

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXVII

Diciembre 1951

Núm. 283

Las conjeturas en materia de sustituciones, según la doctrina del Cardenal Mantica.

(Conclusión)

VII. CONJETURAS SOBRE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

Cuando, por conjetura de la voluntad, la sustitución fideicomisaria se entiende implícita en la recíproca y por qué conjeturas, se infiere la fideicomisaria recíproca.

Es principio de derecho que la sustitución fideicomisaria debe sostenerse por benigna interpretación y esta conjetura de voluntad prevalece aún contra la propia significación de las palabras. Interpretación y conjetura que deben admitirse, aunque sobrevivan los hermanos del difunto y hagan tránsito los bienes a un extraño. De lo que se desprende también que la sustitución directa que no puede valer por derecho directo, por benigna interpretación debe convertirse en fideicomisaria, pues lo que ante todo interesa es que se cumpla la voluntad del testador. Aparte de que no puede decirse que las palabras directas sean contrarias a la interpretación fideicomisaria, porque en todo caso el fideicomisario no deja de ser heredero a ciertos efectos. Así que, diciendo el testador «cuando quiera que falleciere mi hijo, sea heredero Ticio», puede esto interpretarse por fideicomiso; es decir, que sea Ticio heredero fidei-

comisario ; como si hubiera dicho «para cuando quiera que falleciere mi hijo, instituyo heredero a Ticio», puede considerársele instituído heredero fideicomisario, contra la propia significación de las palabras usadas.

Si, como es sabido, la sustitución vulgar por conjetura de voluntad se convierte en pupilar tácita y la pupilar expresa en vulgar tácita, con mayor motivo y por igual conjetura la sustitución directa debe convertirse en fideicomisaria, porque es manifesto que el testador quiso que un sustituto le sucediera en sus bienes y si lo designó en forma directa no hay razón para que, no teniendo aplicación la sustitución directa, no deba admitirse el sustituto por la fideicomisaria.

Una sustitución pupilar hecha con palabras civiles se extingue al alcanzar el instituído la pubertad, y no vale ya como pupilar ni como fideicomisaria, aunque en la sustitución se hubiera comprendido un tiempo mucho más largo. Pero si se hubiera hecho simple sustitución al impúber sin fijación de tiempo, tal sustitución valdrá de modo directo si el sustituido no llega a alcanzar la pubertad, pero si sigue viviendo, a su fallecimiento la sustitución se entiende fideicomisaria. En el primer caso la sustitución no vale en forma directa, porque el testador no pudo ordenarla para después de la pubertad, ni puede sostenerse en forma precaria, porque no se presume haber querido gravar al hijo de restitución, si no lo ha expresado ; pero en el segundo caso, si el testador designó un segundo heredero no hasta cierta edad, sino para cuando el hijo falleciere, ya cesa la presunción de favor y queda patente la intención del testador de haber querido proveer de sustituto al hijo. Luego, esta intención debe sostenerse y la sustitución ha de tener lugar, después de la pubertad, por vía fideicomisaria.

Una importante duda se plantea : si, sobreviviendo la madre al pupilo muerto antes de alcanzar la pubertad, se debe entender la sustitución pupilar o fideicomisaria. El interés del problema radica, como es obvio, en que según sea una u otra, la madre tendrá o no derecho a adquirir los bienes procedentes de las detracciones legales, como la legítima y la Trebeliánica.

Parece que la opinión más corriente es que, cuando la sustitución compendiosa se ha hecho con palabras comunes sea fideicomisaria en todo tiempo, sobreviviendo la madre. Pero es de advertir

que si la sustitución compendiosa fué expresada con palabras comunes y con expresa indicación de tiempos, sin duda alguna muriendo el hijo en la impubertad, aunque sobreviva la madre, la sustitución es pupilar; pero si la sustitución compendiosa con palabras comunes fué hecha con abstracción de todo elemento temporal, entonces la opinión se inclina a considerarla fideicomisaria.

Es decir; si el testador dijere «para cuando quiera que muera mi hijo, le sustituyo por heredero a Ticio», si el instituido muere antes de la edad púber; aunque le sobreviva la madre, la sustitución sin duda alguna se entiende pupilar, porque la palabra *heredero* es directa y la otra *sustituyo* es común. Pero esto ha de entenderse de este modo si por otras conjeturas no se deduce que el testador quiso ordenar sustitución fideicomisaria; como, si el testador hubiese prohibido la detracción de la Trebeliánica, hay que decir que ordenó sustitución fideicomisaria, porque tal prohibición no es congruente con la sustitución directa.

Pasemos ahora a tratar brevemente de otra cuestión enunciada en el epígrafe, a saber: por qué conjeturas la sustitución fideicomisaria se entiende comprendida en la recíproca.

Es una verdad que la sustitución recíproca sólo abarca sustituciones directas, no las fideicomisarias; no así la compendiosa que, por referirse a variedad de tiempos, contiene tanto las directas como las fideicomisarias. No obstante, el principio de que la sustitución fideicomisaria no se comprende en la recíproca tiene varias excepciones.

La primera, que vaya unida a la compendiosa, como si el testador dijera «para cuando quiera que uno u otro de vosotros falleciere, os sustituyo recíprocamente». Aquí la expresión «cuando quiera que» implica tracto temporal propio de la sustitución compendiosa y, por tanto, se entiende que para después de la adición se ha hecho sustitución fideicomisaria. Igual sería si el testador en vez de la expresión «cuando quiera que» haya dicho simplemente «a los que fallecieren sin hijos sustituyo recíprocamente», porque también esta condición significa tracto de tiempo y, por lo tanto, sustitución compendiosa, que incluye a la fideicomisaria.

Otra excepción que no necesita razonarse: si el testador dijere «instituyo herederos a mis hijos, a quienes sustituyo recíprocamente por la vulgar, pupilar y fideicomisaria».

Tercera: si la fideicomisaria se deduce de palabras del testamento anteriores o posteriores a la cláusula de sustitución, porque la voluntad del testador resulta del contexto del testamento.

Finalmente, si la sustitución recíproca se hizo en codicilo vale como fideicomiso; porque la conjetura de la ley es que el testador, al redactar el codicilo, quiso que éste tuviera la fuerza que la ley le concede y la ley no permite ordenar en codicilo sustitución directa, sino sólo la fideicomisaria.

Se duda si, conteniendo el testamento cláusula codicilar, la sustitución recíproca en él ordenada se convierte en fideicomisaria cuando en virtud de tal cláusula el testamento sólo valga como codicilo. Decio se opone, porque el testador no pensó en ordenar fideicomiso y la cláusula codicilar no debe ir más allá de la voluntad del testador. Otros autores, en cambio, entre ellos Paulo el Castrense sostienen opinión contraria a la de Decio. Ripa opina que, en lo que atañe a la sustitución recíproca, puede defenderse sin distinción que por la cláusula codicilar, ya se haya escrito con palabras de tiempo futuro, ya de presente tan sólo, debe entenderse que el testador quiso también sustituir por la fideicomisaria; y si la recíproca directa se hizo en codicilo, por ministerio de la ley se convierte en fideicomisaria. Luego, del mismo modo por conjetura de la voluntad debe realizarse tal conversión si la sustitución fué hecha en testamento, que se sostiene como codicilo, porque no se entiende haberse hecho testamento, sino codicilo.

