

LECCION QUINTA.

DE LA SUCESION POR TESTAMENTO.

I.

DE LAS SUSTITUCIONES.

Los autores hacen derivar la palabra sustitución de las dos latinas *sub institutio*, que significa subinstitución, esto es, una institución hecha después de la primera, en segundo orden; y de esta etimología derivan la definición respectiva de aquélla, diciendo que es la disposición por la cual instituye el testador en orden subsidiario á una persona para el caso en que otra, instituída en primer lugar, no llegue á heredar.¹

En términos idénticos define la ley 1.^a, título V, Partida VI, la sustitución, diciendo que es el nombramiento de otro heredero para que entre en la herencia á falta del instituído en primer lugar.

La sustitución debe su origen al derecho Romano, y fué de grande uso porque tenía por objeto évitár que la herencia quedara vacante cuando el heredero instituído no podía ó no quería aceptarla, así como prevenir la caducidad de las disposiciones testamentarias.

¹ Mayuz, Droit Romain, tomo III, § 384; Thiry, tomo II, núm. 273.

De la legislación Romana pasó la sustitución á la de las Partidas, pero perdió su importancia desde la publicación de la ley 1.^a, tít. 18, libro X de la Nov. Rec., que declaró, que vale lo ordenado en el testamento, aun cuando el heredero instituído no quiera ó no pueda aceptar la herencia. Sin embargo, los comentaristas de la legislación Española atribuyen á la sustitución, si no ventaja, al menos utilidad, porque deja á los testadores mayor amplitud para socorrer necesidades y premiar servicios de otras personas que, á falta del primer instituído, pueden ser más acreedoras á una recompensa que los herederos ab-intestato, á quienes deberían pasar los bienes si no se permitiera la sustitución.¹

Para que exista ésta es necesaria la concurrencia de los requisitos siguientes:

1.^o Llamamiento sucesivo de dos ó más personas á la misma herencia:

2.^o Que el sustituto no recoja, ó más bien dicho, que no haga suyos los bienes hereditarios, sino cuando el heredero instituído se halle en la imposibilidad de heredar por haber muerto ó por cualquier otro motivo, ó porque renuncie la herencia.

La necesidad del primer requisito es de evidencia, supuesto que el sustituto debe heredar en lugar del heredero instituído cuando haya alguna circunstancia que lo ponga en la imposibilidad de aceptar la herencia, ó cuando la renuncia por convenir así á sus intereses.

La necesidad del segundo requisito es igualmente perceptible, porque la substitución no es más que una institución de heredero condicional, supuesto que el sustituto no sucede al testador, si no se cumple una condición, si el heredero instituído en primer lugar no hereda porque no puede ó no quiere.

¹ Gutiérrez Fernández, tomo III, pág. 332; Viso, tomo II, pág. 402.

De lo expuesto se infiere:

1º Que siendo la sustitución una verdadera institución de heredero, sólo puede hacerse en testamento y á favor de personas que sean capaces de heredar:

2º Que teniendo por objeto la sustitución que haya un heredero en defecto del instituído, y que siendo posible que falte éste así como el sustituto, puede también nombrarse sustituto á éste, y sucesivamente cuantos quiera el testador, de manera que cada uno sustituya no solamente al que le preceda en el orden de su nombramiento, sino también al heredero instituído.

Esta conclusión ha sido expresamente sancionada por el Código Civil, que después de establecer en el artículo 3,622 que los sustitutos pueden ser nombrados conjunta ó sucesivamente, declara en el 3,623 que el sustituto del sustituto, faltando éste lo es del heredero sustituido.¹

Gutiérrez Fernández y García Goyena estiman que la declaración contenida en este último precepto, que está tomado de la legislación Española, es de grande utilidad, sobre todo desde que la ley recopilada á que antes aludimos abolió el principio de que nadie puede morir parte testado y parte intestado, y cambió las condiciones del derecho de acrecer, admitiéndolo más bien que como derecho necesario, como acto presunto por voluntad del testador.²

Ambos proponen los siguientes ejemplos para hacer más comprensible el efecto que produce la declaración de la ley recopilada, y que transcribimos porque el Código Civil adoptó el mismo sistema: "Supóngase que un testador instituye á Pedro por heredero en dos tercios de su herencia, y á Pablo en el otro tercio. Por derecho Romano la parte de cualquiera de los dos que no pudiera ó no qui-

1 Arts. 3,440 y 3,441, Cód. Civ. de 1884.

2 Códigos Fundamentales, tomo III, pág. 339; Concordancias, tomo II, pág. 81.

siera ser heredero, acrecería al que lo fuera; por el nuestro no, pues entrarán en ella los herederos legítimos ó ab-intestato. Pero si en el ejemplo propuesto nombra el testador á Pedro por sustituto de Pablo, y á Juan por sustituto de Pedro, la parte de Pablo en el caso de no ser heredero irá no sólo á Pedro si lo es, sino á su sustituto Juan, caso de no serlo Pedro, porque Juan se entiende sustituido no sólo á Pedro, primer sustituto de Pablo, sino también á éste: luego la parte de Pablo no se devolverá á los herederos ab-intestato, mientras Pedro, substituido en primer lugar ó su sustituto Juan, quieran y puedan ser herederos.”

