

dos ó prohiados, y pasando á poder del prohiador; ó saliendo por otro motivo del dominio de su padre natural; pero si éste fuere cautivo, no espirará la substitucion hecha antes de serlo. La tercera, quando pierden la Ciudad, y la familia, mas no la libertad. La quarta, quando el Testamento en que se hizo la substitucion, se rompe y anula por alguna causa legal. La quinta, quando el Testador hace otro perfecto con revocacion de los precedentes. La sexta, por la supernascencia de algun hijo ó hija de quienes su padre no hizo mencion especifica ni genérica en dicho Testamento. Y la septima, por no aceptar el pupilo la herencia paterna; pero si despues se arrepiente, se le debe restituir, y entónces revive la substitucion (1); bien que hoy no se verifica esta causa, porque los Tutores de los pupilos aceptan la herencia con beneficio de inventario, y estos en nada se mezclan. Para la perfecta inteligencia de esta materia, conviene saber lo primero, que la edad pupilar en los varones llega hasta los 14 años, y en las hembras hasta los 12 en todos los casos, excepto en quanto á los alimentos; por lo que si se dexan estos á algun menor hasta que llegue á la pubertud, se entiende en el varon hasta los 18 años, y en la hembra hasta los 14, lo qual se estableció así por razon de piedad á beneficio de los menores, y porque hasta esta respectiva edad no se les considere en aptitud de poder mantenerse con su trabajo ó industria (2): lo segundo, que si el substituto muere antes que el instituido, no transmite en otro el derecho que tenía á suceder por la substitucion pupilar; excepto en algunos casos que pueden verse en los AA.

101 Substitucion exemplar tanto quiere decir como establecimiento otro de heredero, que es fecho á semejanza del que es fecho al huerfano. E puedenlo facer los padres é los abuelos á los que descenden de ellos quando son locos ó desmemoriados, estableciendoles otros por herederos si muriesen en la locura. Pueden hacerla el padre, madre y abuelos á sus hijos legítimos de ámbos sexós, ya esten en su poder, ó casados, ó

(1) Ley 10. tit. 5. P. 6. (2) Ley Mela, §. Certe, ff. de Aliment. & cibarij. legat. Gom., lib. 1. Var. c. 4. n. 1. Menoch. lib. 4. præsumpt. 157. n. 37. Escobar, comput. 4.

emancipados: y tambien la madre á los naturales, quando se les debe su legítima; pero no á los expurios: y á los legítimos si se conserva viuda, pues pasando á segundo, ó tercero matrimonio, es opinable si podrá, ó no; acerca de lo qual véase á Gomez, lib. 1. Var. cap. 6. num. 9. & ibi. Ayllon num. 10. El padre no puede substituir exemplarmente á sus hijos expurios, ni á los naturales, porque no son sus herederos forzosos. Se llama *exemplar*, porque se hace á imitacion y exemplo de la pupilar, y se ordena en estos términos: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, y si falleciere en la locura, ó fatuidad que padece, establezco por su heredero á Juan su hermano*: en cuyo caso muriendo el hijo en la demencia ó fatuidad, heredará el substituto todos sus bienes (1).
102 Pero en esta substitucion se ha de observar precisamente este orden: primero, nombrar por substitutos á los hijos del loco, fatuo, ó desmemoriado; pues aunque los tenga, puede ser substituido exemplarmente: á falta de ellos á los nietos, y demas descendientes por su orden y grado: no teniendo, á sus hermanos enteros, ó medios, con tal que sean de la línea del ascendiente que los substituye, y á los hijos que los muertos hayan dexado, pues entran en su lugar, y los representan: y en defecto de todos á los estraños, como lo dice la ley 11. tit. 5. Part. 6. Pero si este loco, á quien dan el substituto, oviere fijo, ó nieto, ó alguno de los otros, que descendiesen por derecha línea de él, debenlos substituir en su lugar, é non otros: é si alguno de estos non oviere, estonce le pueden dar por substituto á su hermano, si lo oviere; é si non oviere hermano, pueden le dar por su substituto otro estraño (2). De esta ley se colige, que por medio de esta substitucion tiene facultad un ascendiente de excluir al otro de la sucesion de los bienes del loco, ó fatuo, sobre lo qual hay variedad de opiniones. Yo soy de dictámen que no puede hacerlo, porque en esta substitucion no tiene su vigor la patria potestad, como en la pupilar, sino solo la legal determinacion, y concesion: que por lo mismo debe observarse la de la sexta de Toro, que es posterior, y ser llamados á la he-

(1) Leyes 1. y 11. tit. 5. P. 6. lib. 1. Var. c. 6. n. 6. & ibi Ayllon n. 7. (2) Gom., lib. 1. Var. c. 6. n. 7.

rencia los ascendientes antes que los hermanos del loco, y que el extraño. El que quisiere instruirse de los fundamentos de estas opiniones, lea los AA. que se citan (1), pues por evitar prolijidad, omito explicarlos.