Hemos expuesto algunas conjeturas de las que se deduce hallarse la sustitución fideicomisaria implícita en la recíproca. Diremos ahora algo sobre las conjeturas que permiten deducir sustitución fideicomisaria recíproca.

Ciertamente, si el testador, instituídos herederos dos o más hijos dijere «encargo a mis hijos que si alguno de ellos falleciere sin hijos restituya su parte al hermano sobreviviente», no hay duda alguna que entre ellos ha de entenderse ordenada sustitución fideicomisaria recíproca, ya que en las palabras usadas no hay la menor ambigüedad. Pero aquí se trata de las conjeturas que permiten deducir sustitución fideicomisaria recíproca cuando el testador no la ha ordenado de un modo expreso.

Analiza el autor varios casos, que hemos de pasar por alto en gracia a la brevedad, y a continuación y como síntesis afirma que

para inducir por conjetura la sustitución fideicomisaria recíproca, tres requisitos han de concurrir: primero, que todos aquellos entre los que suponemos hecha dicha sustitución sean instituídos; segundo, que la sustitución sea hecha al último que fallezca, y tercero, que la sustitución abarque toda la herencia del testador. Es evidente que si el último que fallece ha de entregar *toda* la herencia a Ticio, el que ha de entregarla toda ha tenido que acumular en sus manos la parte de los demás instituídos y esto no podría ser si no entendiéramos, por conjetura de la voluntad, que el testador estableció sustitución fideicomisaria recíproca entre los instituídos.

Aparte de la concurrencia de los tres requisitos indicados, puede por alguna otra circunstancia accidental admitirse la conjetura de sustitución fideicomisaria recíproca. Por ejemplo, si el testador legó una cosa a varios y, simplemente, sin causa expresa, prohibió enajenarla, se interpreta tácito fideicomiso recíproco entre ellos, porque la prohibición no se explica si no se hace en contemplación de otro. Lo mismo puede decirse cuando el testador, instituídos herederos sus hijos, prohibió enajenar los bienes y dispuso que vayan haciendo tránsito de uno a otro. Otro caso: si el testador dispuso que después de la muerte de las hijas, a las que llamó primero, pasaran los bienes a los hijos de ellas, se entiende que los hijos de cualquiera de dichas hijas son sustitutos fideicomisarios de la madre en la parte en que ésta fué instituída.

Finalmente advierte el autor que, si el testador instituyó herederos a los hijos y designó a los hijos o descendientes de éstos como sustitutos de los instituídos y de cualquiera de sus descendientes y a los demás sobrevivientes para el hijo o descendiente sin hijos, tal sustitución se entiende compendiosa y recíproca, porque ha sido hecha comprendiendo en compendio varios tiempos y personas y contiene no sólo la vulgar y pupilar, sino también la fideicomisaria; ya que tiene tracto de tiempo sucesivo y comprende varios tiempos, a saber, antes y después de adir la herencia, y siendo varios los sustituídos y los sustitutos, no se entiende solamente compendiosa, sino también recíproca; ni la sustitución fideicomisaria caduca con los primeros llamados, sino que debe admitirse también al fideicomiso a los posteriores guardando el orden sucesorio. Otra cosa sería si con las mismas palabras fuera hecha la sustitución a uno solo, porque entonces sólo sería compendiosa y no puede conside-

rarse recíproca sino cuando se hace a muchos, pues ésta es la diferencia sustancial y específica entre la sustitución recíproca y la compendiosa: que la recíproca comprende sintéticamente y en compendio de personas y tiempos varias sustituciones, y la compendiosa abarca también varias sustituciones, pero la forma sumaria o sintética de ordenarlas se refiere sólo al tiempo.

VIII. CONJETURAS SOBRE LOS BIENES A RESTITUIR.

Se hallan comprendidos en el fideicomiso lo mismo los bienes muebles que los inmuebles, aunque el testador haya prohibido especialmente la enajenación de éstos últimos. Igualmente y sin la menor duda, también debe restituirse el dinero encontrado en la herencia, sin necesidad de que se le haya mencionado especialmente.

Plantea el autor una primera cuestión: si uno fuere instituido heredero de un fundo y rogado de restituir a otro el mismo fundo, no teniendo otro coheredero, ¿debe restituir por fideicomiso la universal herencia, ya que la institución tiene carácter universal?

Contra opiniones adversas, el autor entiende que el heredero del fundo sólo ha de restituir el fundo, no toda la herencia, por ser diversas las razones de la institución y de la sustitución, ésta limitada al fundo y aquélla con carácter universal motivada porque nadie puede morir parte testado y parte intestado.

Se pregunta luego el autor si por conjetura de la voluntad el gravamen de restitución se extiende a lo que el sustituto haya adquirido en virtud de la sustitución pupilar. La contestación es diversa, según lo fuere la fórmula. Si ésta dice «el que sea mi heredero, séalo también de mi hijo», la herencia adquirida por el sustituto debe restituirse; pero si la expresión «el que sea mi heredero» se sustituye por una designación nominal, entonces si éste fuere único heredero del padre está obligado a restituir la herencia del pupilo; pero si tuviere un coheredero, podrá retener la herencia del pupilo.

Una tercera cuestión: si el testador legó a alguien un predio bajo condición, y a los hijos nombrados herederos les gravó con fideicomiso de residuo a favor de un Hospital para el caso de morir dichos herederos sin hijos, se ocurre preguntar: si por no haberse cumplido la condición añadida al legado, quedare éste en la heren-

cia de los hijos, cumpliéndose la condición del fideicomiso, ¿debe el predio legado entregarse al Hospital? Nuestro autor contesta afirmativamente, porque el fideicomiso es universal y no es obstáculo para que el predio se entienda incluido en el fideicomiso universal el que haya sido especialmente legado, porque habiendo resultado ineficaz el legado por incumplimiento de la condición y pasando el predio a formar parte de la universal herencia, por verosímil voluntad del testador debe creerse sujeto a restitución junto con los demás bienes.

En el fideicomiso de residuo surge otra cuestión. Sabido es que el fiduciario puede enajenar las tres cuartas partes y debe restituir la cuarta restante. Si no hizo uso de la facultad de enajenar, todo lo que quede ha de restituirse. Pero, ¿y si no enajenó *inter vivos*, pero sí dispuso en testamento de dichas tres cuartas partes? Baldo, **y con él** muchos otros autores entienden que en este caso lo dejado en testamento equivale a una enajenación y no se debe restituir.

Al tratar de los bienes a restituir al fideicomisario se propone una cuestión importante: si se comprenden en los bienes sujetos a restitución los que en calidad de legado o fideicomiso se han dejado al heredero obligado a restituir la herencia. Bartolo va en cabeza de los que afirman y Ripa de los que niegan. El autor se adhiere a la opinión de los últimos: primeramente porque no es lícito desviarse de la significación de las palabras cuando manifestamente no aparecen contrarias a la voluntad del testador, y bajo el apelativo de legados y fideicomisos no se contienen en la herencia a restituir, y en último caso, porque cuando el testador prelegó o dejó un fideicomiso a uno de sus herederos parece probable haber querido que, aunque no obtenga la herencia, reciba siquiera el legado y, por lo tanto, cuando el testador rogó al heredero la restitución de la herencia, quiso que éste retuviera los prelegados y fideicomisos, ya se hayan ordenado estos antes, ya después de la cláusula de restitución de la herencia.