El primero de los preceptos citados, esto es, el artículo 3,622 del Código, nos conduce á establecer esta consecuencia: luego el testador puede nombrar muchos sustitutos para que entren á la herencia sucesivamente en defecto de los que preceden á cada uno en el orden de su nombramiento, ó conjuntamente, esto es, para que todos los nombrados entren á la vez á la herencia en lugar del heredero instituido y se repartan los bienes que la forman por partes iguales.

Esta consecuencia, que es perfectamente lógica, es también enteramente jurídica, porque siendo la sustitución una verdadera institución de heredero, debe estar subordinada á las mismas reglas y restricciones que la ley señala para ésta, y como según ellas, el testador puede instituir uno ó muchos herederos para que le sucedan conjuntamente en sus bienes; es claro que debe de tener la misma facultad respecto del nombramiento de sustitutos.

3º Que cuando son muchos los herederos y han sido nombrados sustitutos recíprocamente, faltando uno de ellos percibirán los demás la parte que le correspondía á aquél proporcionalmente á la que á cada uno toca en la institución; pero si á cada uno le hubiere dado un sustituto, sólo

debe percibir éste la porción de aquél á quien sustituye.

El artículo 3,630 del Código, sanciona expresamente esta conclusión, pues declara que, si los herederos instituidos en partes desiguales, fueren sustituidos recíprocamente, en la sustitución tendrán las mismas partes que en la institución; á no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.¹

La razón en que se funda este precepto, que repite el sancionado por la ley 3^a, tít. V, Partida VI, es la misma sobre la cual ésta reposa, y que da Gregorio López en la glosa respectiva; porque se presume repetida en la sustitución la designación de partes hecha en la institución, y además, porque no hay motivo para presumir que el testador quiso favorecer á los herederos más en aquélla que en ésta.

4^o Que la condición impuesta al heredero se entiende repetida al sustituto, esto es, que los sustitutos deben recibir la herencia con los mismos gravámenes y condiciones con que debían recibirla los herederos; á no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa, ó que los gravámenes ó condiciones sean meramente personales del heredero; porque no puede presumirse que el testador haya querido favorecer más al sustituto que al heredero, fuera de los casos expresados, pues en materia de últimas voluntades, como dice García Goyena, todo cede á la del testador, y las condiciones meramente personales del heredero no radican tal vez en el sustituto; como si aquél fuera instituido con la obligación de pintar un cuadro impuesta en atención á que es pintor, cualidad de que carece el sustituto.²

Todos los comentaristas de nuestra antigua legislación dividen la sustitución en *directa y oblicua ó indirecta*.

1 Art. 3,447, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,446, Cód. Civ. de 1884

Llaman *directa* á la que se hace designando al sustituto para que reciba la herencia por sí y sin intervención de otra persona.

Se llama *indirecta* aquella en que se hace la entrega de la herencia al sustituto por medio de otra persona á quien se la encargó el testador.

La sustitución directa se divide en las clases siguientes:

1.^a Vulgar:

2.^a Pupilar:

3.^a Ejemplar:

4.^a Compendiosa y brevilocua ó recíproca.

De la indirecta sólo hay una especie que se designa bajo el nombre de fideicomisaria ó fideicomiso.

De las especies en que se divide la sustitución directa, las tres primeras, esto es, la vulgar, la pupilar y la ejemplar son propiamente hablando sustituciones; las dos restantes, así como la fideicomisaria son otras tantas modalidades de la sustitución.

Se llama sustitución *vulgar* á aquella en que se nombra al sustituto para el caso en que el heredero instituído muera antes que el testador, ó que no quiera ó no pueda aceptar la herencia.

Esta definición se infiere de los términos del artículo 3,621 del Código Civil, que declara, que el testador puede sustituir una ó más personas al heredero ó herederos instituídos, para el caso de que mueran antes que él, ó de que no puedan ó no quieran aceptar la herencia; y que esto es lo que se llama sustitución vulgar.¹

Puede hacerse de dos modos, expresa y tácticamente.

Se hace expresamente cuando por palabras expresas y terminantes instituye el testador á una persona por su he-

1 Art. 3,429, Cód. Civ. de 1884.

redero y ordena que en el caso de que muera éste antes que él ó de que no quiera ó no pueda recibir la herencia, la reciba otra persona á quien designa. Como si dijere, nombro por mi heredero á Juan y si éste no lo fuere, nombro á Pedro.

Se hace tácticamente la sustitución, cuando de la cláusula de la institución de heredero se deduce aquélla. Por ejemplo, si el testador dijere nombro por mis herederos á José, Arturo y Enrique, ó á aquel de los tres que sobreviva.

En este caso tiene exacta aplicación la tercera de las conclusiones que antes establecimos, y en consecuencia, faltando uno de los instituidos percibirán los demás la parte que le correspondía á aquél, proporcionalmente á la que á cada uno toca en la institución.

Relativamente á esta especie de sustitución declara el artículo 3,624 del Código Civil, que la sustitución simple y sin expresión de casos comprende aquellos en que el heredero instituído muera antes que el testador, ó de que no pueda ó no quiera aceptar la herencia; y tal declaración tiene por objeto evitar todo género de disputas y de interpretaciones torcidas de los interesados, queriendo limitar ó ampliar la extensión de la sustitución.¹

Esta queda sin efecto en los casos siguientes:

I. Si falta la condición de la cual depende su eficacia: esto es, si el heredero instituído acepta la herencia por sí ó por medio de la persona que legalmente la represente.

