

y otros, entendiendo que la ley de Toro no distinguió unos de otros codicilos, por cuya razon *unifica* su doctrina y no es posible admitir distincion allí donde la ley no distingue.

Desde el momento en que nuestras leyes horraron las diferencias que existian en cuanto al fondo, materia y objeto de los testamentos y codicilos; desde el momento en que pudo haber testamentos sin designacion de heredero y por consiguiente, no hubo diferencias esenciales entre unos y otros, cesó la razon de una disposicion solemne y otra que lo fuere ménos.

Hoy, por consiguiente, el codicilo no existe, es una denominacion que no corresponde á nada real y efectivo que sea distinto del testamento.

Esto no obstante, como todavía se sustenta por alguien la opinion contraria, en lugar de decir nosotros en el artículo que la institucion de heredero solamente puede hacerse en testamento, lo cual es cierto segun nuestra doctrina, pero no lo es en sentir de los que admiten la existencia del codicilo, hemos adoptado la forma en que está redactado y que resulta ser la verdad vigente, ya se sostenga ya se niegue la existencia de las disposiciones codicilares.

Si la institucion de heredero hecha en documento en que se haya prescindido de las solemnidades del testamento es nula, lo es tam-

bien la condicion, traba ó gravámen que sin aquellas solemnidades se impongan al instituido en testamento.

Artículo 943.—En la institucion á título singular ó de legado, no podrá prescindirse de las solemnidades que se determinan en el artículo 887.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 2.ª, tit. XII, Partida 6.ª

Ley 2.ª, tit. XVIII, Nov. Rec. (3.ª de Toro).

COMENTARIO

Admitase ó no la existencia del codicilo, segun la interpretacion que se atribuya á la ley 3.ª de Toro, siempre resulta evidente con arreglo á la misma que llámese testamento la disposicion que se otorgue, ó llámese codicilo, jamas podrá prescindirse en él de las solemnidades que la ley Recopilada señala, y que dejamos explicadas minuciosamente en el art. 887 de este libro.

En la hipótesis de que subsitan los codicilos preguntan los autores: ¿puede la mujer ser testigo en los codicilos? Palacios Rubios, Búrgos de Paz y Gomez, entienden que sí, mas como observa el Sr. Gutierrez, esta doctrina no tiene otro apoyo que las glosas de los intérpretes, el cual no es por cierto muy seguro.

SECCION SEGUNDA

DE LA SUSTITUCION

Artículo 944.—La sustitucion puede verificarse nombrando un segundo ó ulterior heredero para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera ó no pueda aceptar la herencia.

Esta sustitucion se llama vulgar.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 2.ª, tit. V, Partida 6.ª

Ley 22, tit. III, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Ley 43, párr. 2.º, tit. VI, lib. XXVIII, Digesto.—Art. 898 Cód. Francia.

JURISPRUDENCIA

Aunque en una cláusula testamentaria se establezcan varias sustituciones vulgares, es, sin embargo, válida cuando no prohíbe enajenar ni establece por consiguiente ninguna vinculacion (Sent. 29 Noviembre 1859).

La facultad de los testadores para designar un heredero en primer grado, sustituyendo á éste con otro ú otros en segundo y siguientes, nada tiene de comun con la de imponer á sus bienes el gravámen de vínculo ó de restitution segun los llamamientos que dispusiesen, porque la sustitucion sólo contiene una sustitucion de heredero, ya se verifique en el primer

instituido, ya en cualquiera de los sustitutos, sea en el grado que fuese (Sent. 7 Abril 1864).

La condicion impuesta sobre una de las cosas de la herencia por un testador á su heredero, bajo pena de pasar la herencia en otro caso al siguiente llamado, tiene su aplicacion clara y textual al sustituido y sustituto nombrado, que existiesen al fallecimiento del testador, cualquiera que fuese de ellos el que entrase á disfrutar dicha cosa; pero no debe extenderse á los herederos y sucesores de éste, puesto que la libertad natural de una finca en las ulteriores transmisiones, no puede entenderse limitada ni coartada sinó por preceptos terminantes que no dejen duda acerca de la voluntad del testador (Sent. 7 Abril 1864).