Pero esto se ha de entender así siempre, y cuando por conjetura de la voluntad no pueda interpretarse otra cosa, como si se tratara de heredero extraño gravado de restituir la herencia a un hijo del testador, en cuyo caso por razones de piedad hay que entender que el testador quiso que su hijo recibiera también los prelegados y fideicomisos.

Hablemos ahora de las conjeturas relativas a la restitución de frutos. Tres grupos de estos distingue el autor: los frutos existentes en el momento de la muerte del testador; los percibidos después de la muerte del testador, pero antes de la adición, y los percibidos después de la adición de la herencia.

En cuanto a los del primer grupo, deben sin duda restituirse al fideicomisario, porque estos frutos suponen más bien un incremento de la herencia; sin embargo, como tales frutos hay que considerarlos y si el heredero sobrevive al testador más allá de un trienio, no está obligado a restituirlos, porque no se presume que hayan podido conservarse durante tanto tiempo.

La misma solución se establece en cuanto a los frutos pendientes y existentes en los predios al tiempo de morir el testador y percibidos antes de aceptar la herencia, porque estos frutos son hereditarios o cosas hereditarias, no de los herederos que aun no han adquirido tal condición, y por ello tales frutos, como formando parte sustancial de la herencia, deben restituirse a la par que ésta.

En cuanto a los frutos del tercer grupo, no se incluyen entre los bienes que han de restituirse, porque lo que ha de ser objeto de restitución es la herencia o lo que forme parte integrante de la misma, pero no los frutos, que no han sido heredados. Tampoco han de restituirse los frutos percibidos después que haya llegado el día de la restitución si el heredero no incurrió en mora, sino que debiéndose la falta de entrega a la negligencia del fideicomisario en reclamar, tales frutos ceden en lucro del mismo heredero. Sin embargo, no se entiende existir negligencia si el fideicomisario se hallaba ausente o ignorara su derecho o se tratara de un menor.

La regla de que los frutos percibidos después de la adición no han de restituirse al fideicomisario tiene algunas excepciones, como en el caso de que el testador haya ordenado expresamente de tales frutos o que se pueda deducir por legítima conjetura que quiso se restituyeran; el caso de legado de predio para la construcción de un monasterio en el que los frutos percibidos antes de su construcción se deben al monasterio; el caso del gravado de restituir después de su muerte a un hijo del mismo testador todo lo que aquél naya adquirido o el mismo caso cuando el fideicomisario es un hijo del instituido; cuando el heredero simplemente gravado de restitución fuere acreedor del testador o de la herencia, en cuyo caso no

puede lucrarse con los frutos, sino imputarlos al crédito, y otras.

Digamos ahora alguna cosa sobre lo que no se ha de restituir por haberlo adquirido el heredero al margen del testamento y de la voluntad del testador.

En primer lugar figura la legítima del hijo, la cual no se comprende en el fideicomiso universal. No falta, sin embargo, quien condicione esto diciendo que si el hijo se limitó a aceptar la herencia simplemente sin hacer alusión a su legítima, debe ésta entenderse incluida entre los bienes sujetos a restitución. Pero Mantica se opone a esta interpretación por varias razones: porque siendo la legítima debida por ministerio de la ley y libre de todo gravamen, no debe entenderse que el padre haya querido imponer una carga que la ley no permite; porque la legítima no es parte de la herencia, sino parte de los bienes hereditarios, por lo cual aunque el hijo haya sido rogado de restituir toda la herencia, no debe extenderse el ruego a la legítima; porque en la herencia a restituir no deben comprenderse los bienes propios del hijo gravado, como es la legítima y por otras razones que no vale la pena indicar en asunto tan claro.

Es de observar, no obstante, que si el padre ordenó prelegados a favor del hijo con la condición expresa de que no pueda detraer la legítima del fideicomiso, se entiende que si acepta los prelegados renuncia a su derecho legitimario. Igualmente debe recordarse que en la sustitución pupilar se contiene también la legítima, salvo conjeturas contrarias.

Entre los bienes libres del fideicomiso figura también la dote de la madre, porque es debida al hijo fuera de la sustancia del testamento y del juicio del testador.

Igualmente puede el gravado de restitución deducir lo que le debía el difunto al morir, aunque por la adición de la herencia se entiendan confundidas las acciones. Y esto es así aun en el caso de que el heredero no haya hecho inventario, porque los bienes y derechos del heredero no figuran entre los que han de restituirse. Pero se supone que la deducción de lo que se debe al heredero se ha hecho al tiempo de aceptar la herencia, porque la adición hecha por el acreedor extingue la obligación, no ciertamente por confusión de derechos, sino por una especie de fingida solución, cuando por otra parte el heredero no sufra perjuicio, porque si fue-

re así, la adición no tendría fuerza de solución, sino de confusión.

Tampoco han de restituirse los predios comprados por el heredero con dinero de la herencia, aunque este dinero sí ha de restituirse. Pero los predios redimidos por el heredero en virtud del pacto *de retrovendendo* deben restituirse, sin perjuicio del derecho de repetir que tiene el heredero en cuanto al precio. Si el heredero enajenó algunos bienes y con su importe compró otros, deben éstos restituirse como subrogados en el lugar de aquéllos.

No hay la menor duda de que el heredero puede enajenar las cosas sujetas al fideicomiso que pudieran destruirse por el tiempo, pero se ha de devolver el precio al fideicomisario. Se pueden igualmente permutar las cosas, a no ser que por el testador se haya manifestado hacia ellas una especial afección; en tal caso se deben las adquiridas por la permuta. Lo que por aluvión se añade al fundo pertenece al fideicomiso.

El fiduciario está asimismo facultado para deducir lo adquirido por donación *inter vivos* que le hizo el testador, aunque la donación hubiese sido inicialmente inútil y se confirme por la muerte del donante, como ocurre con las donaciones entre cónyuges, porque el heredero ha adquirido los bienes donados fuera del testamento. Pero se entiende esto cuando en el testamento no se ha hecho mención de los bienes donados, pues en otro caso, si lo que el marido donó a la mujer o el padre al hijo fué también legado en el testamento, no se debe por derecho de donación, sino de legado.

Dedúcese también la donación *mortis causa* hecha por el testador al heredero gravado, porque es adquisición al margen del testamento. Lo mismo cabe decir de la dote dada por el padre a la hija gravada, si no se pacta que esta dote revierta a los herederos del padre, en cuyo caso puede ser gravada de restitución.

Finalmente, si el padre asignó bienes a sus hijos y se los distribuyó por derecho de dominio y después instituyó herederos a los mismos hijos gravándolos con fideicomiso, no se incluyen en éste aquellos bienes que fueron distribuidos en vida del padre, porque los favorecidos no los recibieron por título testamentario.

