ó sexo, y sin pasar de los nietos del testador para evitar ó minorar en todo lo posible los vicios é inconvenientes de la sustitucion.

#### ARTICULO 639.

Lo dispuesto en esta seccion se observará igualmente en los legados y donaciones (1).

Los Códigos que como el Frances y otros, tratan juntamente de donaciones y testamentos, no tienen necesidad de repeticiones; el Sardo, que trata separadamente de una y otra materia, dice en su artículo 1148: "En las donaciones entre vivos no se permiten las sustituciones, sino en los casos y con los límites establecidos para los actos de última voluntad."

"La nulidad de las sustituciones no perjudicará á la validez de la donacion;" igual es el motivo y objeto de nuestro artículo y las razones de la prohibicion son las mismas en las herencias que en los legados y donaciones.

#### CAPTULO VI.

DE LOS HEREDEROS FORZOSOS Y DE LAS MEJORAS.

#### SECCION PRIMERA.

DE LOS HEREDEROS FORZOSOS.

La materia de últimas voluntades y más

1 Todo lo dispuesto en este capítulo respecto de los herederos, se observará tambien respecto de los legatarios.—Art. 3644, tit. 2, cap. 8, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

TOM. 11.

particularmente la de la *porcion legítima*, es la que presenta mayor variedad en los Códigos: entre los Romanos fué embrolladísima; y el mismo Justiniano, á pesar de su loable propósito de simplificarla, solo consiguió desembarazarla de algunas sutilezas y dificultades. La prueba mas concluyente de la gran variedad en punto á la legítima, resultará de un cuadro comparativo de los diversos Códigos.

Las leyes de las 12 Tablas no reconocieron legítima: el padre, que tenia el derecho de vida y muerte sobre sus hijos, debia tenerlo tambien para disponer de sus bienes como le pluguiese; *uti legassit, ita jus esto*: la supremacia de la autoridad paterna entraba en la constitucion política del Estado, y la severidad de la disciplina doméstica templaba la excesiva libertad del ciudadano, que, antes de serlo, habia contraido hábitos de moralidad y subordinacion.

A las conquistas siguió el lujo, y á este la corrupcion de las costumbres; notáronse abusos en la terrible y antes saludable autoridad de los padres, y se creyó preciso restringirla en este y otros puntos.

Introdujose, pues, á favor de los hijos (aunque se ignora cuando), la legítima de la cuarta parte de los bienes, fuese cualquiera el número de aquellos; Justiniano en su novela 18, la aumentó hasta el tercio siendo cuatro ó menos los hijos; y á la mitad cuando eran cinco ó más. Justo y razonable parecia tener en cuenta para la legítima el mayor ó menor número de hijos; pero resultó la contradiccion de que siendo cuatro percibian menos que siendo cinco.

Las leyes 17, título 1, y 7, título 11, Partida 6, copiaron las Romanas, calificando como estas á la legítima de *debtu natural*, *debitum naturale*; ley 36, párrafo 2, título 28, libro 3 del Código.

Pero la ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, trasladada á la 9, título 5, libro 3 del Fuero Real, que aclaró la 28 de Toro, 8, título 20, libro 10 Recopilacion, habia establecido la legítima de los hijos tal cual ha llegado hasta nosotros al través de tantos

11