Fácil es comprender la razón, pues la sustitución vulgar se entiende sólo para el caso en que el heredero instituído no llega á heredar, y por lo mismo, si éste acepta la herencia, deja de cumplirse la condición sin la cual no puede suceder el sustituto.

1 Art. 3,442, Cód. Civ. de 1884.

II. Si el sustituto muere antes que el heredero instituído, ó si repudia la herencia.

Sustitución pupilar es el nombramiento de sustituto que hace el padre al hijo impúber que tiene bajo su potestad, para el caso de que entrare en la herencia y muriere antes de llegar á la pubertad.

Esta definición se deduce de los términos del artículo 3,625 del Código Civil que declara, que pueden nombrar sustituto el padre ó ascendiente á los varones menores de catorce años y á las mujeres menores de doce que se hallen bajo su potestad, para el caso de que mueran antes de la edad referida; y que esto es lo que se llama sustitución pupilar.¹

La sustitución pupilar se distingue de la vulgar:

1.^o En que ésta puede ser hecha por todos y para cualesquiera herederos, y aquélla sólo por los padres ó ascendientes respecto de sus descendientes impúberes:

2.^o En que la vulgar se hace para un caso negativo, esto es, si el instituído no entra en la herencia porque no quiere ó no puede, y la pupilar para uno afirmativo, si el hijo entrare en la herencia y muriere antes de la pubertad.

La sustitución pupilar puede hacerse expresa ó tácitamente.

Se hace expresamente cuando el testador nombra en términos claros y precisos sustituto á su hijo impúber para el caso de que éste lo herede y muera antes de la pubertad. Por ejemplo, si el testador dijere, nombro mi heredero á mi hijo Pedro, menor de catorce años, y le nombro sustituto á Pablo para el caso de que llegue á heredarme y muera antes de cumplir esta edad.

Se hace tácitamente la sustitución cuando de la cláusula

¹ Art. 3,443, Cód. Civ. de 1884.

de la institución se deduce que el testador quiso nombrar un sustituto al heredero menor de catorce años, si es varón ó de doce si es mujer.

Según la ley 5^a, tít. V. Partida VI, esa cláusula puede estar concebida estableciendo dos ó más herederos del impúber, añadiendo que el que de ellos sea su heredero lo sea también de su hijo, ó usando de la fórmula de la sustitución vulgar.

La misma ley emplea la siguiente fórmula para el primer caso: «Instituyo por mi heredero á Pedro, mi hijo legítimo, menor de catorce años, y á Juan y á Antonio, mis amigos, y mando que el que de éstos fuere mi heredero lo sea también de mi hijo.» Y para el segundo emplea esta fórmula: «Instituyo por mi heredero á Pedro, mi hijo legítimo impúber, y si no llega á heredar nombro en su lugar á Juan.»

Estos ejemplos han servido de fundamento á los autores para establecer que si la sustitución pupilar se hace tácitamente, el sustituto hereda al hijo impúber no sólo cuando éste hereda y muere antes de la pubertad, sino cuando no llega á ser heredero; y que la sustitución pupilar tácita está comprendida en la vulgar.

Pero la sustitución pupilar está sujeta para su validez á la restricción justísima en el sistema de la legítima forzosa, establecida por el artículo 3,627 del Código Civil que declara, que la sustitución pupilar y la ejemplar no son válidas cuando el sustituido tiene herederos forzosos; porque el testador no puede por el solo efecto de su voluntad derogar los derechos que la ley concede á los herederos del impúber sobre los bienes de éste.¹

Como el fundamento de esta sustitución es la patria potes-

1 El art. 3,627 del Código de 1870 fué suprimido en el de 1884, por ser contrario á la libertad de testar.

tad del testador y la edad pupilar del heredero instituído, se infiere que se extingue:

I. Luego que cesa la patria potestad:

II. Cuando el hijo ó descendiente sale de la edad pupilar:

III. Cuando se anula ó se revoca el testamento en el cual se hizo el nombramiento del sustituto.

De la definición que hemos dado de la sustitución pupilar se infiere que se extingue también, si el heredero instituído no entra en la herencia porque muere antes que el testador ó porque no acepta la herencia.

El artículo 3,626 del Código Civil dice, que el ascendiente puede nombrar sustituto al mayor de edad, que conforme á derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental; y que esto es lo que se llama sustitución ejemplar.¹

De este precepto podemos deducir una definición más clara de la sustitución ejemplar, diciendo que es aquella que hacen los ascendientes á sus hijos ó descendientes mayores de edad que hubieren perdido la razón, para el caso de que mueran en ese estado sin haber hecho antes testamento.

La ley 11^a, tít. V, Partida VI, nos da un ejemplo de la fórmula empleada en esta especie de sustitución: “Establezco por mi heredero á Fulano mi hijo, ó si el muriere en aquella locura en que agora es, establezco por su heredero en su lugar á Fulano home.”