Huelga decir que el fiduciario, en los casos procedentes y que no son de este lugar por tratarse de normas legales y no de conjeturas, puede retener la cuarta Trebeliánica, a no ser que el testador haya prohibido dicha detracción en los casos permitidos. Sobre la prohibición expresa nada hay que decir tampoco en este lugar.

Pero se duda si la prohibición puede deducirse también por conjetura de la voluntad. La opinión está dividida: algunos doctores son contrarios a la admisión de estas conjeturas y sostienen que la prohibición ha de ser expresa por tratarse de un requisito formal que no puede ser en modo alguno suplido de una manera tácita o por palabras que no sean singulares y concretas y porque, se dice, pudiendo el testador prohibir la Trebeliánica, si no la prohíbe, se entiende que quiere se detraiga, de forma que la detracción sí puede concebirse por la voluntad presunta del testador.

Pero Bartolo y algunos otros autores admiten la prohibición derivada de palabras generales y de conjeturas, y el autor, aunque comparte esta opinión, la condiciona y limita a unos pocos casos, en cuyo estudio no nos podemos detener para no hacer interminable este trabajo.

IX. CONJETURAS SOBRE LA PERSONA DEL FIDEICOMISARIO. QUÉ HIJOS SE CONSIDERAN COMPRENDIDOS EN LA PALABRA «HIJOS» Y SI EN LA MISMA PALABRA DEBEN ENTENDERSE INCLUIDOS LOS NIETOS.

En la imposibilidad de resumir toda la doctrina relativa a las dudas que se ofrecen en la determinación de la persona del fideicomisario, nos circunscribiremos al problema de mayor interés en esta materia, a saber: dilucidar el alcance y significación de la palabra «hijos» en orden a estos dos puntos: 1.º Si en la palabra «hijos» se entienden incluídas las hijas, los hijos de ambos matrimonios por igual, los ilegítimos y los profesos en religión; y 2.º Si en la palabra «hijos» deben entenderse incluídos los nietos.

1.º Veamos en primer lugar si el fideicomiso dejado a los hijos se entiende también dejado a las hijas. Opina Paulo el Castrense que si en alguna parte del testamento el testador no ha hecho mención de las hijas, no se comprenden éstas en la sustitución, porque no es igual el afecto que el testador siente por los varones que por las hembras. Por el contrario, Decio escribe que en las sustituciones los hijos varones no tienen ninguna prerrogativa, sino que las hijas son admitidas en ellas al igual que los hijos, porque unas y otros en las últimas voluntades se designan con la general denominación de hijos. Para el cardenal se precisan especiales conjeturas para decidir si deben considerarse excluídas o no las hijas; así,

por ejemplo, puede entenderse que el testador se refirió a los varones, no a las hembras, cuando instituyó a los primeros en la universal sucesión y a las segundas en cosas ciertas, cuando substituyó a uno de los hijos por los otros hijos, etc.

Sustituyendo el testador a los hijos, deben admitirse por igual los del primero que los del segundo matrimonio. Lo mismo sucede cuando todos los hijos son instituidos a la vez y simplemente sin distribución de partes; pero no si, por ejemplo, los dos hijos de la primera mujer han sido instituidos en la mitad y tres o más de la segunda en la otra mitad, porque entonces el testador no mostró igual afecto para unos que para otros.

Bajo la palabra «hijos» no se entienden llamados los naturales si por conjetura no aparece haberlos querido llamar el testador, por ejemplo, si en alguna parte del testamento el testador hubiera hecho mención de los hijos naturales, o si tuviera sólo hijos naturales al confeccionar el testamento, aunque después le sobrevivan otros legítimos.

Huelga decir que, aunque el testador hable de hijos nacidos en su casa, no se entienden sólo llamados los que hayan nacido materialmente en la casa o habitación del testador, sino en general todos los que son del mismo testador por derecho de agnación y de sangre.

En cuanto al hijo que ha ingresado en un monasterio, no hay cuestión de voluntad, siempre que el monasterio tenga capacidad de adquirir, colocándose éste en el lugar del hijo incapaz.

2.º Mucho más importante y debatida que las cuestiones anteriores es la relativa a si en la palabra «hijos» deben entenderse incluidos los nietos.

Se sostiene que si bajo la denominación de hijos deben incluirse también las hijas en los llamamientos fideicomisarios, necesario es que bajo la misma denominación figuren también los nietos, pues en los mismos casos en que el género masculino comprende al femenino, la designación de hijos comprende también a los nietos. Pero Bartolo no admite esta paridad, sino que, según él, la denominación de hijo se extiende al nieto por aquella interpretación de que lo masculino abarca lo femenino, pero no que en todos los casos en que el género masculino incluye al femenino el llamamiento de los hijos abarque también a los nietos, porque si de la equiparación se deduce

en algún caso determinado carga ó gravamen para unas personas, en tal caso no debe admitirse la equiparación. En el caso de la tutela, verbigracia, si un testador nombra tutores a los hijos, se entienden tales tutores testamentarios designados también para las hijas; y, sin embargo, en igual caso no figuran los nietos, porque la tutela es una carga para el tutor, aunque sea un beneficio para el pupilo y como carga no debe dársele una interpretación extensiva.

El cardenal no admite que, sin especiales conjeturas dilucidadas en cada caso, en la palabra «hijos» se comprendan los nietos, porque no es lícito desviarse de la propia significación de las palabras y la palabra «hijos» tiene una propia significación como la tiene la palabra «nietos»; porque si entendemos que los nietos van incluidos en la palabra «hijos», por la misma razón los biznietos irían comprendidos en la palabra «nietos», y esto no es así, según la común y mejor interpretación; y finalmente, porque esto es lo que defienden la mayoría de los más calificados autores, con Baldo a la cabeza.

La opinión de Mantica en esta cuestión es que sólo por legítima conjetura puede en cada caso decidirse si en el llamamiento de los hijos deben considerarse comprendidos o no los nietos. Y a continuación indica algunas de estas conjeturas, primero las que no admiten la equiparación y después las que permiten deducirla.

A. Conjeturas por las que debe entenderse que el testador, al designar a los hijos, no quiso referirse a los nietos:

a) Cuando sobreviva un hijo y un nieto hijo del mismo, pues entonces ninguna razón permite que el nieto se admita juntamente con su padre, porque esta es la verosímil voluntad del testador, que por razones de piedad se prefiera el hijo al nieto.

b) Cuando la disposición testamentaria se cumplió en los hijos, en cuyo caso no debe ya extenderse a los nietos.

c) Cuando los nietos no son sucesores abintestato, simultáneamente con los hijos, del que ordenó el fideicomiso.

d) Cuando de las palabras de la sustitución puede deducirse que el testador no pensó en los nietos, como si dijere «y si alguno de dichos sus hijos y herederos falleciere le sustituye por el otro u otros supervivientes».

e) Cuando el nieto, de quien se trate, ha nacido después de la muerte del testador, por cuanto en los legados como en los fideicomisos, en el llamamiento de los hijos no se incluye a los póstumos.

f) Cuando el testador sustituyó a los hijos en porciones iguales, lo cual da a entender que el testador no pensó en los nietos, porque de haber pensado, verosíblemente los habría sustituido *in stirpes*, en vez de *in capita*.

g) Cuando el más dilecto quedare excluido por quien lo fuere menos.