Adquieren un derecho indisputable á la herencia por la muerte del instituido los sustitutos designados por el testador, y por la muerte de esos sus hijos legítimos, si así tambien lo hubiera ordenado aquél (Sentencia 14 Octubre 1867).

La disposicion testamentaria por la que es llamado un tercero al todo ó parte de lo que resta de la herencia al morir el heredero, contiene una especie de sustitucion condicional en favor del llamado, á la cual son aplicables las leyes y disposiciones que rigen respecto de esta clase de sustituciones (Sent. 15 Junio 1868).

La ley 22, tit. III, Partida 6.ª, despues de fijar las tres épocas en que los herederos deben tener la capacidad para heredar, dispone que si alguno de ellos no pudiere serlo, habrán la herencia los sustitutos ó los otros que fueren establecidos en uno con ellos en el testamento, y que sólo en falta de éstos pasará la herencia á los parientes más propincuos del finado (Sentencia 12 Junio 1869).

La cláusula de un testamento en que el testador instituyó heredero universal á su hijo, sustituyéndole con su nieto, á sus voluntades, en el caso de morir con hijos que llegasen á la edad de poder testar, contiene claramente una sustitucion pura, libre é incondicional en favor de dicho hijo, y una sustitucion vulgar á favor del nieto para el caso único y propio de esta sustitucion de que aquél no aceptase la herencia (Sent. 14 Junio 1871).

Si resulta en autos que un testador, ademas de establecer diferentes legados en su testamento y nombrar usufructuantes de sus bienes á su mujer y un hermano, dispone que despues de la muerte de éstos pasen los bienes á un sobrino suyo, y no existiendo este sobrino ni tam-

co hijos suyos quiere que pasen á los más próximos parientes de su linea, estas palabras constituyen evidentemente una sustitucion vulgar á favor de estos últimos, que quedó caducada y sin efecto alguno desde el momento en que el sobrino aceptó la herencia á la muerte del testador y se posesionó de ella al fallecimiento de los usufructuarios, segun aquél lo había dispuesto, y al estimarlo así la Sala sentenciadora, y pronunciar en su virtud la absolucion de la demanda en que se reclama por un tercero la herencia, entiende rectamente y no contraria la voluntad del testador ni comete ninguna infraccion de ley ó doctrina legal (Sent. 29 Noviembre 1878).

COMENTARIO

La sustitucion, dicen los autores, consiste en el nombramiento de un segundo heredero en lugar del primero.

Los comentaristas distinguen cinco clases de sustitucion á que dan los nombres de vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria con que las distingue la misma ley. Mas en realidad la compendiosa y brevilocua no pueden considerarse como clases de sustitucion, sinó como *modos* ó formas de su aplicacion, puesto que la compendiosa consiste en comprender los distintos casos de sustitucion bajo una sola fórmula, y la brevilocua ó reciproca en que el testador sustituya entre sí á los mismos que ha instituido por herederos.

En cuanto á la sustitucion vulgar objeto del artículo que comentamos, la ley de Partida dice: «Substitutos en latin, quiere decir en romance como otro heredero que es establecido del fazedor del testamento en el segundo grado despues del primero heredero, como si dixese: «Establezco a Fulano por mio heredero, e si non quisiere o non lo pudiere ser, sealo Fulano en lugar del. Tal sustitucion llaman vulgar...» Y en la siguiente añade: «Claramente se hace la substitucion vulgar por palabras negativas como si dixesse el testador: Establezco a Fulano por mi heredero, e si non lo fuere, fago mi heredero a Fulano. Ca si muriesse aquel que fue establecido primeramente, ante que ouiese tomado la erencia o se haya otorgado por eredero, sera eredero el segundo. Eso mismo seria si fuese vivo, e non quisiesse recibir la erencia o la desechasse. E aun calladante si podria fazer tal substitucion como si el testador nombrase dos omes por sus herederos, diziendo que qualquier dellos, nom-

brandolos, que fuesse vivo, que aquel fuesse su heredero: estonce si fuessen vivos omes, auran la heredad. E si el uno moriere tan solamente, auerla ha el otro que fuere vivo. E esto es porque en tal establecimiento se entiende calladamente que si el vno es muerto, o si fuere vivo, e non quisiere la erencia, el otro entrará en su lugar, e la deue auer toda».

La sustitucion vulgar se comprende, segun expresan los autores, con la fórmula *si hæres non erit*, dentro la cual se contienen dos casos, *si hæres esse nollit*, es decir, el de noluntad, y *si non potuerit hæres esse* que es el de impotencia ¿Será necesario que el testador determine cuál de los casos es el que prevee en su disposicion? Enunciado el caso de noluntad ó el de impotencia, ¿se entenderá comprendido tácitamente el otro? Entendemos que sí, pues como dice Gomez, es verosímil que lo que dispuso el testador en un caso hubiera dispuesto en otro si le hubiese ocurrido. En el Proyecto de Código se dice que la sustitucion simple y sin expresion de casos comprende las dos, á ménos que el testador haya declarado lo contrario.

En cuanto á la forma ó palabras con que se puede hacer la sustitucion vulgar y la manera con que en cada caso deba interpretarse la voluntad del testador, Gomez presenta algunos casos que no dejan de presentar dificultades: así, por ejemplo, cuando el testador dice: si Francisco no fuese mi heredero séalo Pedro, y mando á Francisco que restituya la herencia á Juan, resultan dos clases de sustituciones, ¿cuál prevalecerá?

Gomez dice que si el heredero instituido (Francisco) murió en vida del testador, ó ántes de adir la herencia, ó la repudia, sería admitido el sustituto vulgar (Pedro); pero si el sustituido llegó á adir la herencia, deberá ser preferido á su muerte el sustituto fideicomisario (Juan).

Gomez examina también esta duda: cuando concurren un sustituto y un heredero ó trasmisario, ¿cuál deberá ser preferido? En sentir del comentarista parece más conforme con la disposicion testamentaria preferir al sustituto; mas sin embargo, entiende que esta preferencia se limita al caso de noluntad, pero que si el sustituido muriese ántes de la adición y en el tiempo de deliberar, el trasmisario deberá ser preferido.

En cuanto al caso en que concurren un sustituto y uno que tenga el derecho de acrecer,

es siempre preferido el primero, porque su derecho se funda en la voluntad expresa del testador, al contrario de lo que sucede con el segundo, y la presuncion solamente prospera cuando la voluntad manifiesta no la contraría.

Artículo 945.—En el caso del artículo anterior, si el primer nombrado recibe ó acepta la herencia, cesa la sustitucion.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tit. V, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando se nombra sustituto á dos sustituidos para el caso de que falleciesen sin dejar hijos, la muerte de uno de ellos no da derecho al sustituto para reclamar la herencia (Sent. 10 Junio 1858).

En la sustitucion vulgar, aceptada ó poseída la herencia por el primer instituido, queda sin efecto la sustitucion (Sent. 1.º Mayo 1862).

Es principio de derecho que el sustituto que se da al sustituto se entiende dado también al instituido. (Sent. 16 Enero 1863).

La sustitucion vulgar espira en sus efectos una vez aceptada la herencia por el heredero instituido, así como la pupilar siempre que el huérfano llegue á la pubertad, porque en uno y otro caso pasaron los motivos de la sustitucion, como se establece expresamente en las leyes 4.ª y 10, tit. IV, Partida 6.ª (Sents. 7 Abril 1864 y 10 Junio 1865).

El sustituto que fallece ántes que el instituido y en tiempo en que pende una condicion, no adquiere derecho alguno efectivo sobre la herencia ni puede por consiguiente transmitirlo por testamento (Sent. 20 Junio 1866).

La doctrina de que la sustitucion vulgar espira en sus efectos una vez aceptada la herencia por el heredero sustituido, no puede tener aplicacion á la herencia dejada condicionalmente ó con el carácter de restitucion, pues entónces, si la condicion no llega á cumplirse ó si sucede el caso previsto en el testamento, debe darse á los bienes el destino determinado por el testador (Sent. 24 Diciembre 1866).

El llamado personalmente á la sustitucion que se muere ántes que el sustituido, no trasmite derecho alguno á sus herederos (Sent. 26 Octubre 1867).

Segun la ley 4.ª, tit. V, Partida 6.ª, y la jurisprudencia á su tenor establecida por repeti-

das declaraciones del Tribunal Supremo, la sustitucion vulgar caduca y queda sin efecto cuando el heredero instituido en primer grado acepta la herencia (Sent. 29 Noviembre 1878).

COMENTARIO

«Desfallece la sustitucion vulgar cada que aquel que es establecido por heredero primeramente, entra en la eredad del testador ante que muera; o si consiente, otorgando e diciendo que quiere ser heredero, maguer non la tome. Ca el sustituto non ha derecho en los bienes del muerto en que fuesse establecido el primero heredero: maguer este que primeramente fue establecido muriese despues; esto se prueba por las palabras del testador. Establezco á Fulano por mio heredero, e si el non lo fuere, fago mio heredero á Fulano: Pues que el primero erederero entra en la heredad, o quiere ser heredero, non ha porque lo ser el sustituto, maguer muera el primero despues».

El principio contenido en esta ley es tan claro y la razon que lo inspira tan evidente, que no merece más larga explicacion.

Artículo 946.—Cuando se instituyeren varios herederos y se designasen como sustitutos recíprocamente, la porcion correspondiente al que no aceptase ó no pudiere aceptar la herencia, se dividirá á prorata entre los demas instituidos.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tit. V, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Ley 24, tit. VI, lib. XXVIII, Digesto.—Párr. 2.º, tit. V, lib. II, Instituta.

COMENTARIO

La sustitucion puede presentarse bajo diferentes formas. Esta ley tiene por objeto una de ellas: «Si algun testador estableciesse tres omes por sus herederos: al uno en seis onzas (1), al otro en cuatro (2) y al otro en dos (3): en tal manera que si alguno muriese ante que entrase la heredad o non la quisiere, que los otros heredassen en lugar del: dezimos que si alguno dellos non quisiere ser heredero o mu-

(1) La mitad de la herencia.

(2) Cuatro dozavas partes de la herencia.

(3) Dos dozavas ó una sexta parte.

riese ante que tomase su parte de herencia, estos dos que fincassen vivos, debe cada uno heredar los bienes del que les fizo sus herederos, e la parte del otro, segun la cuantia en que el testador los establezco primeramente en sus erederos». En su consecuencia, si los instituidos lo fueren en partes iguales, dividirán del mismo modo la porcion correspondiente al que no aceptó, y si la institucion fuere desigual, como en el ejemplo de la ley, se hará en la proporcion correspondiente la division de aquella parte, esto es, á prorata de las instituciones.

Artículo 947.—También tendrá lugar la sustitucion, nombrando un segundo heredero que recoja la herencia á la muerte del primero, incapacitado para testar por ser impúber.

Esta sustitucion se llama pupilar.

ORÍGENES

Leyes 5.ª y 6.ª, tit. V, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Ley 2.ª, tit. VI, lib. XXVIII, Digesto.

COMENTARIO

Hemos hablado anteriormente de otras dos clases de sustitucion que no carecen de importancia. Nos referimos á la pupilar y á la ejemplar. La primera de que nos ocupamos en este artículo consiste en la designacion hecha por el padre, de un segundo heredero, para el caso de que su hijo ó nieto falleciese ántes de llegar á la pubertad, es decir, la edad en que pueden testar libremente de sus bienes.

Tratándose de la sustitucion que se hace al impúber, dice la ley 7.ª: «Tal fuerza ha la sustitucion pupilar, que aquel que gana la eredad por razon della, deue auer los bienes del moço en cuyo favor fue establecido también como si el mismo lo ouiesse establecido por su heredero en tiempo que pudiese fazer testamento. E tal sustitucion es como otro testamento que faze el padre al mozo. E eredará todos los bienes del mozo onde quier que los haya: fueras si el establecido por erederero fuera ome que non pudiesse eredar por derecho los bienes de otri, ca estonce non los deue aver, si non en la manera que las leyes deste libro mandassen».

Tales son los efectos de la sustitucion.

¿Puede el padre dar sustituto pupilar á su

hijo en perjuicio de la legítima de la madre de éste? Sala entiende que sí, siempre que la sustitución sea expresa y no tácita. Escribete niega que pudiendo el hijo desheredar á su madre sin justa causa, pueda concedérsele al padre aquella facultad que ejerce á nombre del hijo. Gutierrez entiende que en cuanto á la legítima no puede el sustituto perjudicar á la madre, y por consiguiente, que la facultad del padre ha quedado reducida al nombramiento de sustituto en cuanto á la parte de bienes de que el hijo puede disponer libremente.

Artículo 948.—En el caso del artículo anterior, solamente podrán nombrar sustituto los padres del impúber.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tit. V, Partida 6.ª

COMENTARIO

La facultad de nombrar sustituto pupilar hacen depender los autores de la patria potestad. Por consiguiente, sólo aquel que ejerce ésta tiene aquella facultad. Así las madres que por la ley de Partidas no tenían semejante derecho, lo han adquirido por virtud del art. 64 de la ley del Matr. civ., en los casos marcados en la misma ley.

Artículo 949.—Se entenderá hecha tácitamente la sustitución pupilar:

1.º Cuando se hiciese en forma de sustitución vulgar.

2.º Cuando el padre instituye á su hijo y á una tercera persona, disponiendo que cualquiera que sea su heredero lo sea también de su hijo.

Cuando el sustituto es hermano legítimo del primer instituido, es nula la sustitución.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tit. V, Partida 6.ª

COMENTARIO

«Calladamente se faria si dixesse: establezco por mio heredero a Fulano mio fijo que es menor de catorce años, é a Fulano é a Fulan mis amigos. E despues desto dixesse: Mando que qualquier que sea mi erederero sea erederero de mio fijo... podria hacerse calladamente de otra manera: como si estableciesse por su erederero a su fijo ó descendiente que non fuesse de tal

edad é le diesse otro substituto en la manera que es vulgar...» De cualquiera de ambos modos se entiende hecha la sustitución como si fuera clara, directa y expresamente hecha, produciendo el mismo efecto de pasar los bienes al sustituto á la muerte del impúber.

La excepcion que la ley consigna en perjuicio del hermano, no nos parece oportuna, pues parece que se le hace de peor condicion que al extraño, sin que por eso pierda la herencia, puesto que entrará en ella por derecho propio y abintestado.

Artículo 950.—Puede darse sustituto pupilar así al hijo sustituido como al desheredado.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tit. V, Partida 6.ª

COMENTARIO

La desherencia no priva al padre de sus derechos; por eso, así como puede nombrarle tutor y curador, puede ejercer la facultad de designarle sustituto.

Artículo 951.—El sustituto pupilar recibirá á la muerte del impúber todos los bienes de éste, cualquiera que sea su origen, y sin que pueda renunciar unos y aceptar otros.

Sin embargo, si el sustituto hubiere sido además nombrado heredero con el menor, podrá al fallecimiento de éste renunciar los bienes que procedan de quien le sustituyó si así lo hubiere convenido con el impúber (1).

(1) Hé aquí lo que dice la ley de Partida, de que está formado este artículo: «Muriendo el moço á quien se oviera dado otro substituto pupilar, si este quisiese heredar los bienes que fueren de parte de padre é non de la de su madre ó de los parientes della: si fuesse establecido por heredero en uno con el moço en el testamento del padre, conviene en todas guisas que sea otrosi en los bienes del moço, maguer non quiera: o los desampare todos. Mas si el moço quando era vivo é aquel que fué establecido heredero en su lugar, se acordasen de so uno que non quieran entrar los bienes del padre de aquel moço: si en el mismo testamento hubiesse establecido el testador á otro alguno por erederero con ellos, si muriesse el moço ante que fuere de edad el substituto sobredicho, heredará por la pupilar substitution, é non entrará en los bienes del padre del moço si non quisiere: mas eredarlos ha aquel que fué establecido por erederero con ellos. Pero si el testador diesse substituto al moço en la manera que es dicho pupilar tan solamente, é non lo estableciesse por erederero de so uno con el fijo: si el moço quisiere ser heredero en los bienes de su padre, é entrare en ellos, conviene que el substituto sea heredero también en la heredad del testador, como en los otros bienes, si muriesse ante que sea de edad; é de otra guisa non lo podria auer.»

ORÍGENES

Ley 8.ª, tit. V, Partida 6.ª

Artículo 952.—Si el primer instituido fuere un *sui juris* menor de catorce años adoptado por el testador, el sustituto heredará solamente los bienes que el incapaz adquirió del adoptante ó por su contemplación, observándose respecto de los demás lo dispuesto en el Título siguiente (1).

ORÍGENES

Ley 9, tit. V, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Párr. 6.º, ley 10, tit. VI, libro XXVIII, Digesto.

Artículo 953.—Cesa la institución pupilar:

Primero. Por salir el primer instituido de la patria potestad.

Segundo. Por anulacion ó revocacion del testamento.

Tercero. Por llegar el instituido á la edad de doce años, siendo mujer, ó de catorce siendo varon.

Cuarto. Por nacimiento de un hijo del testador, con posterioridad al testamento.

ORÍGENES

Ley 10, tit. V, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

(Véanse Leyes del tit. VI, lib. XXVIII, Digesto.)

JURISPRUDENCIA

El principio de que la institución condicional no produce efecto alguno cuando el instituido muere antes que el testador, se extiende

(1) Hé aquí la ley de Partida: «Si porfijasse algun ome al fijo de otro menor de catorce años en aquella manera que en latin es llamada *arrogatio* e le dejase sustituto en su testamento otro alguno en lugar deste moço, tal substituto non eredará en los bienes del moço: fueras en aquella parte que el moço deuia heredar de derecho en los bienes de aquel quel porfijó: que es la quarta parte de todo lo del porfijador, e lo al que le ouiesse dado algun su amigo de aquel que lo porfijó, por amor de aquel su padre adoptivo. Mas los otros bienes que vinessen al moço de parte de su padre natural e legitimo o de otra parte, heredarlos han los parientes mas propinquos: si su padre natural non ouiesse ordenado alguna cosa en razon dellos en su testamento.»

y es por identidad de razon aplicable á las sustituciones, cualquiera que sea su naturaleza, porque todas ellas no son más que medios diversos autorizados por el Derecho para transmitir la herencia á varias y determinadas personas ó familias; pero en todas es requisito indispensable que el sustituido tenga capacidad para aceptarla, cuando se cumple la condicion impuesta (Sent. 6 Febrero 1865).

COMENTARIO

La ley de Partida señala diversos casos en los que cesan los derechos del sustituto á percibir los bienes que constituyen la herencia. Entre los que la ley cita, solamente los enumerados en nuestro artículo están vigentes, y sin que á ellos sea preciso añadir la que consiste en la muerte del sustituto, por ser doctrina general de que nos ocupamos en el lugar correspondiente, que el que muere antes que el testador, no adquiere derechos en la herencia, y en cuanto al caso en que el fallecimiento ocurre despues de abierta la sucesion, pero antes de llegar el día en que el derecho del sustituto es ejercitable, deberán tenerse presente, en armonia con lo dispuesto por jurisprudencia, las reglas comunes de las instituciones condicionales.

En cuanto á los casos enumerados en el artículo, no necesitan explicacion.

El 1.º es lógico con el principio de que esta facultad tiene por base el poder patrio. El 2.º obedece á la doctrina de la revocabilidad de los testamentos. El 3.º es hijo de la naturaleza misma de la sustitución pupilar. El 4.º proviene del derecho de legítimas.

La muerte del impúber acaecida antes que la del padre, ¿anula la sustitución? Entienden algunos autores que si la sustitución se hizo expresa, se rompe la sustitución, pero no en caso de ser tácita, puesto [que ésta comprende la vulgar. No todos, sin embargo, hallan acertada esta doctrina.

Artículo 954.—El padre, madre ú otro ascendiente, pueden nombrar un sustituto á sus descendientes dementes ó locos para el caso en que mueran en este estado y sin haber otorgado testamento legítimo.

Esta sustitución se denomina ejemplar.

ORÍGENES

Ley 11, tit. V, Partida 6.ª