103 Pueden tambien el padre, y la madre substituir exemplarmente, observando el orden expresado, á sus hijos mudos, y totalmente sordos por naturaleza ó por enfermedad, que no saben leer, ni escribir, y que están incapaces de testar; pero no, si lo son por enfermedad, y saben leer y escribir, porque tienen aptitud para manifestar su voluntad por escrito, del mismo modo que si no lo fueran (2).

104 Espira y acaba la substitucion exemplar por una de tres causas. La primera, quando el loco, fatuo, ó desmemoriado recobra su juicio y memoria, y no vuelve despues á su locura, pues si vuelve, convalece la substitucion, porque es visto no haberse extinguido, sino cesado por algun tiempo. La segunda, quando le nace despues hijo ó hija. Y la tercera, quando el que la hizo, la revoca por Testamento posterior (3). Y se advierte, que los descendientes no pueden substituir exemplarmente á sus ascendientes, sin embargo de que pueden ser sus Curadores, porque ningun derecho les concede esta facultad, como afirman Gom. lib. 1. Variar. cap. 6. n. 10. y otros.

105 La substitucion compendiosa es un establecimiento de heredero que es fecho en breves palabras, ó para explicarme con los AA., es una substitucion directa que comprehende, y puede comprehender á todos los herederos instituidos en todos tiempos, edades, y bienes que el Testador les dexa. O una substitucion, que baxo del compendio de palabras contiene diferentes substituciones por los varios tiempos en que pueden verificarse (4). El padre puede hacerla á sus hijos impuberos, que están en su poder, y se ordena en esta forma: *Instituyo por mi heredero*

(1) Greg. Lop. en la ley 11. tit. 5. P. 6. verb. Otro extraño. Covarr. de Testam. c. Raynutius, §. 6. n. penul. Gom. lib. 1. Variar. c. 6. n. 7. y 9. (2) Gom., lib. 1. Var. cap. 6. n. 3. 4. y 10. (3) Ley 11. al fin. tit. 5. P. 6. ley Humanitat. Cod. de Impuber. & aliis Substit. vers. Ita tamen: y ley penult. §. fin. Cod. de Curator. furios. Gom. cap. 6. n. 11. verb. Dubium tamen:: (4) Covar. de Testam. cap. Raynut. §. 9. n. 2. Gom., lib. 1. Var. cap. 7. n. 1.

á Pedro mi hijo legitimo, y en qualquier tiempo que muera, sea su heredero Juan. En este caso si el Testador es Caballero, ó Soldado, y el hijo tiene madre, y muere dentro de la edad pupilar, heredará el substituto todos los bienes de éste por virtud de la substitucion pupilar, que se verifica en ésta, y su madre nada. Si fallece sin Testamento estando en la pubertad, llevará su madre únicamente la tercera parte de la herencia de su hijo adquirida por qualquier título, y las sepulturas que le pertenecieren por línea paterna, y los demas bienes serán para el substituto; mas si el Testador Caballero nombra por su heredero á alguno que no fuese de los que descenden de él, y lo substituye, llevará el substituto la herencia en qualquier tiempo que éste muera.

106 Si el Testador no es Caballero, y el hijo á quien substituye muere en la edad pupilar, llevará tambien el substituto toda la herencia, y la madre del pupilo nada: y si fallece dentro de la pubertad, todo será para su madre, y en su defecto para sus parientes mas cercanos. Pero si el Testador dice: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legitimo menor de 14 años, y en qualquier tiempo que muera, substituyo en su lugar á Juan, ó quiero que Juan sea su heredero*: en este caso muriendo dentro de la pubertad sin sucesion legitima, llevará su madre las sepulturas que le tocarén por la línea paterna, y la tercera parte de sus bienes, y el substituto las otras dos: todo lo qual es conforme á una ley de Partida que de ello trata (1).

107 Pero en mi concepto no debe seguirse hoy en quanto á no heredar la madre enteramente á su hijo, que muere intestado sin legitima sucesion dentro de la pubertad, porque la ley 6. de Toro manda indistintamente sin excepcion de personas, que los ascendientes sean legitimos herederos *ex testamento*, y *ab intestato* de sus descendientes legitimos. El padre no puede substituir pupilarmente á su hijo capaz de testar, pues entrando en la pubertad, cesa la substitucion, y una vez que el padre muere, espira tambien la patria potestad, y de tal modo que jamas revive (2). Si se observase la

(1) Ley 12. tit. 5. P. 6. (2) Leyes 1. tit. 18. P. 4. y Qui liberatus 12. ff. de Adoptionib.

disposicion de la ley de Partida, quedaria en esta parte sin efecto la de Toro, que es posterior. Véanse sobre este punto á Gomez y á los AA. que cita.

108 La substitucion brevilloqua, ó recíproca es una substitucion directa, que se hace mutuamente á algunos herederos instituidos ó exheredados por defecto de otros. Llámase brevilloqua, porque se hace brevemente, ó con pocas palabras. Solo el padre tiene potestad de hacerla á sus hijos pupilos, y la cláusula se ordena de esta suerte: *Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos legítimos menores de 14 años, y los hago mutuamente substitutos uno del otro.* Y de ésta: *Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos legítimos, que están en la edad pupilar, y los substituyo de forma que el uno sea heredero del otro.* En esta substitucion se incluyen quatro, dos vulgares, y dos pupilares, pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar, ó de la pubertad, y no quiere aceptar la herencia, la percibirá el otro instituido (1).

109 *Substitucion fideicomisaria tanto quiere decir, como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno que la herencia dexa en su mano, que la dé á otro.* Esta substitucion es obliqua, porque el verdadero heredero no percibe directa é inmediatamente la herencia del Testador, sino por medio de otro instituido con el gravámen de restituirla. Se llama fideicomisaria, porque es puesta en la fé de alguno. Puede hacerla todo aquel que tiene potestad para testar, y es en esta forma. *Instituyo por mi heredero á Pedro, y le ruego, ó quiero, ó mando que esta mi herencia que yo le dexo, que la tenga tanto tiempo, é que despues que la dé, é entregue á Juan.*

110 Las substituciones fideicomisarias se tomaron entre nosotros del derecho comun. En Roma no se consideraron obligatorias hasta tiempos muy posteriores al establecimiento de la República. Todo dependia en un principio de la buena fé y la probidad. Fixado por las leyes el orden de las sucesiones y Testamentos, los Testadores buscaban un arbitrio para dexar sus bienes á los proscriptos, á los desterrados, á los celibatarios, y á otras personas que no podian heredar. Instituyendo herederos legales en sus Testamentos, les daban el

(1) Ley 13. tit. 5. P. 6. Gom. lib. 1. Variar. c. 8.

encargó de restituir, ó entregar sus bienes á estas personas. Pero sucedia que muchas veces los herederos fiduciarios se los apropiaban, ó los retenian por mas tiempo del que el Testador habia ordenado, y que otras no querian aceptar ni entrar en la herencia para librarse de una responsabilidad que no les traia utilidad alguna; y de aquí resultaba que se invalidaban los fideicomisos, y todas las demas disposiciones que contenia el Testamento, con perjuicio de los verdaderos herederos, y de los legatarios. Augusto en estas circunstancias ordenó que los Cónsules tomasen en consideracion los fideicomisos. Se creó un Pretor para que juzgase los pleitos que se suscitaban. Se hicieron varios Senados Consultos para contener y remediar los abusos que se habian introducido, y como no causasen el efecto que se deseaba, se creyó conveniente dar algun interés á los fiduciarios. Para esto se hizo el Senado Consulto Trebeliano, llamado así de su autor Trebelio Cónsul, por el qual podia el fiduciario retener la quarta parte de la herencia, pero dividiendo las acciones y las cargas con el heredero fideicomisario en proporcion á su importe. Despues en tiempo de Vespasiano se hizo otro Senado Consulto, llamado Pegasiano, del Cónsul Pegasio su autor, en virtud del qual podia el fiduciario retener la quarta parte de la herencia, pero con la obligacion de responder á todas las cargas de ella. Este Senado Consulto quedó sin efecto en tiempo de Justiniano, y se renovó el Trebeliano.

111 Nuestras leyes han dicho muy poco acerca de esta materia de substituciones fideicomisarias. Unicamente tenemos la 14. tit. 5. Partida 6. que la define y establece, que *el que es rogado de esta manera, debe dar la herencia al otro como el testador mandó, sacando para sí la quarta parte de toda la herencia:* la 8. tit. 11. de la misma Partida, en que se explica cómo, y en qué casos debe hacerse esta retencion, y la 1. t. 18. l. 10. N. R. en que se dice, que *si alguno dexare á otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la dé á otro alguno, á quien substituyere en la herencia ó manda, si el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, ó renunciare la herencia ó el legado, el substituto ó substitutos lo puedan haber todo.* Esta ley ha corregido en este punto las del derecho comun que invalidaban los fi-

deicomisos por la falta de aceptación del heredero, y lo dispuesto en la 14. tit. 5. Part. 6. en quanto á que si el heredero no quisiese recibir la herencia, le pudiese apremiar á ello el Juez del lugar.