B. Conjeturas de las que puede deducirse que el testador pensó también en los nietos y por lo tanto deben éstos admitirse al fideicomiso ordenado a favor de los hijos:

a) Cuando el testador llamaba hijo suyo al nieto y como a tal lo consideraba, ya que entonces por conjetura de la voluntad derivada del lenguaje usual del mismo testador, se considera llamado el nieto bajo la palabra hijo y debe admitírsele.

b) Cuando los nietos, de quienes se trate, sean sucesores abintestato, juntamente con los hijos, del mismo testador que dejó el fideicomiso, en cuyo caso deben aquéllos considerarse comprendidos en la palabra «hijos».

c) Cuando se ha hecho mención de los hijos nacederos, por razones de caridad se entiende llamados a los nietos, si de lo contrario tuviera que ser preferido a ellos un extraño, en cual supuesto deben admitirse los nietos y excluirse el extraño.

d) Cuando el fideicomiso persigue conservar la agnación. Aquí se admite a los nietos bajo el nombre de hijos para excluir a las hembras. Y bien está lo que expresa Baldo cuando dice que es justo y conforme a la razón natural el que el testador piense no sólo en los nacidos, sino también en los nacederos, no por afecto ni por méritos que no caben en los nacederos, sino por el honor familiar con vistas a conservar la agnación y el honor de la estirpe, aunque sea por medios que implican gravamen.

e) Cuando el testador sustituyó *in stirpes*, no *in capita*, debiendo esto entenderse cuando también los nietos sean sucesores abintestato del mismo testador.

f) Cuando en todo caso el heredero resulte gravado, como, si sobreviviendo hijos, intervengan éstos en unión de nietos, hijos de hijos premuertos. Aquí deben admitirse, porque ya no se trata de liberar al heredero de la carga del fideicomiso.

g) Cuando el testador sustituyó a los hijos no puramente, sino bajo condición. En este caso no pudiendo saberse si, al cumplirse la

condición, serán hijos o nietos los sobrevivientes, se entiende que el testador también pensó en los nietos.

h) Cuando el testador tomaba como sinónimas las palabras hijos y descendientes (*filiorum et liberorum*).

Para terminar ; según el autor, si fueren sustitutos los hijos varones, no deben admitirse los hijos varones concebidos por una hija. Si se ha sustituido expresamente a los nietos, deben admitirse también los biznietos. Y si se ha llamado a los nietos al fideicomiso, es indudable que deben incluirse también los nietos clérigos o sacerdotes, porque las Órdenes sagradas no hacen a éstos de peor condición.

X. DE LOS HIJOS PUESTOS EN CONDICIÓN. CUÁNDO SE ENTIENDEN LLAMADOS AL FIDEICOMISO POR CONJETURA DE LA VOLUNTAD

Terminaremos nuestro trabajo, que ha tenido que ser mucho más resumido y fragmentario de lo que nos habíamos propuesto, hablando de la gran cuestión, *magna dubitatio*, como la llama el cardenal, a saber, si los hijos puestos en condición pueden por conjetura de la voluntad entenderse sustitutos fideicomisarios, cuestión que Mantica califica de extraordinariamente difícil e inextricable, para la que no existe norma cierta ni razón concluyente, siendo varias y contradictorias las opiniones de los doctores, y contrarias también las sentencias que sobre la misma se han pronunciado.

Veamos primeramente, siguiendo a nuestro autor, las razones aducidas por los autores que niegan la condición de sustitutos a los hijos puestos en condición y los argumentos contrarios que a cada una de dichas razones se oponen, para continuar después exponiendo las razones de la doctrina opuesta con sus respectivas refutaciones, y terminar el estudio de esta materia con las conjeturas por las que, a juicio del cardenal, puede entenderse que los hijos puestos en condición se consideran sustitutos fideicomisarios.

Los autores del primer grupo aducen, ante todo, que la condición no es disposición, y por lo tanto no pueden considerarse beneficiados por una disposición a aquellos hijos, cuyo papel en el fideicomiso se limita a condicionarlo simplemente.

Contesta a esto Mantica que a veces también las palabras expresivas de las condiciones tienen fuerza dispositiva cuando de la vo-

luntad del que puede disponer puede derivarse que, efectivamente, ha dispuesto. Debiendo interpretarse las palabras de los fideicomisos en el sentido más favorable y dárseles la solución más benigna en lo que respecta a los hijos y demás descendientes del testador, se acomoda a esta solución la hipótesis de considerar favorecidos con el fideicomiso a los hijos puestos en condición, más que la contraria de tenerlos separados del mismo por limitarse al subordinado papel de ser una simple condición que determina la transmisibilidad de los bienes o la extinción del fideicomiso. Con respecto a la ley *si quis sub conditione* que sirve de base a la razón fundamental aducida en contra del llamamiento de los hijos en condición, añade nuestro autor que la ley habla en términos de extraño, pero aquí se habla de hijos puestos en condición en oposición a extrañas personas, lo que por razones de caridad y de conjunción de personas hace más segura una interpretación de voluntad contraria a la razón aducida por el aludido grupo de autores.

Otra razón que éstos exponen, basada en la ley *ex facto* (Lib. XXXVI, tít. I, fr. 17, § 5 Dig), consiste en que, cuando el instituido y gravado fué deportado, los bienes se publican y pasan al fisco, lo que no sucedería si los hijos puestos en condición se entendieran llamados a la herencia, porque la publicación de los bienes ningún perjuicio puede ocasionar al fideicomisario.

El cardenal opone a esta razón, que ella no prueba que si los hijos en condición fueron concebidos antes de la deportación no hayan de ser admitidos, porque del mismo modo que su existencia hace que quede incumplida la condición del fideicomiso, puede entenderse que tal existencia haga que por tácito fideicomiso deban restituirse a ellos después de la muerte del padre los bienes que por la deportación de éste han sido publicados para su incorporación al fisco.

La tercera razón alegada por el grupo de autores que nos ocupa tiene su origen en los textos legales, según los cuales los hijos puestos en condición no deben ser defraudados en los bienes paternos, de donde se deduce que los hijos puestos en condición suceden en los bienes del padre, no del abuelo, y si fuesen tácitamente sustitutos, por voluntad del mismo abuelo sucederían a éste y en sus bienes (L. *Generaliter*, Lib. VI, tít. XXV, fr. 6 Cód.).

Pero a esto opone nuestro autor que los hijos en condición ad-

quieren la herencia del abuelo como fruto paterno, porque se les supone transmitida en contemplación al padre instituido heredero. Retorciendo el argumento legal aducido, dice además el cardenal que si decimos que los hijos en condición no son sustitutos tácitos, fácilmente puede el padre defraudarlos enajenando los bienes o desheredándolos o cometiendo delito del cual se siga confiscación; y precisamente para que los hijos en condición no puedan ser defraudados en los bienes sujetos al fideicomiso contra el texto legal y la intención del abuelo, hay que sostener su calidad de sustitutos.

Otra razón alegada se apoya en la ley *si quis eum* (Lib. XXVIII, tít. VI, fr. 16 D.), según la cual si el testador instituyó heredero a uno bajo la condición de que el hijo del testador haya fallecido viviendo el padre, si este hijo no premurió, sino que sobrevivió al padre, no por esto se entiende instituido heredero dicho hijo, sino que se le considera preterido y el testamento no vale.