Por la razón que antes hemos expuesto, la sustitución ejemplar, como la pupilar, no es válida cuando el heredero sustituído tiene herederos forzosos, según el artículo 3,626 del Código Civil.²

Se llama ejemplar esta sustitución, por haberse introducido á ejemplo y por la misma causa que la pupilar, la im-

¹ Art. 3,444, Cód. Civ. de 1884.

² Art. 3,444, Cód. Civ. de 1884.

posibilidad en que se halla el heredero instituido de hacer testamento; pero no obstante la semejanza que existe entre una y otra sustitución, se diferencian entre sí:

1º En que la pueden hacer los ascendientes independientemente del ejercicio de la patria potestad:

2º En el modo como concluyen una y otra sustitución. La ejemplar concluye:

I. Si el incapacitado recobra la razón, y así se declara por sentencia judicial (art. 3,628, Cód. Civ.).¹

La razón es, porque cesa la causa por la cual se hizo, la imposibilidad de aquél para disponer libremente de sus bienes por testamento.

Se exige como requisito necesario que se declare por sentencia judicial que el incapacitado ha recobrado la razón, porque habiéndose declarado en la misma forma su estado de interdicción, no pueden anularse los efectos jurídicos de la sentencia, sino mediante otra resolución judicial dictada con las mismas solemnidades y previos los requisitos que la ley exige para aquella en la cual se declaró la incapacidad del descendiente.

II. Cuando el que hizo la sustitución la revoca por un testamento posterior ó es declarado nulo el primero.

La sustitución compendiosa, que es más bien un modo de sustituir que una especie particular de sustitución, es aquella que en breves palabras contiene á un mismo tiempo diferentes instituciones, como si dijera el testador: "Instituyo por mi heredero á Pedro, y en cualquier tiempo que muera sea su heredero Juan" (Ley 12, tít. V, Part. VI).

En este ejemplo se comprenden dos sustituciones, la vulgar y la pupilar.

La sustitución brevilocua ó recíproca, que es también

¹ Art. 3,445, Cód. Civ. de 1884.

un modo de sustituir, es aquella en que son mutuamente sustituidos los herederos instituidos en primer lugar, como si dijere el testador: "Instituyo por herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos menores de catorce años, y los hago mutuamente sustitutos uno de otro" (Ley 13, tít. V, Part. VI).

Finalmente, la sustitución fideicomisaria, que es también un modo de sustituir, se define por la ley 14, título V, Partida VI, diciendo que es aquella en que el testador encarga al heredero instituido que restituya á otro la herencia, como si dijere: "Instituyo por mi heredero á Pedro y le ruego, quiero ó mando que esta mi herencia, ó la tenga en su poder tanto tiempo y pasado la entregue á Juan, ó que la entregue á éste desde luego."

Otros autores dan otra definición, que nos parece mejor porque es más clara, diciendo que la sustitución fideicomisaria es aquella por la cual el testador impone al heredero la obligación de conservar los bienes hereditarios y de restituirlos después de cierto tiempo ó á su muerte á otra persona.

En esta sustitución se llama *fideicomitente* al testador; *fiduciario* á la persona que se instituye heredero con el gravamen de entregar los bienes á otro; *fideicomisario* á aquella persona á quien ha de hacerse la entrega y *fideicomiso* á los bienes hereditarios sujetos á sustitución fideicomisaria.

Esta debe su origen á los fideicomisos del derecho Romano, que fueron introducidos á fin de eludir las numerosas causas de incapacidad establecidas por éste, pues por medio de ellos se instituía á una persona de confianza con encargo de entregar los bienes hereditarios al incapaz de heredar; pero después se extendió su uso, y se emplearon no sólo con el objeto indicado, sino también para transmitir

los bienes á las personas capaces cuando así lo exigían sus intereses.¹

El Código Civil proscribió las sustituciones fideicomisarias, ya porque, por su propia naturaleza proporcionan medios de infringir las leyes, ya porque traen consigo el mal de estancar los capitales, cuya movilidad es conveniente para el mejor y más pronto desarrollo de la riqueza pública.²

Estas razones, tomadas de la Exposición de motivos, no son las únicas ni están bien desarrolladas, por lo cual vamos á exponer las siguientes, siquiera sea brevemente.

Se han proscribio las sustituciones fideicomisarias:

I. Porque son contrarias al interés general, que exige la libre circulación de los bienes inmuebles, poniéndolos fuera del comercio; pues los gravados con la sustitución no pueden enajenar los bienes hereditarios que reciben, toda vez que tienen la obligación de restituirlos:

II. Porque tales sustituciones son contrarias al orden legal de las sucesiones, supuesto que no permiten que los bienes hereditarios se trasmitan á los herederos del fiduciario, sino á la persona que designa el testador:

III. Porque son contrarias á los intereses de los terceros que contratan con el heredero instituido sobre los bienes hereditarios, pues los derechos que sobre ellos adquieren se resuelven y extinguen por la muerte de aquél ó por el lapso del tiempo señalado por el testador. En una palabra las sustituciones fideicomisarias se prestaban á la comisión de fraudes, que la ley ha querido evitar proscribiéndolas:

IV. Las sustituciones fideicomisarias constituyen los medios más fáciles de enriquecer á un individuo de una fami-

1 Thiry, tomo II, núm. 275.

2 Exposición de motivos.

lia, con exclusión de los demás miembros de ella, y han sido el origen de frecuentes litigios promovidos por éstos á fin de anularlas:

V. Impiden el buen cultivo y la mejora de los inmuebles, porque los fiduciarios, que se hallan privados de la facultad de disponer libremente de los bienes hereditarios, hacen uso abusivo de ellos, y lejos de mejorarlos los agotan y devastan.

Para que una sustitución sea fideicomisaria, es preciso que concurren en ella los caracteres siguientes:

1º El llamamiento sucesivo de dos ó más personas á la misma herencia:

2º Que la institución de las personas llamadas en segundo lugar á la herencia se halle sujeta á una condición suspensiva:

3º El transcurso de un período de tiempo entre la institución y la entrega de los bienes al instituído en segundo lugar:

4º Que éste no recoja, ó más bien dicho, que no haga suyos los bienes hereditarios sino hasta después de cierto tiempo ó después de la muerte del primer instituído.

Es indispensable el primer requisito, porque si la sustitución se hace por el testador llamando conjuntamente á las personas designadas, ó para que la una suceda en los bienes en defecto de la otra, éstas serán copartícipes ó coherederas de la misma herencia en el primer caso, ó habrá sustitución vulgar en el segundo, pero no la fideicomisaria.

Además, si el nombrado para restituir los bienes hereditarios no obtiene ninguna utilidad, porque no es instituído heredero ó legatario, sino que está encargado por el testador de recogerlos y entregarlos á determinada persona no habrá sustitución, toda vez que no hay más que un heredero instituído, y que aquél no hace más que recoger y

depositar esos bienes para entregarlos en su oportunidad.

El segundo carácter distintivo de la sustitución fideicomisaria, aunque no exclusivo de ella, pues toda sustitución es condicional, supuesto que está subordinada á la eventualidad de la supervivencia del sustituto á la muerte del heredero, es que lo esté á una condición. En efecto: el sustituto no puede adquirir los bienes hereditarios, si no es en el caso de que al tiempo de la muerte del heredero fiduciario ó al vencimiento del término señalado por el testador para que éste haga la restitución de esos bienes, ó lo que es lo mismo, sólo tiene derecho á ellos si el heredero fallece antes que él, ó si vive hasta después de aquél término.

El transcurso del tiempo es también característico de la sustitución fideicomisaria, porque lo que constituye la esencia de ella es la existencia de dos instituciones, de las cuales la una viene después de la otra, y le sucede de manera que haya, no solamente dos disposiciones, sino dos transmisiones sucesivas, ó lo que es lo mismo, el heredero fiduciario es el intermediario entre el testador y el sustituto, es el conducto por el cual se transmiten los bienes de aquél á éste. En consecuencia, esta serie de transmisiones no se verifican en un sólo acto, sino en actos sucesivos, y por tanto, después del transcurso de cierto tiempo.¹

El cuarto y último de los requisitos indicados es esencialmente característico de la sustitución fideicomisaria, en uno de los casos en que puede tener lugar; porque se trata del orden sucesivo que consiste en que el sustituto no debe recoger los bienes hereditarios sino cuando se abra la sucesión del heredero fiduciario, de manera que la segunda transmisión ofrece, como dice Demolombe, la imagen de una sucesión.

1 Demolombe, tomo XVIII, núm. 97.



De lo expuesto se infiere que la sustitución fideicomisaria supone necesariamente la existencia de dos liberalidades, de las cuales una se puede estimar como principal y hecha por cierto tiempo; y la otra hecha bajo la forma de una disposición modal, que no debe tener efecto sino después de cierto tiempo y está subordinada á una condición suspensiva, cuyo resultado es que radique la propiedad de los bienes en el heredero fiduciario y que se trasmita en caso de muerte de éste al fideicomisario.

Hemos hecho las breves explicaciones que preceden, no obstante estar proscritas por el Código Civil las sustituciones fideicomisarias, á fin de que, conociendo nuestros lectores las circunstancias que son características de ellas, las puedan distinguir de las permitidas, con las cuales tienen, como es natural, algunos puntos de atingencia.

El Código Civil, como hemos dicho, proscribió tales sustituciones, declarando en el artículo 3,631, de la manera más expresa y absoluta, que quedan prohibidas las sustituciones fideicomisarias, y cualesquiera otras diversas de la vulgar, la pupilar y la ejemplar, sea cualquiera la forma de que se las revista.¹

Pero como la infracción de este precepto produce la nulidad de la institución fideicomisaria, supuesto que son nulos todos los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas, y como pudiera entenderse que tal nulidad comprende á toda disposición testamentaria, lo cual sería injusto, declara el artículo 3,632 del Código, que la nulidad de la sustitución fideicomisaria no importa la de la institución ni la del legado, y que se tiene por no escrita la cláusula fideicomisaria.²

En otros términos, según este precepto, la sustitución

¹ Art. 3,448, Cód. Civ. de 1884.

² Art. 3,449, Cód. Civ. de 1884.

fideicomisaria se tiene por no hecha, en virtud del principio de derecho que dice: « *Utile per inutile non vitiantur*, » y de los principios tradicionales de nuestra antigua legislación, según las cuales, las últimas voluntades deben ser sostenidas en cuanto puedan tener efecto; y porque el testador ha hecho conocer su voluntad de preferir al heredero fiduciario llamándolo á la herencia en primer lugar.

En esta materia tan importante se separó nuestro Código del sistema adoptado por el Código Francés que, á nuestro juicio es mejor, porque declara que la nulidad de la sustitución importa la de la institución; y abrigamos tal creencia, porque anulando la sustitución pero dejando subsistir la institución, se infringe la voluntad del testador, porque se le otorga al heredero fiduciario la propiedad definitiva de los bienes hereditarios cuando sólo quería otorgársela temporalmente; y porque se alienta la infracción de la ley prohibitiva de las sustituciones de la especie indicada con la esperanza de que el fiduciario cumpla la voluntad del testador por respeto á ésta y por probidad.

Entran en la prohibición de la ley, que las estima fideicomisarias, las disposiciones testamentarias que prohíben enajenar ó que llaman á un tercero á lo que quede de la herencia por la muerte del heredero; ó que contiene el encargo de prestar á más de una persona sucesivamente cierta renta ó pensión (art. 3,636, Cód. Civ.).¹

Tres son las especies de instituciones á que nos referimos:

I. Las disposiciones testamentarias que contienen la prohibición de enajenar los bienes hereditarios:

II. Las que llaman á un tercero á lo que quede de la herencia por la muerte del heredero instituido:

III. Las que contienen el encargo de prestar á más de una persona sucesivamente cierta renta ó pensión.

¹ Art. 3,453, Cód. Civ. de 1884.

La primera especie de disposiciones testamentarias están proscritas con justicia, porque la prohibición de enajenar que contienen importan una verdadera sustitución fideicomisaria, ó lo que es lo mismo, imponen implícitamente al heredero la obligación de conservar los bienes hereditarios para restituirlos á la muerte á sus propios herederos, apartando tales bienes de la circulación del comercio.

En cuanto á la segunda especie de disposiciones testamentarias, prohibidas por el artículo 3,636 del Código Civil, copiado del 1,636 del Proyecto de Código Español, se expresa Goyena en los términos siguientes: “La libertad de disponer en vida y prohibición de hacerlo por testamento, ó al contrario, podría favorecer indirectamente la amortización, y en ambos casos se verificaría que el testador disponía dos veces de sus bienes.”

Nos parece muy poco ó nada convincente la razón que motiva la prohibición de la especie de disposiciones á que nos referimos, y que se halla en verdadera pugna con los principios netamente científicos.

Según éstos, el fideicomiso llamado *de residuo* ó *de eo quod supererit*, que consiste en la disposición por la cual es gravado el heredero por el testador con la obligación de restituir á su muerte á determinada persona lo que quede de los bienes hereditarios, no es una institución fideicomisaria.

En efecto: la ley prohíbe y anula aquellas disposiciones que imponen al heredero instituído la obligación de conservar los bienes hereditarios y restituirlos á su muerte ó después de cierto tiempo al sustituto nombrado por el testador; y en lo que se llama por los jurisconsultos fideicomiso *de residuo* ó *de eo quod supererit* no reporta el heredero tal obligación, sino que, por el contrario, goza de la más completa libertad para disponer de esos bienes.

Es verdad que, según los principios del derecho Romano, el fideicomiso de residuo era una sustitución fideicomisaria, porque el heredero instituido no podía disponer de los bienes hereditarios sino á título oneroso, para necesidades reales y de buena fe, y con obligación de reservar por lo menos la cuarta parte de ellos en provecho del sustituto; pero entre nosotros no tiene tal carácter, porque no existe precepto legal alguno que imponga al heredero la obligación de conservar y restituir al sustituto una porción determinada de los bienes.¹

Todos los jurisconsultos modernos sostienen, con justicia, que toda limitación puesta á la libertad de disponer de los bienes que reposa sobre motivos de orden público, es de estricto derecho y no puede aplicarse más que á aquellos casos en que se afecta ese interés; y de ahí deducen que, si las sustituciones fideicomisarias están prohibidas por cuanto á que, obligando al heredero fiduciario á conservar los bienes hereditarios para restituirlos al fideicomisario, se perjudican los progresos de la agricultura y se impide el mejoramiento de esos bienes, á los cuales pone fuera del comercio, y presta ocasión para que se cometan fraudes; es fuera de toda duda que no concurriendo en el llamado fideicomiso de residuo ninguna de esas circunstancias características de las sustituciones fideicomisarias no puede estar comprendida en la prohibición de la ley.²

La tercera especie de disposiciones, las que contienen el encargo de prestar á más de una persona sucesivamente cierta renta ó pensión, han sido prohibidas porque son

1 Ley 54, lib. 36, tít. 1º; y Novela 108.

2 Baudry Lacantinieri y Collin, *Des Donations*, tomo II, núm. 3,100; Aubry y Rau, tomo VII, § 694, nota 26; Toullier, tomo V, pág. 38, nota 1ª; Demolombe, tomo XVIII, núm. 133; Troplong, tomo I, núms. 131 y 132; Laurent, tomo XIV, núm. 475; Durantón; tomo VIII, núms. 74 y 75; Arnz, tomo II, núm. 1,704; Thiry, tomo II, núm. 283; etc., etc.

en realidad unas instituciones fideicomisarias, toda vez que importan la obligación para el heredero instituido de conservar cierta porción de los bienes hereditarios sobre la cual debe constituirse hipoteca, según el artículo 2,794 del Código Civil, y que en tal situación deben permanecer indefinidamente, quedando, por lo mismo, fuera de la circulación del comercio.¹

Pero el sistema del Código Civil respecto de la prohibición de sustitución fideicomisaria, no es absoluto; pues estimando sus autores que hay algunos casos en que tal sustitución puede ser verdaderamente útil, establecieron algunas excepciones, ya en favor de los hijos, ya en favor de los indigentes, ya para el fomento de la instrucción pública, ya, por último, para sostener y mejorar los establecimientos de beneficencia pública.²

Creemos que no es exacta la aseveración hecha por los codificadores, y que no todos los casos que ellos llaman excepcionales de la sustitución fideicomisaria lo son, sino que en la mayor parte de ellos no se trata realmente de verdaderas sustituciones; y para adquirir el pleno convencimiento de esta verdad basta enumerar y estudiar tales casos.

En efecto: el artículo 3,633 del Código declara, que no se reputa fideicomisaria la disposición 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 transferir á su muerte la propiedad ó el usufructo á un tercero; y hace tal declaración, porque en el caso á que se refiere no hay sustitución de ninguna especie, sino dos actos de liberalidad, uno relativo al usufructo, y otro á la propiedad, y el usufructua-

1 Art. 2,670, Cód. Civ. de 1884.

2 Exposición de motivos.

rio no sustituye al dueño de ésta, de manera que le suceda en ella á su fallecimiento.¹

En otros términos: la sustitución supone necesariamente que dos personas estén llamadas á los mismos bienes después de cierto tiempo y sucesivamente; pero en el caso propuesto cada liberalidad recae sobre un objeto distinto: una el usufructo, y la otra la nuda propiedad.

Es cierto que el heredero de ésta adquiere por consolidación el usufructo á la muerte del usufructuario, pero no por efecto de la sustitución, supuesto que siendo aquel derecho meramente personal se extingue cuando muere el que lo ejercita, y por tanto, que no se le puede encargar por el testador que lo conserve y lo restituya al dueño de la nuda propiedad.

El artículo 3,634 declara también que el padre puede dejar la parte libre de sus bienes á su hijo con la carga de transferirlos al hijo ó hijos que tenga ó tuviere, y que en tal caso se debe considerar el heredero como usufructuario.²

La institución hecha en esta forma es considerada en lo general por los autores como comprensiva de una sustitución fideicomisaria, y por lo mismo como una excepción de la regla que prohíbe hacer sustituciones de esta especie. Sin embargo, nos atrevemos á sostener que, dado el sistema adoptado por nuestro Código, no hay sustitución fideicomisaria en el caso á que se refiere el artículo 3,634, sino una doble liberalidad, como aquel á que hace relación el artículo 3,633, una que tiene por objeto el usufructo, y otra la nuda propiedad, la cual está, por otra parte permi-

1 Art. 3,450, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,451, Cód. Civ. de 1884

Reformado en los términos siguientes para ponerlo en armonía con la institución de la libertad de testar:

« Art. 3,451. Puede el padre dejar una parte ó la totalidad de sus bienes á su hijo, con la carga de transferirlos al hijo ó hijos que tenga ó tuviere, en cuyo caso el heredero se considerará como usufructuario. »

tida, ó más bien dicho, autorizada por el artículo 3,427, que declara válida la institución hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas vivas al tiempo de la muerte del testador.¹

Nos confirma más en esta opinión el artículo 3,635 del mismo Código que declara nula la institución cuando la transmisión de los bienes deba hacerse á descendientes de ulteriores grados; pues en tanto la estima nula tal precepto, en cuanto que, trasmitiéndose los bienes de una á otra generación entre los descendientes del testador, se impone á cada uno de los herederos la obligación de conservarlos, segregándolos de la libre circulación del comercio, para entregarlos á sus propios descendientes, lo que importa un verdadero fideicomiso.²

Es decir, que en tanto estima nula la ley la institución á que nos referimos, en cuanto toma el carácter de una fundación que separa á los bienes hereditarios por un tiempo indefinido de la circulación del comercio, y por tanto, que cuando no afecta tal carácter, sino que se limita á otorgar al hijo el usufructo y la propiedad á los nietos, no hay fideicomiso.

Pero sea de ello lo que fuere, lo cierto es que, ya sea que consideremos la institución á que nos referimos como una sustitución fideicomisaria, ya que no le atribuyamos tal carácter, está restringida dentro de ciertos límites, y por tanto, debemos establecer que el precepto que la autoriza es de interpretación restrictiva.

En consecuencia debemos concluir:

I. Que sólo pueden hacer tal institución ó sustitución los padres, comprendiendo el padre y la madre, pues la misma razón que hay para permitirla á aquél existe para permitírsela igualmente á ésta:

1 Arts. 3,451, 3,450 y 3,290, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,452, Cód. Civ. de 1884.

II. Que tal institución sólo es permitida respecto de los hijos y los nietos, pero no respecto de los descendientes de ulteriores grados.

III. Que la institución á que nos referimos, hecha en favor de los descendientes de esta especie es nula.

Acerca de esta última proposición, creemos que la nulidad de que está afectada la institución es solamente en cuanto se refiera á descendientes de ulteriores grados de los que permite la ley, pero que es válida en cuanto á los hijos y los nietos; y por tanto, que si la institución estuviera concebida en estos ú otros términos semejantes, "instituyo heredero en el quinto de mis bienes á mi hijo Luis, con la obligación de entregarlo á sus hijos ó á los hijos de éstos que vivan cuando muera," sería válida respecto de los hijos del instituído y debería cumplirse, pero perfectamente nula respecto de los hijos de éstos.

No se estiman como fideicomisarias, y en consecuencia, no están prohibidas, según el artículo 3,637 del Código, 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 fundación de beneficencia pública, guardándose los requisitos y condiciones que establecen las reglas siguientes:¹

1º La prestación debe ser consignada por el testador en ciertos y determinados bienes; pero el heredero gravado tiene libertad para capitalizarla é imponerla á rédito (art. 3,638, Cód. Civ.):²

2º Los herederos gravados de este modo no quedan obligados más que al cumplimiento de la carga: su sucesión particular se rige por los preceptos relativos del Código Civil (art. 3,640, Cód. Civ.).³

1 Art. 3,454, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,455, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,457, Cód. Civ. de 1884.

La excepción á que se refieren las reglas anteriores, está tomada del artículo 1,872 del Código Portugués, cuyo comentarista, Díaz Ferreira se expresa en los términos siguientes acerca de ella: "El legado á favor de los indigentes, ó para dote de doncellas pobres, es válido aunque con el carácter de perpetuidad, porque los indigentes no son personas inciertas, aun cuando no sean designadas por su nombre, porque se reputan pobres los que necesitan de los socorros ministrados por la caridad para poder vivir. Tienen que habilitarse como tales para poder recibir el legado.¹

Esta razón no es, á nuestro juicio, satisfactoria, y preferimos la que da la Exposición de motivos, diciendo que se han establecido ésta y las demás excepciones á que nos referimos para favorecer á los indigentes y á los establecimientos de beneficencia pública.

Pero los herederos pueden librarse del gravamen, como hemos indicado, capitalizando la prestación é imponiéndola á réditos, porque así se cumple á la vez con la voluntad del testador y se redimen aquéllos de las molestias que tal gravamen les causa ó les puede causar.

¿Pero qué procedimiento debe observarse para la capitalización, y qué personas ó autoridades deben intervenir en ella?

Satisface ampliamente á esta cuestión el artículo 3,639 del Código Civil, que ordena, que la capitalización se haga interviniendo la primera autoridad política del lugar y con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.²

Es decir, que la capitalización debe hacerse en la vía administrativa, formando un expediente con la solicitud de los herederos, de la cual se debe dar conocimiento al Ministe

¹ Tomo IV, pág. 254.

² Art. 3,456, Cód. Civ. de 1884.

rio Público, que representa á los legatarios que no son individualmente determinados y á los representantes de los establecimientos de instrucción ó de beneficencia pública que hubieren sido instituídos legatarios, á fin de que expresen si las bases propuestas por aquéllos para la capitalización no causa perjuicio á los indigentes, á las doncellas pobres ó á los establecimientos mencionados; y la autoridad política decide con vista de las razones expuestas por una y otra parte.

No están comprendidos dentro de la prohibición de la ley las fundaciones de beneficencia ó de instrucción pública hechas por el testador en favor de sus descendientes y colaterales, y por tanto, pueden los testadores:

I. Fundar uno ó más lugares en un establecimiento de beneficencia ó de instrucción pública para sus descendientes (art. 3,641, Cód. Civ.):¹

II. Hacer igual fundación para sus parientes colaterales, comprendidos hasta el octavo grado (art. 3,642, Cód. Civ.).²

La limitación que la ley señala á la facultad de que acabamos de hacer mención, nos conduce á establecer que siendo ésta excepcional, es de estricto derecho y no puede aplicarse el beneficio á que se refiere sino á las personas que la misma ley designa, y en consecuencia, faltando los descendientes y los parientes colaterales del testador, dentro del octavo grado, debe caducar el legado y extinguirse la fundación.

El artículo 3,643 del Código Civil prevee tal caso y declara, que faltando las personas antes mencionadas, el capital quedará destinado generalmente á la beneficencia pública.³

1 Art. 3,458, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,459, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,460, Cód. Civ. de 1884.

Fácil es comprender el fundamento de esta declaración. La falta absoluta de los legatarios hace que carezca de objeto la fundación y que el capital destinado á ella quede vacante, circunstancia por la cual debía heredarlo el fisco, pero la ley ha querido obsequiar en cuanto sea posible la voluntad del testador, haciendo que los bienes destinados á la fundación se apliquen al servicio de los establecimientos de beneficencia pública.

Para terminar este capítulo debemos advertir que, todo cuanto hemos dicho respecto de los herederos, las reglas que hemos establecido, son también aplicables á los legatarios. Esto es, que en los legados no se permiten las sustituciones sino en los casos y con los límites establecidos para la institución de herederos, y que la nulidad de la sustitución no perjudica la validez de los legados (art. 3,644, Cód. Civ.).¹

¹ Art 3,461, Cód Civ. de 1884.