112 Nuestros AA. han hablado largamente acerca de la materia, distinguiendo los casos en que puede tener lugar esta substitucion, y los derechos de los herederos fiduciarios, y de los fideicomisarios, á quienes podrá ver el lector, y especialmente á Gomez y Aillon en el tom. 1. Variar. cap. 5. Solo diré aquí para inteligencia y gobierno del Escribano, que la substitucion fideicomisaria tiene lugar unicamente entre herederos estraños, pues á los legítimos no se puede gravar con fideicomiso.

§. IV.

De las mejoras.

113 Mejorar según mi propósito es: *mandar el Testador á alguno de sus herederos mas bienes, ó herencia que á los demas instituidos.* El que tiene potestad de testar, puede como dueño de su hacienda, testando entre estraños, repartirla del modo que mejor le parezca, mejorar en la parte que quisiere á alguno, ó algunos de sus herederos, gravarlos, y poner condiciones á su arbitrio. Pero si testa entre descendientes legítimos, solo se le permite hacerlo en estos términos: el padre, la madre, abuelos y demas ascendientes pueden mejorar por una vez, y no mas en vida y muerte á alguno, ó algunos de sus hijos, nietos y descendientes legítimos, aunque los tales hijos padres de los referidos nietos, y descendientes sean vivos, en el tercio, y remanente del quinto de sus bienes libres por Testamento, ú otra última disposicion, ó por contrato entre vivos, y vincularlos, imponerles para siempre, ó por el tiempo de su voluntad en el tercio el gravámen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso (a);

(a) Nuestras leyes no solo permitieron las vinculaciones directas de todos los bienes en favor de un hijo único, sino que habiéndose concedido á los padres la facultad de mejorar entre sus hijos á aquel que les fuese mas predilecto, quisieron tambien que por via de esta mejora pudiesen aumen-

pero no otro alguno, porque el tercio es legítima, y como tal no puede ser gravada, ni condicionada en propiedad ni usufructo en cosa ni cantidad alguna, y hacer en el tercio y quinto, ó en qualquiera de ellos los vínculos, sumisiones y substituciones que les parezca, sin distinguir de quarta, ni quinta generacion; anteponiendo, ó posponiendo entre las personas de cada grado las que quisieren, con tal que no excluyan á ninguna hábil, y capaz de suceder en él, ya sea varon ó hembra, ni por consiguiente constituyan agnaticia la vinculacion, y que el gravámen y condicion que impongan en el tercio, sea entre sus legítimos descendientes; á falta de ellos, entre los ilegítimos que hayan derecho de poder heredarles; no habiéndolos, entre sus ascendientes; en su defecto, entre sus parientes, y despues de extinguidos todos, entre estraños, pues de otra suerte no valdrá el gravámen y condicion que impongan (1), y se reducirá al orden expuesto. Pero la mejora del tercio entre descendientes legítimos, se entiende no solo en quanto á la propiedad de los bienes que lo componen, sino á su usufructo; lo primero, porque las leyes hablan indistintamente, y quando no distinguen, no debemos distinguir, debiéndose inferir de su silen-

tar y recrecer las primeras vinculaciones en favor del primogénito, ó hacer otras nuevas en cabeza de qualquiera otro hijo mejorado. De esta suerte crecieron en España hasta lo infinito, y se creó esa numerosa clase de ociosos engréidos á titulo de un pequeño vínculo ó Mayorazgo, que consumiendo esterilmente sus rentas, dieron lugar en gran parte al abandono de la industria y la agricultura. Acaso influyeron las circunstancias para estas leyes; acaso se dictaron por las opiniones del tiempo; pero realmente ni las opiniones ni las circunstancias debian ser bastante poderosas para esterilizar los campos, violando así las leyes de la naturaleza. Se prescinde de si atendida la constitucion del gobierno, són necesarios los grandes mayorazgos: esta es una question que no nos toca decidir; pero por lo que hace á los cortos, muchos de los quales se hacian por medio de mejoras, ya los ha declarado perjudiciales é inútiles la Real cédula de 14 de Mayo de 1789, donde expresamente se manda que en adelante no se puedan fundar mayorazgos aunque sea por via de agregacion ó de mejora de tercio y quinto, á no ser que lleguen ó excedan de tres mil ducados de renta, y que se califiquen para fundarlos otras circunstancias y motivos que se expresan. De esta suerte han quedado derogadas las leyes que ilimitadamente concedian esta facultad. Véase esta Real cédula en el tom. 3. c. 11. pag. 134 donde se inestfa á la letra.

(1) Leyes 18. y 27. de Toro, que son las 2. y 11. tit. 6. lib. 10. N. R. Rox. Almansa de Incompat. disp. 2. quæst. 3. n. 8. hasta el 23.