Arguye contra esto el cardenal diciendo que el supuesto trata de institución directa, que no se induce de tácita voluntad, pero aquí hablamos de sustitución fideicomisaria, en la que actúan también las conjeturas.

Para terminar con las razones alegadas por los autores que niegan el fideicomiso a los hijos puestos en condición, vaya la siguiente que el cardenal dice haber oído a un preceptor suyo de agudísimo ingenio, el Doctor Jerónimo Torniello: la condición *si quis decesserit sine liberis* tiene por objeto exonerar al heredero gravado y extinguir el fideicomiso; luego, si el instituido falleciere con hijos, esta condición no puede conducir a otro fideicomiso en perjuicio del instituido heredero, porque es regla elemental de derecho que lo que tiende a conseguir un fin no debe entenderse dirigido a perseguir otro contrario.

El cardenal Mantica destruye fácilmente este argumento, que a primera vista no deja de ser impresionante, diciendo que esta condición induciría a un efecto contrario si el mismo heredero que murió con hijos se entendiera gravado de restitución en favor del mismo sustituto a quien se designó para el caso de morir el instituido sin ellos; pero no hay repugnancia alguna en admitir que por conjetura de la voluntad se entienda el instituido gravado de restituir los bienes a los mismos hijos, antes bien, es congruente con la verosímil voluntad del testador que éste prefirió no sólo el

heredero mismo sino también sus hijos al sustituto, y por consiguiente debe creerse que el testador quiso que la herencia pasara a los hijos con preferencia al sustituto.

Pasemos a las razones alegadas por los autores que sostienen la vocación a la herencia de los hijos puestos en condición y los argumentos que a cada una de dichas razones opone Mantica.

La primera se apoya en una cita de Scaevola (L. XXVIII, tít. V, fr. 85 D.), que dice al final: «...pues se echa de ver la prudente resolución del testador, porque antepuso como heredero a los sustituidos no solamente a su hermano, sino también a los hijos de éste», hijos que en el caso de la cita estaban puestos en condición. De donde, deducen, si los hijos puestos en condición son preferidos según la prudente resolución del testador, necesario es que en el fideicomiso se consideren sustitutos. Y no puede decirse que a aquellos hijos puestos en condición se les haya reservado solamente el derecho de suceder abintestato, porque fueron preferidos para el caso de morir el hermano antes de adir la herencia, por lo cual, aunque los hijos sucedan abintestato al padre, no se sigue necesariamente que hayan de suceder también abintestato al abuelo, que hizo testamento, porque en tal caso la herencia del abuelo no se mezcla con la herencia del padre.

Para neutralizar el argumento, Mantica analiza el texto de la respuesta de Scaevola, el cual (según la traducción de García del Corral) dice así: «Lucio Ticio, que tenía un hermano, dispuso así en su testamento: *sea mi heredero de toda la herencia mi hermano Ticio; si Ticio no quisiera ser mi heredero o, lo que me horroriza, muriese antes que hubiere adido mi herencia, o no tuviere hijo o hija nacido o nacida de él, entonces sean libres y herederos míos por partes iguales mis esclavos Stico y Pánfilo*; pregunto, si habiendo adido Ticio la herencia, y no teniendo hijos al tiempo de haberse adido la herencia, podrán Stico y Pánfilo ser libres y herederos en virtud de la sustitución; y asimismo pregunto, si en el caso de que no puedan ser ni libres, ni herederos en virtud de la sustitución, se considerará que fueron agregados para parte de la herencia. Respondió: aparece ciertamente, que no fué la mente del testador agregar un heredero cualquiera al hermano, a quien claramente había instituido heredero del as; así, pues, si el hermano adió la herencia, no serán herederos Stico y Pánfilo, los cuales no quiso que fuesen herederos ni aun si el

hermano hubiese fallecido, antes de que adiese la herencia, habiendo dejado hijos ; pues se echa de ver la prudente resolución del testador, porque antepuso como heredero a los sustitutos, no solamente a su hermano, sino también a los hijos de éste.

La lectura del texto íntegro claramente indica, sin que sea necesario seguir al autor en su minucioso análisis, que lo que en él se presupone y decide no concuerda con la cuestión aquí planteada. En pocas palabras, la prelación que manifiesta el testador respecto a los hijos del hermano instituído tiende precisamente a excluir a los sustitutos ; en ningún caso, ni que el hermano fallezca antes ni que fallezca después de adida la herencia, quiso que, dejando éste hijos, pasara la herencia a los sustitutos, que sólo deben entenderse llamados en el caso de que el heredero instituído muera antes de adir y sin hijos ; es decir, que en el texto, de hecho, sólo aparece ordenada una sustitución vulgar a favor de los esclavos y aun condicionada por la falta de hijos. Para después de adida la herencia no hay sustitución, sin que interese dilucidar aquí si los hijos puestos en condición deben o no admitirse en virtud del testamento, o si sólo se les reserva para la sucesión intestada, sea sólo del padre, sea del padre y del abuelo, confundidas o no las herencias, porque estos son puntos ajenos a la tesis discutida.

La segunda razón se basa en la ley *cum acutissimi* (Lib. VI, tít. XII, 30 C.), según la cual, si el hijo fuere instituído heredero y para después de su muerte rogado de restituir la herencia a otra persona, por conjetura de piedad se entiende tácitamente establecida la condición *si decesserit sine liberis* para que no aparezca que el testador antepuso otros sucesores a los propios. Pues bien ; si los hijos por condición tácita son llamados a la sucesión por la verosímil voluntad del testador, con mayor motivo han de serlo cuando han sido puestos en condición expresa, y si existe esa verosímil voluntad del testador, necesario es decir que tácitamente son sustitutos fideicomisarios.

Contesta a esto el cardenal que si el argumento fuera válido se seguiría que los hijos que se entienden puestos en tácita condición serían sustitutos por fideicomiso, porque el texto citado habla de condición tácita ; y sin embargo, es muy cierto que no debe considerárseles sustitutos fideicomisarios, sino solamente puestos en condición para excluir a los sustitutos. Sin que, por otra parte, sea sufi-

ciente que el difunto tuviera semejante tácita voluntad, porque para deducir un fideicomiso la conjetura debe ser innegable, o por lo menos muy probable, debiendo afirmarse, por el contrario, que en este caso los hijos han de entenderse puestos en condición para extinguir un fideicomiso, no para que surja otro nuevo.

Como tercera razón se aduce que los ablativos absolutos implican condición como así resulta de la ley *a testatore* (Lib. XXXV, tít. I, fr. 109 D.), que dice: «Uno a quien se le rogó por el testador que, recibiendo cien monedas (*Acceptis centum numis*, ablativo absoluto) restituyere la herencia a Ticia, su coheredera, falleció habiendo sido adida la herencia, e igualmente falleció Ticia, antes de dar las cien monedas; se preguntó si, ofreciendo el heredero de Ticia las cien del fideicomiso, podría conseguir la parte de la herencia. Respondió que el heredero *no podía cumplir la condición*. Y dice Claudio: Con grande ingenio respondió sobre un punto claro de derecho, pudiéndose dudar si en el caso propuesto habría condición.» Es así que también los ablativos absolutos inducen a fideicomiso, como se desprende de la ley *Fideicommissa* (Lib. XXXII, tít. único, fr. 11, 3 *cum esse* Dig.), que dice: «Cuando a alguno se le hubiese rogado que restituya una porción habiendo recibido cierta cantidad, se respondió que a voluntad puede pedirle al heredero el mismo fideicomiso. Pero es objeto de propia deliberación, si tomará previamente y restituirá la porción, si quisiera, o si será obligado a restituir la porción, aun si no hubiere querido, habiendo recibido la cantidad. Y a la verdad *cuando a alguien se le ruega que restituya una porción habiendo recibido cierta cantidad* (*accepta certa quantitate*, ablativo absoluto), hay dos fideicomisos, uno para que pueda pedir la cantidad estando dispuesto a ceder la porción; otro, para que, aunque no la pidiere, sea, sin embargo, obligado a hacerle la restitución al fideicomisario que esté dispuesto a entregar la cantidad.» Luego los hijos puestos en condición se entienden sustitutos fideicomisarios.

A este argumento responde Mantica que para que los ablativos absolutos signifiquen fideicomiso, se requiere, entre otras cosas, que incluyan palabras de disposición, como se deriva de las palabras «recibida cierta cantidad», en que la palabra recibida es ciertamente dispositiva. Pero nosotros hablamos de la condición *si decesserit sine liberis*, la cual no se expresa por ninguna palabra dispositiva, y faltando ésta, no puede inferirse fideicomiso.

Se alega en cuarto lugar que los hijos puestos en condición, mejor aún: su existencia, excluyen indudablemente al sustituto y éste sin duda alguna venía llamado por el testamento: luego con mayor razón los hijos que están puestos en condición se entienden llamados por el testamento. En otras palabras, el que por disposición testamentaria tiene la virtud de excluir a un sustituto, por la misma disposición debe considerarse llamado.

Responde el autor que el argumento es falaz, porque no son los hijos los que excluyen al sustituto, sino el incumplimiento de una condición. Así, instituyendo el testador a Mevio, si Ticio no fuere Cónsul, siendo hecho Cónsul Ticio debería entenderse sustituto, lo que es falso; pues no Ticio Cónsul, sino la falta de la condición es lo que excluye al sustituto.

Vamos, por fin, a exponer las conjeturas, de las que, según el cardenal Mantica, se deduce cuándo son llamados a la herencia los hijos puestos en condición.

a) Cuando los hijos puestos en condición figuran entre los descendientes del testador. Pero se reconoce ser tan leve el valor de esta conjetura que, según la común opinión de los doctores, ella por sí sola no es suficiente para que los hijos se entiendan llamados a la herencia, sino que es preciso que vaya en concurrencia con alguna otra.

b) Si los hijos puestos en condición han sido gravados por el testador, pues no puede ser gravado el que antes no ha sido honrado o beneficiado con alguna disposición del testador (ley *ab eo*, lib. VI, tit. XLII, 9, Cód.). Así, pues, para que valga el fideicomiso impuesto a los mismos hijos puestos en condición, precisa que se entiendan antes tácitamente sustitutos fideicomisarios. Pues esta parece ser la conjetura probable para inducir fideicomiso: que quien quiera que sus hijos restituyan una herencia, se entiende haber querido que antes hayan adquirido dichos hijos la misma herencia, pues de otro modo no la podrían restituir, y quien quiere el consiguiente, ha de querer por necesidad el antecedente.

Aunque la ley *ab eo* no obsta a la aplicación de esta conjetura cuando el gravamen se refiera a cosa que no esté en el patrimonio del testador, sin embargo, la conjetura del gravamen tiene un valor decisivo si la cosa o parte de la cosa a restituir procede de dicho patrimonio, pues entonces es imposible su entrega por el obligado, si éste no es heredero o legatario, y por lo tanto debe entenderse que

le ha sido legada (ley *denique*, lib. XXXIII, tít. VIII, fr. 8, 7 Dig.).

Por lo demás, la ley *ab eo* se refiere al caso de haber sido impuesto simplemente un gravamen a alguien, pero no dice que dicho gravamen recaiga sobre aquél que ha sido puesto en condición, por lo que la conjetura exige no sólo el gravamen, sino también las palabras condicionales; y además que los hijos puestos en condición hayan sido expresamente gravados, pues en caso de duda el gravamen debe entenderse impuesto al padre bajo la doble condición de fallecer sin hijos, y habiéndolos, de que éstos a su vez mueran sin ellos.

c) Cuando son sólo los varones los hijos puestos en condición; pues entonces se presume que el testador quiso vincular los bienes en la familia, y en consecuencia que sólo los varones fuesen sustitutos por fideicomiso. Esta presunción es independiente de que por la ley o estatuto local estén excluidas las hembras del fideicomiso, porque nada tiene que ver con la voluntad del testador, que llamó a los varones a la sucesión y excluyó a las mujeres; siendo tan fuerte esta conjetura, que se entiende tener aplicación aun en el caso de que los hijos varones no estén expresamente llamados, si puede con toda probabilidad colegirse que el testador sólo pensó en ellos. Y el valor de la misma sube de punto si la condición de la masculinidad ha sido varias veces repetida en el testamento, y más aún cuando el testador haya hablado de varones descendientes de línea masculina, por ser clarísima entonces la voluntad de conservar la agnación, lo que no puede conseguirse sino mediante recíproco fideicomiso.

Ripa y Centurio equiparan a esta conjetura la resultante de haber querido el testador distinguir a las hijas dotándolas o beneficiándolas en alguna parte de la herencia, pues si ordenó disposición a favor de las hijas, a las que prefirió el sustituto, es de creer que mucho más quiso honrar a los varones, a los que puso en condición y prefirió a los sustitutos. De donde, si antepuso los varones a los sustitutos y los sustitutos a las mujeres, si ocurriera que el gravado muriera con hijos varones e hijas, al quedar incumplida la condición, de no considerar como sustitutos a los varones, se seguiría el absurdo de que contra la voluntad expresa del testador sucederían a éste las hijas a la vez y de la misma manera que los hijos.

Debe igualmente aceptarse esta conjetura cuando el testador ordenó dotar a las hijas y que se entregara una cierta cantidad de bienes a otros hermanos menores, pues es obvio que en tal caso no

quiso que las mujeres y estos hermanos menores sucedieran en la herencia, reservando ésta para los primogénitos descendientes.

Es de advertir, por último, que si la ley local excluye a las mujeres en favor de los agnados varones transversales hasta cierto grado, y el testador puso en condición a descendientes varones más allá de este grado, entonces si estos últimos deben entenderse llamados a suceder en el fideicomiso, con mayor razón los descendientes varones más próximos.

d) Cuando el testador hable de hijos legítimos o de legítimo matrimonio procreados, los cuales se entienden sustitutos con exclusión de los legitimados, aunque éstos sucedan abintestato al padre juntamente con aquéllos; pues ni aun la legitimación por el Príncipe, que no tiene superior, puede hacer que los legitimados sucedan en el fideicomiso contra la intención del testador por aquellas palabras manifestadas. De lo cual también se deduce que si se hubiese hecho sustitución a la hija bajo la condición de morir sin hijos procedentes de justas nupcias, los que, en efecto, nazcan de legítimo matrimonio, se entienden tácitamente sustitutos, porque si no lo fuesen, sucederían a la madre junto con los naturales y en iguales porciones, aunque no hayan sido legitimados.

e) Cuando el testador extendió los llamamientos a varios grados de sustitutos, pues poniéndolos en condición repetidamente se evidencia que los tenía en gran estima, de donde se conjetura que también los quiso sustituir. Esta conjetura defendió ya Baldo, apoyándola en la ley única *De caducis tollendis* (lib. VI, tit. LI, 4 Cód.). Adquiere mayor valor esta conjetura cuando el testador instituyó a varios hijos y los sustituyó recíprocamente con la condición de *sine liberis decesserint*, y para después de la muerte de todos ellos designó sustituto a un extraño (ley *cum acutissimi* ya citada). Es de notar asimismo que esta conjetura no tiene por objeto decidir si los hijos deben admitirse a la herencia del padre gravado, como puestos en condición, sino que se trata de averiguar si son llamados a la herencia de otro hijo, respecto al cual no fueron puestos en condición. La diferencia es grande, porque en el primer caso, aunque los hijos no se entiendan sustitutos, excluyen al sustituto, y no se sigue el absurdo de que el testador parezca haber querido anteponer un extraño a sus hijos; pero en el segundo caso, se se-

guiría este absurdo, y es por esto que, para evitarlo, deben entenderse sustitutos fideicomisarios.

f) Cuando el testador prohibió la enajenación de los bienes fuera de la familia. Si se dijera que es una redundancia expresar lo que tácitamente está contenido en algo, como es la prohibición de enajenar los bienes del fideicomiso, puede responderse que no se entiende prohibida la enajenación de dichos bienes tácitamente, sino de una manera clara y sencilla. Si, además, esta prohibición de enajenar se impone a todos los descendientes a perpetuidad, está al margen de toda duda que todos ellos están llamados como eventuales sustitutos.

g) Cuando el testador expresó la razón por que quiso que los bienes se conservaran en la familia: pues entonces ciertamente se ve que quiso también que los hijos varones puestos en condición fueran sustitutos en el fideicomiso. Y no es de olvidar que, si el testador excluyó de la herencia a las hijas y para el caso de fallecer el hijo instituido sin hijos varones sustituyó al pariente varón más próximo, es aún mayor la conjetura de haber querido conservar el patrimonio dentro de la familia y, en consecuencia, de que los hijos en condición han sido también llamados.

h) Cuando los hijos puestos en condición no pueden suceder abintestato al mismo instituido. No se opone a esta conjetura el caso del hijo natural, lo mismo que el del hijo desheredado, los cuales no son llamados al fideicomiso a pesar de no ser sucesores abintestato del padre instituido. Con respecto a estos hijos, su papel se limita a excluir al sustituto; es decir, que su existencia sólo implica el incumplimiento de la condición, que impide que la herencia fideicomitida pase al sustituto (ley *ex facto*, lib. XXXVI, tit. I, fr. 17; 4^o Dig.).

A propósito de esta conjetura, el cardenal Mantica hace una admirable digresión respecto a los hijos puestos en condición en la sustitución compendiosa. La conclusión es que la conjetura no puede prevalecer en la sustitución vulgar por ser directa, pero sí en la fideicomisaria, que puede inducirse por conjeturas. Si el testador, dice, nombró herederos a sus hermanos Ticio y Seyo, y los sustituyó recíprocamente para cuando quiera que cualquiera de ellos falleciere sin hijos; si uno de ellos, viviendo el testador, falleciere dejando un hijo, este hijo puede ser admitido a la porción del padre,

al menos por la sustitución fideicomisaria que va implícita en la compendiosa, acreciendo la porción del padre premuerto a su coheredero con la carga del fideicomiso (Cód. lib. VI, tít. LI, 1, única, 10). Solución que no ofrece dudas si por conjeturas los hijos puestos en condición pueden considerarse sustitutos; pues aunque por conjeturas no se admita la sustitución vulgar, sí se admite la fideicomisaria incluida en la compendiosa.

Advirtiéndose que si los hijos en condición se admitieran sustitutos por la vulgar, recibirían la porción de su difunto padre sin disminución alguna; pero admitiéndose por fideicomiso, puede el coheredero gravado detraer la Trebeliánica, si su detracción no está prohibida, suponiendo que valga, cuestión dudosa, la prohibición a los hijos instituidos en primer grado.

2) Cuando los hijos hayan sido puestos en condición usando el testador ablativos absolutos, doctrina acaso difícil de sostener actualmente, ya que en las modernas lenguas derivadas del latín, y menos seguramente en las otras, no existen desinencias de declinación y, por lo tanto, tampoco ablativos absolutos. Sin embargo, por lo menos en los idiomas castellano y catalán, se conservan modismos equivalentes al ablativo absoluto, como son: «no habiendo hijos», «no havent-hi fills», que equivalen a la dicción latina *non extantibus ejus liberis*. La cláusula típica de esta conjetura es: «si testador dixerit, instituo filium meum, et non extantibus ejus liberis, substituo Seyum». En los términos de esta cláusula, la existencia de hijos no sólo significa la exclusión del sustituto, sino el llamamiento de dichos hijos a la herencia como sustitutos. Así lo entiende Mantica, siguiendo a Bartolo, el cual elaboró esta doctrina del ablativo absoluto extendiendo a los actos de última voluntad lo dispuesto en ciertos estatutos locales en esta misma forma de ablativo absoluto «extantibus agnatis mater non succedat», lo que significa no sólo la exclusión de la madre, sino la inclusión de los agnados en la sucesión.

Esta conjetura del ablativo absoluto tiene muchos contradictores, entre ellos Ripa, el cual no se explica la razón de la diversidad, por qué la condición que se induce por ablativos absolutos ha de disponer más que la condición simple que se expresa con la palabra «sí». Sin embargo, parece intuirse una mayor fuerza dispositiva en aquéllos que en la condición sencilla, como igualmente se insinúa

la mayor intensidad del ablativo en forma afirmativa «extantibus agnatis» que en la negativa «non extantibus ejus liberis».

Como norma a tener en cuenta al hablar de conjeturas en general es el principalísimo papel que en ellas representa el arbitrio del juez, a quien en último término compete esclarecer la voluntad del difunto (ley *Voluntatis defuncti quaestio*, lib. VI, tít. XLII, 7 Cód.). Ni debe olvidarse tampoco que no siendo a veces suficiente una sola conjetura, unida ésta a otras, puede conducir a una solución verdadera. Finalmente, cuando los hijos en condición se consideran llamados a la herencia, se entiende solamente en la porción del padre instituido, en cuya consideración fueron puestos en condición (ley *haeredes mei*, lib. XXXVI, tít. I, fr. 57, 1).

JOSÉ SERVAT

Registrador de la Propiedad

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeñas,
Presidente del Tribunal Supremo

Precio de la obra: 175 pesetas

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCÁLÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID