

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVII

Noviembre 1951

Núm. 282

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

SUMARIO: Justificación del tema.—I. Generalidades.—II. Conjeturas sobre la sustitución vulgar.—III. Conjeturas sobre la sustitución vulgar tácita. Su eficacia y extinción.—IV. Conjeturas sobre la sustitución pupilar expresa y tácita.—V. Por qué conjeturas la sustitución pupilar tácita se admite contra la madre.—VI. Conjeturas sobre la sustitución ejemplar.—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.—VIII. Conjeturas sobre los bienes a restituir.—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.—X. De los hijos puestos en condición. Cuando se entienden llamados al fideicomiso por conjetura de la voluntad.

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

En nuestro Derecho común la cuestión de las conjeturas en los negocios de última voluntad tiene escasísima importancia, dando poco margen para su admisión el texto del artículo 675 del Código civil. Ciertamente que, por un lado, sobre el sentido literal de las palabras prevalece la voluntad del testador, y por otro, en caso de duda entre el sentido de las palabras y la intención, ésta es la que predomina. Pero el artículo está redactado con mucha cautela y toda labor interpretativa de disposición testamentaria encontrará en su contexto un poderoso freno. Para que la voluntad del disponente se imponga

al texto literal de las cláusulas ha de ser clara, es decir, manifiesta. Podría esto inducirse de una prueba afortunada, pero el final del artículo constituye otro obstáculo para este esclarecimiento procesal, al obligar al intérprete a actuar «según el tenor del mismo testamento».

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre todo en estos últimos tiempos, restringe aún más el campo de la conjetura, no sólo en cuanto a su tendencia a reducir los límites de la interpretación (S. S. de 23 de octubre de 1925, 3 de junio de 1942 y otras), sino también en cuanto declara que a los Tribunales de instancia pertenece la facultad de interpretar las cláusulas testamentarias, no pudiendo prosperar en casación el error que se atribuya al juzgador en la interpretación de dichas cláusulas, a no ser que dicho error se manifieste de un modo claro y evidente (Sentencias de 20 de enero de 1932, 5 de diciembre de 1941, 21 de mayo de 1942 y otras).

Por lo demás, en rigor no deben confundirse los conceptos de interpretación y conjetura, porque ésta no consiste sólo en la labor de investigación del pensamiento o voluntad del disponente si aparece divergencia entre ésta y el contexto de la disposición, tarea implícita en la elaboración de la conjetura. Esta, mediante órganos adecuados, como son, entre otros, la doctrina y la jurisprudencia, declara una intención o voluntad, deducida de hechos o circunstancias que el disponente pensó, pero que no se reflejan en la disposición escrita, frecuentemente en cláusulas típicas y corrientes. Así, por ejemplo, en la sustitución fideicomisaria con la condición de fallecer sin hijos el instituido; la falta de tales hijos, en estricto derecho, es sólo condición para que el sustituto adquiera la herencia, aunque sea un extraño con respecto al testador, sin que los hijos se consideren llamados a la herencia. Sin embargo, ocurriendo que si por premorir con hijos el instituido al testador o alguno de los sustitutos al fiduciario, tuviera que purificarse el fideicomiso en un extraño al testador, por conjetura aquellos hijos que sólo estaban puestos en condición se entenderían llamados al fideicomiso con preferencia a la persona extraña.

En contra de lo que sucede en los territorios sometidos al Código civil, en Cataluña juegan las conjeturas un destacado papel para la interpretación de los actos de última voluntad, principalmente en

las sustituciones fideicomisarias. Materia ardua esta de los fideicomisos y que persiste actual y viva, no siendo exagerado afirmar que, en nuestros Registros, de cada tres casos dudosos o difíciles de resolver, uno por lo menos se refiere a la interpretación de cláusula ordenando sustitución fideicomisaria.

Se explica esta importancia de las conjeturas en Cataluña por estar vigente en esta región el Derecho romano, con su gran casuismo disperso en sus voluminosas colecciones, mientras que los Códigos modernos representan un sistema de simplificación incompatible con la elasticidad a que se prestan las conjeturas.

Teniendo presente lo dicho, hemos creído que acaso pueda tener alguna utilidad exponer la doctrina del cardenal Mantica sobre las conjeturas en las sustituciones. Tal doctrina se halla contenida en la obra maestra del cardenal *De Conjecturis Ultimarum Voluntatum*, escrita a mediados del siglo XVI y de la cual, que sepamos, no hay ninguna versión a nuestro idioma.

Limitada nuestra tarea a exponer, y todavía en resumen, una mínima parte de la obra que, dividida en doce libros, agota la materia de las sucesiones, hubiéramos querido acompañar cada opinión, sea del cardenal, sea de los jurisconsultos cuyas doctrinas recoge y comenta, con la cita correspondiente; pero hemos de confesar que, si no estamos seguros de haber acertado en nuestro intento dadas las dificultades que para quien no sea un gran latinista supone trasladar a nuestros idiomas ciertos vocablos, giros y peculiaridades gramaticales de las leyes y sus glosas escritas en latín, hemos tenido que abandonar la labor de rebusca de las innumerables citas de textos legales que acompañan las opiniones desarrolladas en la obra, porque la cita en la mayor parte de los casos se reduce a las primeras palabras del fragmento o ley, sin indicar libro ni título, ni siquiera la parte del *Corpus juris* a que se refiere. Sólo en el último epígrafe de este trabajo hemos intentado, por su especial interés, reproducir y completar la cita para su fácil confrontación.

I. GENERALIDADES

Si el testador dijere: «Ticio en primer lugar, Seyo en segundo y Cayo en tercero sean herederos», probablemente podría dudarse si han sido instituídos en el mismo grado o sustituídos. Como si

dijese: «Instituyo a Ticio, después de Sempronio», o «Instituyo à Ticio, después a Sempronio», o «Ticio después de Sempronio sean herederos», o «Ticio sea heredero, después Sempronio». En todos estos casos hay que recurrir a las conjeturas para saber si hay sólo instituciones o instituciones y sustituciones.

Ante todo, es de advertir que en las sustituciones hay que hacer uso de la más amplia interpretación. Por cuyo motivo la sustitución ambigua debe interpretarse más como directa que como oblicua o refleja, y, por lo tanto, en la duda, preferiremos la vulgar a la fideicomisaria. Y esto por tres razones: primero, porque la sustitución vulgar es más favorable que la refleja, pues ésta comporta gravamen, y el gravamen de por sí va es odioso, y en asuntos dudosos no sólo por justicia, sino también por seguridad conviene inclinarse hacia la interpretación más benigna. La segunda razón consiste en ser la sustitución directa más fuerte y poderosa que la fideicomisaria, toda vez que el sustituto directo puede tomar la herencia por derecho propio y por su propia autoridad y sin el menor detrimento, al paso que el sustituto fideicomisario adquiere por mano del heredero o de otro y mermada la herencia en una cuarta parte, siendo evidente que las palabras ambiguas susceptibles de admitir varios significados, en la duda, deben aceptarse en el más fuerte y poderoso. Y en tercer lugar, se prefiere la sustitución directa a la indirecta, porque aquélla es más digna y debe interpretarse siempre en el sentido de atribuir a la disposición dudosa su sentido más digno. Así, una sustitución ambigua entre los hijos del testador debe aceptarse en sentido directo, porque en la duda, por motivos de natural afección, debe presumirse que el padre quiso favorecerlos con su disposición antes que imponerles el gravamen de un fideicomiso.

Esta amplia y benigna interpretación que se recomienda en las sustituciones no ha de ser obstáculo para que las palabras de la sustitución deban entenderse con sus propias cualidades. En la duda, la presunción es más favorable al instituido, que se nombra primero, que al sustituto, que se llama después; por cuya razón el sustituto no debe ser de mejor condición que el instituido, y si, por ejemplo, se impone a éste el pago de un legado, el mismo pago debe considerarse repetido para el sustituto.

Debe igualmente notarse que, si bien la conjetura de la voluntad actúa con preferencia en la sustitución fideicomisaria, puede también

inducirse por conjetura una sustitución directa, así como la extinción de una y de otra, cuando existen las mismas razones en una como en la otra sustitución para presumirlas extinguidas.

Normalmente, la sustitución no se presume, y el que dice ser sustituto debe probar que lo es. Pero si consta ordenada una sustitución y hay controversia sobre la condición a ella inherente, en la duda se admite lo más favorable al sustituto. Así, siendo uno sustituto de otro bajo la condición de fallecer éste sin hijos, el sustituto afirmando la inexistencia de los hijos y la parte contraria negándolo, la presunción es favorable a la inexistencia y sólo puede destruirse por la prueba de haberle sobrevivido hijos al instituido. Por regla general, las dudas que ofrezcan los términos de una sustitución pueden aclararse por la institución que la precede, de forma que las condiciones y circunstancias añadidas a la institución se entienden repetidas en la sustitución y la dilección manifestada por el testador hacia los llamados en primer grado se considera existir para los de segundo o ulterior grado. Del mismo modo, de la disposición limitada o declarada en la institución precedente se infiere limitación o declaración en la sustitución subsiguiente.

Y así como la sustitución recibe de la institución precedente su congrua interpretación y probable conjetura de voluntad, así también unos grados de la sustitución declaran la interpretación de los otros, siendo indudable que una cláusula añadida al final de las sustituciones se refiere a todos los grados de la misma cuando no hay razones diferenciales que permitan referirla a una con exclusión de las otras.

II. CONJETURAS SOBRE LA SUSTITUCIÓN VULGAR

Empieza el cardenal Mantica exponiendo un punto muy debatido, a saber: si de una sustitución vulgar hecha en el intervalo del testamento y la muerte del testador, se deduce por conjetura que el testador quiso hacer nuevo testamento, quedando en su virtud revocado el anterior. Así lo entienden algunos, pero Paulo el Castrense dice que si el segundo testamento tuviese fuerza de sustitución vulgar, ésta no podría romper la primera institución; de donde parece tácitamente insinuar que aquella sustitución no tiene tal fuerza. Así plantea Paulo el problema: un primer testamento en el que se instituye

a. Ticio; después se hace otro en el que se instituye a Sempronio, bajo condición la de que Ticio premuera al testador. En este caso, escribe que el primer testamento queda roto por el segundo, ya que dos testamentos hechos por una misma persona en distintos tiempos no pueden coexistir simultáneamente, y no obstante, lo presupone, ya que el instituido en el segundo no podría ser heredero si Ticio no falleciera, en vida del testador, puesto que bajo esta condición ha sido instituido; pero si este segundo testamento tuviera fuerza de sustitución vulgar no sería ineficaz la primera institución, y en consecuencia Ticio podría ser heredero sobreviviendo al testador.

Paulo entiende válida esta sustitución cuando se aparece que el testador quiso hacer un segundo testamento, de otro modo, no; y cuando dice que no hay sustitución vulgar en la segunda disposición, sino segundo testamento, entiende que de la sustitución vulgar hecha en el intervalo no debe desprenderse otro testamento y por lo tanto que el primero no ha quedado destruido.

Porque si uno hizo testamento y nombró heredero a Ticio, y después en el intervalo dijere: «si Ticio no fuere heredero, instituyo a Seyo o le sustituyo», puede con razón dudarse que el testador para ordenar esta sustitución vulgar haya querido hacer un nuevo testamento y que en consecuencia se entienda roto el primero. Pues si así es, Ticio no puede ser heredero ni por el primero ni por el segundo testamento, debiendo en tal caso admitirse a Seyo. No por el primero, por estar roto; tampoco por el segundo, porque en éste Ticio no es instituido y no basta la sola voluntad, ni por estar Ticio en condición se entiende estarlo en institución. El segundo absurdo se sigue de admitirse a Seyo, con exclusión de Ticio, contra la manifiesta voluntad del testador; luego, no puede decirse que la sustitución vulgar ha revocado el primer testamento, ni consta acreditado que el testador haya querido hacer otro testamento dejando relegado al anterior. Si en la segunda disposición, además de sustituirse a Ticio para el evento de premoriencia, se ordenaran legados, no habría duda que el disponente había querido hacer un nuevo testamento, no codicilo. Pero en nuestro caso se trata sólo y sencillamente de una sustitución vulgar, lo que no basta para probar que el causante quiso testar de nuevo, con la consecuencia de quedar excluido Ticio, contra la voluntad del testador.

Podría también alegarse que si por tal sustitución se entiende

otorgado un segundo testamento, Ticio podría seguir considerándose heredero en virtud de aquellas palabras «si Ticio no fuera heredero», sin que esto fuera contra la voluntad del testador, que en el segundo supuesto testamento admitió como heredero a Seyo sólo en el caso de que Ticio no quisiera o no pudiera serlo.

Pero pese a todos estos argumentos, Baldo y otros no admiten que en el intervalo pueda hacerse sustitución vulgar sin nuevo testamento, por lo que en definitiva resulta dudoso si tal sustitución es o no eficaz, si debe considerarse roto el primer testamento o si el nombrado en el primero para ser sustituido en el segundo puede aceptar.

Veamos ahora los efectos de la cláusula codicilar con respecto al testamento en que consta ordenada sustitución vulgar.

Sabido es que por conjetura de la voluntad la sustitución vulgar no se extiende a la fideicomisaria, aunque el testamento en que aquélla se ordena contenga la cláusula codicilar, pues aunque por esta cláusula las palabras directas se interpretan como fideicomiso, esto debe entenderse solamente en el caso de establecerse una sustitución compendiosa, que implica tracto de tiempo futuro, pues en la compendiosa va incluida también la fideicomisaria. De donde se infiere claramente que el testador quiso sustituir por fideicomiso; y aunque las palabras directas rechacen esta interpretación, con todo, mediante la cláusula codicilar se da cumplimiento a la voluntad del testador. Otra cosa sería si en vez de compendiosa, la sustitución fuera específicamente vulgar, porque en ésta no va nunca implícita la fideicomisaria, a la cual no puede aquélla extenderse sin contravenir la voluntad del testador, que en ningún momento pensó en la sustitución fideicomisaria, y donde no hay voluntad, nada puede hacer la cláusula codicilar.

A pesar de estos y otros razonamientos, el cardenal opina que en todo caso por la cláusula codicilar la misma institución vale por derecho de fideicomiso. Todo lo escrito en el testamento que contiene dicha cláusula está en causa de fideicomiso, no sólo los legados y fideicomisos, sino también las libertades y la misma institución de heredero; luego, también la sustitución vulgar, pues el que lo comprende todo, a nada exceptúa, porque la sustitución vulgar también es institución.

A juicio de nuestro autor, cuando el testador escribió la cláusula

codicilar sería absurdo decir que, de haber lugar a su eficacia, quiso que sólo la tendría para que el instituído en el testamento nulo sustituya vulgarmente a los herederos abintestato del testador, siendo así que los codicilos sólo sirven para sustituir fideicomisariamente, y aunque en los codicilos se haga sustitución vulgar, aun con palabras directas y civiles, nadie duda que debe valer como fideicomisaria. Luego, también la sustitución vulgar que puede haberse ordenado en el testamento, en virtud de la cláusula codicilar se convierte en fideicomisaria.

No tiene que ver con lo que acaba de exponerse el siguiente caso que plantea el propio Mantica: el testador instituye a Ticio, y si éste no fuere heredero, le sustituye por Seyo, y si el testamento no vale como tal, valga como codicilo. Supóngase que, en efecto, el testamento no vale: al suceder Ticio abintestato, nadie dirá que tiene que restituir la herencia a Seyo por fideicomiso, porque Ticio era más apreciado por el testador, y si tuviera que restituir a Seyo, sería éste el predilecto, lo cual conduce al absurdo de considerar al sustituto de mejor condición que al instituído.

Supóngase esta variante en el caso anterior: otra persona más próxima al testador que Ticio sucede abintestato. Entonces los herederos legítimos del testador restituirán la herencia a Ticio, que de instituído pasa a sustituto fideicomisario, y al fallecimiento de éste pasarán los bienes a Seyo, que de sustituto vulgar se convierte en sustituto fideicomisario de segundo grado o llamamiento; y si los herederos abintestato del testador no restituyeran la herencia por fideicomiso a Ticio, porque éste no lo haya querido pedir o porque no haya podido, o porque esté ausente, es ciertamente verosímil que el testador por la cláusula codicilar quiso que su herencia hiciera tránsito al sustituto. Como el instituído no puede suceder ni adquirir la herencia por vía directa, porque el testamento no vale, síguese que aquélla, según voluntad del testador, debe ser restituida por fideicomiso a Seyo.

Pero quede bien sentado que por la cláusula codicilar la sustitución vulgar se convierte en fideicomisaria cuando la conjetura de la voluntad del testador no es contraria. Mas no ocurre así en nuestro caso, en que es patente la voluntad del testador hacia los sustitutos; o en el caso del póstumo que fué instituído y no vino a la

luz para poder adir, en que si la disposición no derivara al fideicomiso, dejaría de cumplirse la voluntad del disponente, porque ni el instituido ni el sustituto conseguirían la herencia.

Finalmente, no hace falta decir que si el testamento vale y Ticio acepta la herencia, se desvanece la sustitución vulgar, pues valiendo el testamento, es inútil la cláusula codicilar y, además, la aceptación de Ticio, al hacer inoperante la sustitución vulgar, excluye toda idea de extensión o derivación a fideicomisaria.

III. CONJETURAS SOBRE LA SUSTITUCIÓN VULGAR TÁCITA.

SU EFICACIA Y EXTINCIÓN

En un primer sentido puede llamarse sustitución vulgar tácita la que hasta cierto punto se apoya en palabras expresas, como si el testador dijera: «Ticio y Seyo, cualquiera de los dos que viva, sean mis herederos»; pues si viven los dos, ambos son herederos; si ha muerto uno, el sobreviviente será heredero de todo el as, considerándose sustituto vulgar por la tácita de la parte que hubiera correspondido al premuerto. El testador no ha ordenado de una manera específica y concreta esta sustitución, pero no puede dudarse que se funda en palabras expresas.

En un segundo sentido, se llama sustitución vulgar tácita la que carece en absoluto de palabras expresas, como la que se contiene en la sustitución pupilar expresa. En la sustitución pupilar expresa formulada en la expresión «si Ticio, mi hijo, fuere mi heredero y falleciere en la edad pupilar, le sustituyo por Seyo», de ningún modo ni en las palabras usadas, ni en la mente del testador se contiene una sustitución vulgar, porque la vulgar tiene como fórmula «si no fueres heredero», y aquí se dice «si Ticio fuere mi heredero». La vulgar contenida en la pupilar expresa no se apoya en conjetura *hominis*, sino *legis*, que se entiende haber querido suplir una omisión no deliberada; al contrario, supónese que si el testador hubiese pensado en el evento de que Ticio, su hijo, no llegara a ser heredero, por la misma razón que la pupilar, habría ordenado expresamente la sustitución vulgar. Por esto, la común opinión de los doctores admite que en la sustitución pupilar expresa se entiende im-

plícita la vulgar, llamada también por los autores presunta, más propiamente que tácita.

Sin embargo, contra esta común sentencia se ha alegado la siguiente poderosa razón: que si bien la vulgar expresa a favor del pupilo contiene una pupilar tácita, en el supuesto, naturalmente, de que el instituido siendo heredero muera impúber, no puede asegurarse lo contrario, o sea que la pupilar expresa implica una tácita vulgar, porque la pupilar se sucede al pupilo, mientras que por la vulgar se sucede al testador, el cual, si hubiese querido, se habría ordenado una sustitución.

Pero esta opinión en contra no convence a nuestro autor, el cual sólo en el caso de contraria conjetura de voluntad admite la exclusión de la vulgar en la sustitución pupilar expresa, por entender que la ley *jam hoc jure*, que regula esta materia se refiere a las dos, considerando el autor aún más justa la inclusión de la vulgar en la pupilar que ésta en aquélla.

Hay otra tácita sustitución vulgar que va implícita en la fideicomisaria; y aunque ésta requiere la adición de la herencia, este requisito no se exige ni puede en modo alguno darse en la sustitución vulgar comprendida en la fideicomisaria.

Se habla además de una sustitución vulgar mixta de tácita y expresa, que la técnica de Bartolo considera bajo un doble aspecto: uno, en cuanto al caso, y otro, en cuanto a las palabras. En el primer aspecto, dice Bartolo que la sustitución expresa en un caso singular se extiende también a otro caso no expresado, como por ejemplo, la sustitución expresa para el caso «si el instituido no quisiere ser heredero», abarca también el caso no expresado «si no pudiere», o al revés. En el segundo aspecto, la sustitución toma su naturaleza mixta de las palabras, que implican sustitución, en parte expresa y en parte tácita. Pero, como dice nuestro autor, estas son sutilezas que, más que para conseguir la verdad, parecen dirigidas a estimular la discusión y la controversia.

Por todo lo que anteriormente se ha dicho, vemos que la sustitución vulgar tácita unas veces resulta expresada en palabras generales, y otras veces no hay palabra alguna, sino que se infiere de un modo absolutamente tácito. A este proósito, plantea el autor la siguiente duda: si el testador dijere «instituyo a mi hijo, y si falle-

ciere en edad pupilar le sustituyo por Cayo», ¿existe aquí una sustitución vulgar tácitamente expresa o absolutamente tácita? El problema ofrece su interés, entre otras razones, porque si se entiende la sustitución vulgar completamente tácita, extinguida la pupilar expresa, verbigracia, por premorir el hijo al padre, se extingue también la vulgar, que siendo de condición absolutamente tácita depende de la pupilar. Pero si se entiende tácitamente expresa, o sea expresada con palabras generales, no específicas y concretas, que en esto se distingue la vulgar tácitamente expresa de la vulgar expresa, no se extingue por la extinción de la pupilar, porque entonces no depende de ésta, sino que subsiste por su propia fuerza.

En opinión de Baldo, aceptada por el cardenal y discutida por Rainucio, Viterbio, Ripa y otros doctores, se trata en el ejemplo expuesto de una sustitución compendiosa limitada al tiempo de la pupilar edad. El meollo de la discusión, que no podemos exponer, pues resultaría esto interminable, radica en si la compendiosa exige que la vulgar tácita comprendida en ella lo sea absolutamente, o si no deja de ser compendiosa, aunque la vulgar tácita tenga su fundamentación en palabras generales. El cardenal entiende esto último.

Veamos ahora brevemente algunos casos en que por conjetura de la voluntad la sustitución vulgar tácita no va implícita en la pupilar expresa.

Primeramente, y no es necesaria demostración alguna, cuando el testador estableció expresamente las dos sustituciones, pues es evidente que la sustitución expresa excluye a la tácita.

En segundo lugar, cuando el testador pensó en la sustitución y no la estableció, como si teniendo el testador dos hijos impúberes ordena sustitución vulgar para uno y pupilar para el otro.

En tercer lugar, cuando el sustituto, con capacidad para heredar los bienes del pupilo, no la tiene para heredar al testador, como es el caso del hijo espúreo. Pero observa el mismo autor que en este caso, más que la conjetura de la voluntad, actúa el impedimento legal.

Cuarta conjetura: sobreviviendo la madre del mismo testador, a no ser que sea sustituto alguno de los descendientes del testador, en cuyo caso por la misma conjetura de voluntad debe entenderse

la madre excluída por el sustituto. Recuérdesse una vez más para la explicación de esta conjetura, que el sustituto vulgar sucede al testador, no al pupilo.

Quinta conjetura: si separadamente y en el intervalo el padre ha ordenado sustitución pupilar, porque sucediéndose por la vulgar al testador, si esta sustitución pupilar ordenada después y separadamente implicara la vulgar tácita, resultaría el absurdo de que valdría un testamento hecho en dos tiempos diversos y sin unidad de contexto. En cambio, es lícita la sustitución pupilar ordenada por separado.

Sexta conjetura: cuando se ordenó sustitución pupilar a favor del vientre y el póstumo no nació, siguiendo en vida el testador. En tal caso, ocurrido el evento en vida del testador, de haber querido éste que la sustitución vulgar se diera, habría podido ordenarlo cambiando el testamento. Se ha producido en el supuesto de esta conjetura un hecho nuevo e imprevisto que hace muy violenta la interpretación de una sustitución vulgar tácita, cuando con un nuevo testamento todo quedaba en claro. Se presupone que, al no otorgarse, el testador ya contaba con la inexistencia de dicha sustitución.

En séptimo y último lugar, los coherederos sustitutos del hijo impúber no se entienden sustitutos vulgares por la tácita, porque estos coherederos tienen el derecho de acrecer, que ya implica una tácita sustitución.

En cuanto a la virtud o eficacia de la sustitución vulgar tácita, en términos generales puede decirse ser igual a la de la expresa, debiendo aquélla interpretarse conforme a la naturaleza y condiciones de la sustitución expresa, pero de la vulgar, no de la pupilar, pues ambas no se rigen por las mismas reglas. Recordemos una vez más que por la vulgar no se sucede al pupilo, sino al padre. Y si ocurriese que el padre y el pupilo muriesen a la vez, en incendio o naufragio, por ejemplo, el sustituto heredaría los bienes del pupilo por la pupilar y los del padre por la vulgar.

Debe notarse también que la tácita vulgar no exige la adición de la herencia para su confirmación, como lo exige la pupilar. Se dudaba si, cuando el pupilo fué instituido con algún coheredero, no suyo, sino extraño, fuese necesaria dicha adición, no por parte del mismo pupilo, al que se substituyó, sino del coheredero extraño, para

que la tácita sustitución vulgar quedara confirmada. La respuesta común es negativa.

Aunque la tácita vulgar vaya implícita en la pupilar, aquélla tiene el mismo carácter que ésta, es decir, es principal, no accesoria, y subsiste por sí misma, de forma que si se extingue la pupilar o ésta sea inútil desde un principio, no pasa lo mismo con la vulgar. Pero esto se entiende así solamente cuando la vulgar tácita se infiere de palabras de generalidad, no cuando es absoluta y rigurosamente tácita, en cuyo caso, según ya se indicó incidentalmente, la vulgar depende de la pupilar.

Hay alguna excepción, al principio, de que la tácita vulgar tenga la misma virtualidad y eficacia de la expresa, debido a que la expresa no exige que el instituido sea *haeres sui*, como la vulgar tácita, que va contenida en la pupilar expresa. Por lo que la tácita tiene una fuerza menor que la expresa, ya que no impide la transmisión de la herencia que tenga el carácter de *sui juris*, como la expresa.

Y vamos a ocuparnos brevemente de la última parte del enunciado, o sea, de los modos de extinguirse la sustitución vulgar tácita.

Tres hipótesis presenta el autor: a) si se extingue la vulgar tácita al llegar el pupilo a la pubertad sin haber sido aceptada la herencia; b) si la vulgar tácita expira como la pupilar expresa, premuriendo el pupilo al testador, y c) si desaparece la sustitución vulgar tácita, como pasa con la pupilar expresa, cuando el hijo ha sido emancipado por el padre.

a) Hay diversidad de opiniones. La de Baldo se razona así: o la sustitución pupilar se hizo limitándola a cierto tiempo, como «si mi hijo falleciere en la impubertad», y entonces ambas sustituciones caducan al advenir la pubertad, porque el difunto no quiso proveer para más allá; o la sustitución pupilar fué hecha simplemente y sin previsión de tiempo, como si el testador dijera «quienquiera que sea mi heredero séalo de mi hijo»; o la sustitución pupilar fué ordenada previendo más largo tiempo que la edad pupilar, como «si mi hijo muriere antes de cumplir los veinticinco años, sea heredero Ticio», en cuyo caso, aunque la sustitución pupilar termine al llegar la edad de la pubertad, sigue latente la sustitución vulgar tácita.

Sobre los dos últimos casos o alternativas no hay cuestión ni motivo de controversia.

Sobre el primer caso, o sea cuando la sustitución pupilar se limitó a la edad impúber, es comúnmente aceptada la opinión de Baldo en el sentido de que, al expirar la sustitución pupilar, caduque también la vulgar tácita. Pero Ripa se opone y sostiene con otros calificados doctores que la vulgar tácita no se extingue por la pubertad, a no ser que el hijo llegue a esta situación, viviendo aún el testador.

Esta opinión, opuesta a la de Baldo, descansa en el siguiente argumento: o el tiempo de la edad pupilar se entiende repetido en la vulgar tácita o no; si se entiende repetido, es evidente que la vulgar tácita no se ha extinguido, porque si el pupilo no fuese heredero al llegar a la pubertad sea heredero el sustituto y en consecuencia la sustitución empieza a surtir efecto a partir de la pubertad. Si no se entiende repetido, igualmente se sigue que la vulgar no expire al llegar la pubertad, si el hijo demorare por largo tiempo la adición de la herencia y después de la pubertad repudiare o se abstuviere. Pues, si alguien, replicando, dijere que el tiempo de la pubertad restringe la vulgar, no negativamente en cuanto a la adición o repudiación, sino en cuanto a la muerte del pupilo en este sentido «sino fuere heredero y muriere dentro de la edad pupilar», a esto podría responderse que tal interpretación es impropia y extraña a la sustitución vulgar, cuya propia condición y naturaleza es la de que el instituido no sea heredero.

A este razonamiento y a todo lo que se aduce para impugnar las contrarias alegaciones se adhiere plenamente el cardenal, para quien está fuera de duda que, contra la común opinión, la sustitución vulgar tácita implícita en la pupilar expresa no termina con la pubertad, aunque el testador la haya limitado al período de la impubertad. Solución tanto más admisible si se hubiere previsto un tiempo de duración más larga o se hubiese formulado sencillamente y sin previsión de tiempo.

b) En la hipótesis de morir el pupilo viviendo el padre, se distinguen tres situaciones: que la muerte del pupilo sea presunta, aparente, o fingida, o ignorada; es decir, que subsista la esperanza de la sustitución, en cuyo caso la vulgar tácita no se extingue y ha lugar a ella; que el hijo haya efectivamente muerto y el padre

sobreviva, pero por tan poco tiempo, que no le permita hacer un nuevo testamento y proveer a la nueva situación, en cual caso se entiende igualmente persistir la sustitución vulgar tácita; y que el padre sobreviva largo tiempo al hijo, de forma que hayà podido ordenar nuevo testamento, entendiéndose en esta situación extinguida la vulgar tácita junto con la pupilar, por presumirse que el padre no se quiso dar un nuevo sustituto vulgar.

El cardenal Mantica, si conforme con la solución dada a los dos primeros supuestos, no lo está con la del último, sosteniendo, por lo tanto, en esta hipótesis que consideramos, lo mismo que en la anterior, a saber, que la extinción de la sustitución pupilar no comporta la de la sustitución vulgar tácita que tiene lugar después de la muerte del pupilo, sea cualquiera el tiempo que le sobreviva el testador. En este tercer supuesto de larga sobrevivencia, observa agudamente nuestro autor que el padre testador, que se presume conoce las leyes, sabe que a tenor de su testamento hay designado por la tácita un sustituto vulgar a su hijo impúber, el fallecimiento del cual no le ha movido por razón alguna a otorgar un nuevo testamento, a no ser para rectificar la primera tácita voluntad. Es decir, retorciendo la argumentación contraria, que al no otorgar el padre un nuevo testamento es porque está conforme con la subsistencia de dicha sustitución pupilar tácita.

c) Pregúntase finalmente si la emancipación del hijo, así como extingue la sustitución pupilar expresa, comporta la desaparición de la tácita vulgar. Los que sostienen la afirmativa alegan, en primer lugar, que la pupila se entiende hecha con la condición de que el hijo permanezca en la potestad del padre, y concluyen en que, así como la falta de esta condición vicia la pupilar expresa, por la misma razón debe viciar la tácita vulgar.

A lo que contesta el autor que la condición de que el hijo haya de permanecer en potestad no fué expresa, aunque se considere necesaria respecto de la sustitución pupilar, que de otro modo no podría surtir efecto. Pero esta condición no es necesaria respecto a la sustitución vulgar tácita, que puede referirse a un extraño; luego la vulgar tácita se presume hecha sin dicha condición.

Se compara también el caso con el legado de cosa vendida, y se dice: así como el legado se entiende revocado por haber el testador

enajenado voluntariamente la cosa legada, así por la misma razón la sustitución vulgar tácita debe entenderse revocada por la emancipación, porque ésta se ha hecho también por la libre voluntad del testador.

A esto se contesta que el legado de cosa enajenada voluntariamente por el testador se entiende revocado porque no es verosímil que el testador quisiera gravar al heredero con la readquisición o sustitución de la cosa; en cambio, es más verosímil que el testador, al emancipar al hijo, quiso admitir al sustituto, a quien no hay razón para presumirlo excluido por dicha emancipación.

Haciendo caso omiso de otras alegaciones expuestas y refutadas, he aquí el último argumento de Mantica: «Así como cuando el hijo falleció viviendo su padre y, sobreviviendo éste largo tiempo, no se presume cambio de voluntad, ni se entiende cesar la conjetura en cuanto a la sustitución vulgar tácita, así también en el caso propuesto, por la emancipación del hijo no se destruye la conjetura de la sustitución vulgar tácita, y como no se entiende revocada la institución a favor del mismo hijo, no debe entenderse tampoco revocada la tácita vulgar, que, como la institución, forma parte del testamento del mismo padre, y así es como, a mi juicio, hay que concluir.»

IV. CONJETURAS SOBRE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR EXPRESA Y TÁCITA

Por regla general, la sustitución pupilar no se infiere de conjeturas, sino que hay que ordenarla de una manera expresa, porque nadie se entiende instituido heredero por conjetura.

En la duda se entiende hecha sustitución pupilar con preferencia a la fideicomisaria. Si el testador hizo mención especial de la edad pupilar se deduce que el testador quiso hacer sustitución pupilar; pero no basta la mención de la edad pupilar por sí sola, sino que se requiere que dicha edad sea puesta en condición para que se entienda ordenada sustitución pupilar, como en la fórmula «si mi hijo falleciere en la edad pupilar». El decir simple y demostrativamente «sustituyo a mi hijo impúber» no implica sustitución pupilar. Decir en la edad pupilar es igual que decir antes de la legítima edad de testar, y ambas expresiones se refieren a la sustitución pupilar.

Aunque por la sustitución pupilar se suceda al pupilo y en todos sus bienes, el sustituto se entiende también serlo en los del testador, y aunque sólo se mencionen los de éste como en la cláusula «si acontecere que mi hijo muere en la edad pupilar, quiero que mis bienes vayan a Ticio»; pues aunque a primera vista parece tratarse de una sustitución fideicomisaria, porque por fideicomiso se sucede en los bienes del testador, no obstante se entiende que tal cláusula lo es de sustitución pupilar, debiendo hacerse caso omiso de las palabras «mis bienes», considerando que todo se refunde en los bienes del pupilo instituido heredero.

Es de advertir que la especial mención de los bienes del testador deja de significar sustitución pupilar cuando el testador no ignoraba que el hijo tenía bienes propios, y aun para que signifique sustitución pupilar ha de ir acompañada tal mención de la condicional «si el hijo falleciere en la edad pupilar»; pues otra cosa es cuando se ordena una sustitución compendiosa que puede referirse lo mismo a la pupilar que a la fideicomisaria, en cuyo caso hecha sencillamente la sustitución y sin expresa indicación de edad se entiende ésta fideicomisaria.

Otra conjetura de sustitución pupilar, aun sin mencionar la edad pupilar del instituido, es que el testador disponga que *todos* sus bienes o *toda* su herencia vaya al sustituto, porque estas palabras son contrarias a la naturaleza de la sustitución fideicomisaria a causa de las detracciones por legítima y Trebeliánica propias de esta sustitución.

Las palabras directas añadidas a cosa cierta se interpretan como sustitución pupilar, como si el testador dejare a una hija cierta cantidad por derecho de institución y «falleciendo sin hijos, sea Tal tu heredero en aquella cantidad», si la hija fallece en edad pupilar, el sustituto lo es por derecho de sustitución pupilar y sucede no sólo en aquella cantidad, sino en todos los bienes de la hija fallecida. Pues así como la institución en cosa cierta, abstracción hecha de esta cosa, se entiende universal, la misma norma se aplica a la sustitución.

La fórmula «dejo mi hijo vivo o muerto a Ticio», se interpreta por benigna conjetura que Ticio se da como tutor y sustituto pupilar del hijo.

Otra conjetura de sustitución pupilar se produce cuando el testador, para después de la muerte del hijo impúber, divide sus bienes por cuotas entre los sustitutos, pues disponiendo de todos los bienes, se entiende haber querido sustituir pupilarmente. Pero es de advertir que esta conjetura es válida cuando el testador divide por cuotas hereditarias, no de bienes. Y también cuando las cuotas distribuidas pueden abarcar igualmente los bienes propios del pupilo; porque cuando se limita a los bienes del testador, la distribución por cuotas no puede significar sino sustitución restringida en los bienes del testador y ésta tendría el carácter de fideicomisaria.

Finalmente, la cláusula «que se entienda la disposición del mejor modo» o «valga del mejor modo posible» añadida al contexto de una sustitución, de la que se dudara si es pupilar o fideicomisaria, implica sustitución pupilar, pero no cuando dicha cláusula figure estampada en la última parte del testamento o al final de todas las sustituciones.

Con alguna extensión se ocupa Mautica de la sustitución recíproca entre impúberes hecha conjuntamente con la compendiosa. Se supone un testador con tres hijos, dos impúberes y uno púber, a los que instituye herederos y sustituye así: «si alguno de ellos falleciere en edad pupilar o cuando quiera que sea, le sustituyo por los sobrevivientes», y se pregunta si para el caso de que muera uno de los dos impúberes debe entenderse hecha sustitución pupilar.

Varias razones abonan una solución afirmativa. Si fueran dos herederos, uno púber y otro impúber y el testador los hubiese sustituido con palabras comunes, tal como «los sustituyó recíprocamente», se entendería hecha solamente una sustitución vulgar. Aun siendo los herederos personas impares y haciéndose también en forma brevilocua y con la palabra común «sustituyo», se entienden sustituidos todos en forma igual. Pero en nuestra fórmula la sustitución brevilocua no se ha hecho con palabra común que pueda convenir a todos por igual, ya que se dice «si alguno de ellos... cuando quiera que falleciere, sustituyo a los otros sobrevivientes», lo que quiere decir que se ordena la sustitución para cada uno en forma distributiva y debe interpretarse según la condición de cada uno, por lo que debe entenderse hecha sustitución pupilar para los hijos impúberes.

Añade Paulo el Castrense a esta razón que si bien la cláusula supuesta, como de sustitución compendiosa, abarca lo mismo las directas que la fideicomisaria, el mayor interés del pupilo consiste en que la sustitución ordenada para él sea la pupilar, porque ésta es favorable y la fideicomisaria implica gravamen.

Otro argumento en pro de la solución afirmativa lo proporciona Cornejo. El verbo «sustituyo», dice, recibe en la sustitución compendiosa diversas acepciones: pues contiene la vulgar, si la herencia no ha sido aceptada; la fideicomisaria, si ha sido aceptada y no tiene lugar la pupilar. Luego, si la diversidad de casos obliga a interpretar diversidad de especies de sustitución, a nadie debe extrañar que la diversidad de especies se aplique también a la diversa condición de las personas, y así la palabra «sustituyo» debe hacer referencia en unas personas a la vulgar y pupilar y en otras por tratarse de persona púber a la vulgar y fideicomisaria.

Finalmente, diciendo el testador: «si alguno de los hijos falleciere en la edad pupilar o después cuando quiera que sea», ciertamente la primera parte «si falleciere en edad pupilar» sería superflua si no significara sustitución pupilar, no debiendo admitirse que las palabras sean superfluas cuando conducen a una racional significación o disposición.

Pero, pese a estas y otras razones aducidas en favor de la sustitución pupilar, son muchos los autores que sostienen lo contrario, y se fundan principalmente en que la sustitución pupilar rompería la igualdad que entre los sustitutos debe observarse, no pudiendo entenderse hecha sustitución pupilar si ésta no conviene a todos por igual. Concluyen estos autores que la sustitución ordenada para la época de la impubertad debe entenderse directa si todos los hijos eran impúberes al confeccionarse el testamento; de otro modo hay que considerarla fideicomisaria, por la disparidad de personas y necesidad de una sucesión uniforme. En la duda, debe preferirse una determinación de igualdad, y esta regla es más potente que la que propugna la inteligencia de una sustitución pupilar, por ser ésta más favorable al impúber.

La opinión de Mantica se apoya en la siguiente distinción: o en la sustitución recíproca simultánea con la compendiosa se hizo indicación de tiempo y especial mención de la edad pupilar o no.

En el primer caso debe entenderse sustitución pupilar por concurrir dos razones o conjeturas: una, que la mención de la pupilar edad no debe suponerse ociosa o superflua; otra, que en la duda, la sustitución debe interpretarse directa por más favorable, cuyas dos razones juntas prevalecen sobre el argumento de la igualdad. En el segundo caso se impone este último argumento y no debe entenderse hecha sustitución pupilar.

Prosiguiendo en el estudio de las conjeturas que versan sobre la sustitución pupilar, dice Mantica que si bien debe presumirse hecha hasta que el instituido llegue a la pubertad, no hay duda que el testador puede restringirla y entonces no ha lugar a las conjeturas. Y si algún padre sustituyere así: «si mi hijo falleciere antes de los diez años, sea heredero Ticio; si antes de los catorce, Mevio», debe cumplirse la disposición separando los tiempos y admitiendo sólo a Ticio, si el fallecimiento se produce dentro de los diez años de edad del instituido.

Se entiende también que la sustitución pupilar se extiende de caso a caso. Por lo que, si el que tiene dos hijos impúberes ha nombrado a Ticio sustituto del que muera el último, muriendo ambos al mismo tiempo, por verosímil voluntad del testador se considera a Ticio heredero sustituto de los dos.

Como quiera que la sustitución recibe su sentido de la precedente institución, los que fueron sustitutos del hijo impúber se entienden serlo en las mismas partes en que fueron instituidos herederos. De modo que diciendo el testador «quienquiera sea mi heredero, y Ticio, sean herederos de mi hijo impúber», si fueren dos los herederos instituidos, cualquiera de ellos se entiende llamado a una tercera parte. Pero si el testador tuviera cuatro hijos, dos de su primera mujer y dos de la segunda, y de estos últimos uno púber y otro impúber, habiendo instituido a todos ellos por igual y sustituido al impúber; muerto el testador y, aceptada la herencia, muerto uno de los hijos de la primera mujer y muerto después el impúber en la edad pupilar, se pregunta cómo debe dividirse la herencia del pupilo, a lo que se contesta que la misma participación que tuvieran en la herencia paterna han de tener en la del pupilo, pero en la paterna el hijo de la primera mujer tiene dos partes: una por el testamento y otra por su hermano fallecido al que ha

sucedido abintestato con exclusión de su hermano consanguíneo sobreviviente. Pues bien; este hijo sobreviviente de la primera mujer tendrá dos partes en la herencia del pupilo, y el otro sobreviviente, a pesar de ser hermano de doble vínculo del impúber premuerto, tiene sólo una tercera parte en la herencia de éste, porque sólo tenía un tercio en la paterna.

Para resolver por conjeturas las dudas que se ofrecen en la sustitución pupilar conviene esclarecer también el punto relativo a si en dicha sustitución preside el afecto del testador o el del pupilo hacia la persona del sustituto. A primera vista parece que hay que considerar el afecto del pupilo con preferencia al del testador, porque mediante la sustitución pupilar se sucede en los bienes del mismo pupilo, de tal modo que esta sustitución equivale al testamento del hijo y se admite como si éste lo hubiera otorgado. Por lo tanto, según este punto de vista, habiendo duda sobre la persona del sustituto, parece tendría que preferirse a su presunto heredero abintestato. De lo cual también podría deducirse que si el testador tiene dos hijos de un primer matrimonio y otros dos de un matrimonio posterior y a todos los hubiere instituído y sustituído recíprocamente, si uno muriese en edad pupilar deba preferirse por sustitución pupilar a su hermano de doble vínculo, porque no se trata de la sucesión del padre al cual todos estaban unidos del mismo modo, sino de la sucesión del hermano impúber al cual está más unido su hermano germano.

Sin embargo, la casi unanimidad de los autores no opinan así, y para conjeturar en materia de sustitución pupilar se mira el afecto del testador, no el del pupilo, porque la ordenación la hace el padre, aunque la sucesión sea dada al hijo. Pero no como el hijo quiere, porque el hijo carece de voluntad, sino como quiere el padre a quien la ley concede la suprema ordenación del testamento.

Y así sucede que si el hermano del pupilo, igualmente hijo del testador, es sustituto vulgar del mismo pupilo, por la tácita pupilar excluye a la madre, porque la presunción es que el testador quería preferir el hijo a la mujer y la sustitución pupilar se interpreta por el afecto del testador, no el del pupilo. Y así como para la exclusión de una persona por conjetura de la voluntad se mira

a la persona y al sentimiento del testador, a iguales elementos se atiende para admitir a alguno.

Digamos, finalmente, unas palabras sobre la sustitución pupilar tácita, ya que, si bien generalmente, como se dijo al principio de este epígrafe, la sustitución pupilar, como directa que es, no se infiere de conjeturas, sino que hay que ordenarla de una manera expresa, hay alguna excepción a la regla general.

Martica distingue dos clases de sustitución pupilar tácita: una que se deriva de las palabras y pensamiento del testador, y otra que se infiere sólo del pensamiento del testador por interpretación de la ley.

La primera se llama tácita, aunque se derive de las palabras del testador, porque no tiene la forma de sustitución pupilar especialmente expresa, como si el testador dijere: «a mi hijo, cuando quiera que falleciere, sustituyo Ticio», la cual propiamente se llama una sustitución compendiosa. Igualmente, si el testador dijese: «a mis dos hijos impúberes instituídos herederos, los sustituyo recíprocamente», la cual propiamente se llama sustitución recíproca o brevilocua. En estas fórmulas no se expresa de un modo especial la forma de sustitución pupilar, porque el testador no dijo: «si mi hijo falleciere en la edad pupilar, le sustituyo...», que es la forma específica de la sustitución pupilar, por lo cual con razón aquéllas son fórmulas de sustitución pupilar tácita, derivada no sólo de la mente, sino también de las palabras del testador; porque tales palabras no la contradicen, sino que la suponen en su general sentido.

La segunda especie de sustitución pupilar tácita deriva solamente del pensamiento del testador por interpretación de la ley, para la cual las palabras del testador en modo alguno la hacen presumir, sino que más bien la contradicen. Pues si el testador dijere «si mi hijo no fuere heredero, séalo Ticio», Ticio no sólo se entiende sustituto vulgar para el caso de que el hijo no sea heredero, como las palabras expresan estrictamente; sino que también, si el hijo ha sido heredero y muere en la edad pupilar, Ticio se entiende sustituto para que suceda al hijo impúber por medio de una pupilar sustitución tácita que en modo alguno expresan las palabras, antes bien la ley lo infiere así por conjetura de la voluntad, aunque las

palabras lo contradigan. La ley, por una interpretación extensiva, cree que el testador no previó el evento de que el hijo, siendo ya heredero, muera en la edad pupilar, entendiéndose que de haber previsto este albur, para este caso también Ticio habría sido designado sustituto.

V. POR QUÉ CONJETURAS LA SUSTITUCIÓN PUPILAR TÁCITA SE
ADMITE CONTRA LA MADRE

Por conjetura no se entiende hecha sustitución pupilar tácita cuando sobreviva la madre del impúber, porque se interpreta que si el testador prefiere al sustituto en cuanto a su sucesión, en cambio, no es así tratándose de la sucesión del hijo. Pero esto se entiende cuando, bien con palabras expresas o mediante lícitas conjeturas no se considere que ha querido excluirla. ¿Cuáles son estas conjeturas?

Dice el cardenal que hay cuatro poderosísimas fuentes de donde pueden emanar: primera, de lo que el testador haya dicho fuera del testamento; segunda, de lo que dijo en el testamento; tercera, de la condición de la persona de la madre, y cuarta, de la condición de la persona del sustituto. Hablemos brevemente de cada una de ellas.

1.^a Si el testador, fuera del testamento ha dicho no querer que, al morir el hijo, la madre perciba el más insignificante óbolo, o manifestase esto mismo con palabras parecidas, pueden éstas ser suficientes para probar la voluntad del testador de preferir el sustituto a la madre en la sucesión del pupilo. Podría alegarse que si estas palabras han sido pronunciadas antes de confeccionarse el testamento, no excluyéndose en éste a la madre, podrían tomarse como dichas en el calor de la ira, no debiendo dárseles mayor trascendencia. Pero se responde a esto que inquirir si las palabras fueron pronunciadas en un momento de arrebato es querer adivinar, cuando las palabras ya son de por sí lo bastante significativas. Ni es obstáculo que el testador al hacer después su testamento no haya hecho sustitución pupilar expresa, porque sabiendo que por autoridad de la ley se entiende sustitución pupilar tácita, no tuvo por qué expresarla.

En esta pugna de opiniones, el cardenal emite la suya con mucha parsimonia. Considero, dice, que cuando el testador dijo: «si mi hijo falleciere no quiero que su madre perciba ningún óbolo», esto puede cómodamente interpretarse, si el hijo muere viviendo el padre y se tratare de la sucesión del mismo testador; pero tratándose de la sucesión del hijo, la madre sucede al hijo juntamente con el padre. Por lo que de aquellas palabras no debe inferirse que el testador haya prohibido que la madre suceda al hijo impúber si después de muerto el padre falleciere el hijo en edad pupilar; y como en los bienes del hijo se debe a la madre la legítima, en la duda no es de creer que el testador la haya querido excluir de la sucesión del hijo. Pero, añade, hay que confesar que de las palabras pronunciadas antes del testamento puede derivarse legítima conjetura para probar que el testador quiso excluir a la madre por la sustitución pupilar tácita, si bien conviene considerar con todo cuidado cuáles fueron las palabras pronunciadas y si lo fueron reflexivamente o no, por qué motivos y para qué objeto. De este modo podría fácilmente deducirse si quiso o no excluir a la madre; y, en último caso, como cuestión de conjetura de voluntad, es asunto de la estimación del juez, que, como se sabe, está plenamente facultado para deducir por legítimas conjeturas.

2.º Mediante palabras escritas en el testamento puede conjeturarse la voluntad de excluir a la madre por la sustitución pupilar tácita, como si el testador dejare algo a la madre del pupilo y mandase que ésta había de conformarse con lo que se le dejaba, de forma que nada más pudiese pedir de sus bienes.

Se discute a este propósito si el testador se refiere a los bienes del hijo o a los suyos propios. Si es a los bienes del hijo, se alega que no puede prohibirse a la madre pedir el suplemento de legítima, a lo que se replica que mediante la sustitución pupilar puede el padre privar a la madre de la legítima en la herencia del hijo fallecido impúber, pero duplican los contrarios que esto puede ser por medio de la sustitución pupilar expresa y aquí se trata de la tácita. Y si la cláusula se refiere a los bienes del testador, se alega su vacuidad por cuanto la madre del pupilo ningún derecho tiene sobre la herencia de su marido, a lo que también se contesta que la pertenencia de los bienes no interesa en esta cuestión, porque en cierto

modo los bienes del pupilo pueden confundirse con los del testador, ya que mediante la sustitución pupilar, a éste corresponde disponer de todos ellos.

La posición de Mantica en estas disputas se fija así: sucediendo la madre abintestato al hijo impúber, nada pide ni de los bienes del testador ni de los del hijo, sino que los toma por su propia autoridad; pero si el testador dijere que nada más puede reclamar la madre de sus bienes, entonces surge la duda. Pero la sentencia probable y más benigna es que la madre no se considere excluida de la luctuosa sucesión del hijo; pues aunque el testador prefirió el sustituto a la madre en cuanto a su sucesión y en cuanto a ésta no quiso pudiera reclamar nada, no se sigue que en la sucesión del hijo se entienda haber querido anteponer el sustituto a la madre. Por lo que, teniendo la madre derecho a la legítima y no habiendo por qué desviarse de la propia significación de las palabras, la expresión «de sus bienes» debe entenderse de los bienes del mismo testador, no de los del pupilo.

3.^a Otro origen de conjeturas para entender excluida a la madre por la sustitución pupilar tácita se halla en la condición de la misma madre, pues si la madre no guardare al testador la fidelidad debida, puede colegirse que el testador haya querido excluirla por la tácita pupilar. Otro ejemplo: que la madre no tenga capacidad para ser heredera del pupilo porque no pidió que se le proveyera de tutor. Pero esto se refuta porque si al confeccionarse el testamento la madre era capaz, porque aun no había cometido el agravio de no solicitar el nombramiento de tutor para el hijo, no es verosímil que al establecer el testador sustitución vulgar quisiera excluir a la madre por la pupilar tácita. Pues si es cierto que, fallecido después el testador, su voluntad no debe haber variado; luego, aunque la madre sea después incapaz, no debe admitirse el sustituto por la tácita pupilar, sino que debe entenderse que el pupilo falleció intestato. Otro ejemplo que se aduce en esta fuente de conjeturas es que la madre, después de la muerte del pupilo, haya llevado vida deshonesta, sosteniéndose que en este caso se la considera indigna de suceder; pero no es tampoco adecuado este ejemplo, porque si la madre sucedió al hijo y después cometió estupro, ni por el hijo ni por el sustituto se la puede ya excluir.

En este lugar se pregunta oportunamente si por contraer segundas nupcias la mujer del testador haya de ser ésta excluída de la herencia del hijo por la tácita pupilar. Evidentemente ello es así cuando el testador la nombró usufructuaria con la condición de conservarse viuda o cuando de las palabras del testamento se infiera esto por haberle dejado alguna cosa ordenando se la prive de la misma si contrae nuevo matrimonio; pero no siendo así, falta la conjetura, porque ninguna ley excluye a la madre de la herencia de su hijo por contraer segundas nupcias. Ni es obstáculo a esto el que los hijos del primer matrimonio se consideren agraviados por el segundo matrimonio de su madre o que el alma del marido difunto se contriste, porque según la común opinión de los doctores, no hay tal injuria ni causa para que se presuma que el testador haya querido privarla de suceder al hijo mediante la pupilar tácita, a no ser que aquél haya dejado alguna manda a su mujer bajo la condición de no convocar a segundas nupcias, porque entonces ya esto se realiza contra la expresa voluntad del mismo marido y es admisible, por tanto, la conjetura.

4.^a Finalmente, la persona del sustituto puede ser también origen de conjeturas en cuanto a la exclusión de la madre mediante la pupilar tácita. Por la condición del sustituto debe entenderse por conjetura, que el hermano del pupilo e hijo igualmente del testador, cuando sea nombrado sustituto vulgar excluye a la madre por la pupilar tácita, porque se presume que el testador quiso preferir el hijo a su mujer. Y no hace al caso que lo prefiera respecto de sus bienes, porque quien es generoso con sus bienes propios, lo es mucho más con los ajenos, si está en su mano disponer de éstos. Fúndase también el ejemplo en que el hermano es llamado a la sucesión intestada del impúber junto con la madre, y si es sustituto, lo está también a los bienes de éste en virtud de la sustitución; luego, la preferencia a la madre se basa en un doble título.

Comparte el autor esta solución, porque nada hay superior al amor paterno y, por lo tanto, el singular afecto y caridad hacia los hijos hace que en la sustitución vulgar vaya implícita la pupilar, a no ser que otra persona sobreviviente, por verosímil voluntad del testador, excluya a la del sustituto, y no es la madre del testador esta persona.

Lo que se dice del hijo no debe extenderse al hermano del testador, porque no es tan vehemente la presunción hacia la persona de éste, que ni para conservar la asignación debe ser preferido a la madre del pupilo. Pero si el hermano del testador, para el caso de fallecer el hijo del impúber, ha sido nombrado sustituto de éste con palabras comunes, por legítima conjetura de la voluntad debe interpretarse dicha sustitución pupilar, mejor que fideicomisaria.

Pregúntase: si la madre del testador fuere sustituta, por conjetura de voluntad, ¿debe entenderse que por la pupilar tácita excluye a la madre del pupilo? La solución es igual a la que se ha dado respecto al hijo del testador, porque igualmente sucede aquélla al pupilo ab intestato como el hijo del testador hermano del pupilo, y el mismo favor se concede a los hijos que a los ascendientes, ya que en la tácita pupilar no se considera prelación en el derecho de suceder ab intestato, sino el afecto y voluntad del testador; de otro modo la madre nunca podría ser excluída, porque nadie la antecede en la sucesión intestada del hijo.

Por último, se pregunta si la madre puede ser excluída por una causa pía, y se contesta afirmativamente, porque lo dejado a una causa pía se entiende dejado al alma del testador y se presume que éste antepusiera el afecto de su alma al de su mujer, ya que el alma es superior a todas las personas y cosas.

VI. CONJETURAS SOBRE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

Lo primero que se inquiera es si la sustitución vulgar hecha expresamente al hijo furioso o demente contiene por conjetura de voluntad sustitución ejemplar tácita, como hemos visto que implica otra pupilar tácita la sustitución vulgar hecha al impúber.

Contesta Bartolo afirmativamente si el hijo era ya enfermo mental cuando se otorgó el testamento. Cree en cambio Ripa que esta solución se impone aún en el caso de que el hijo estuviese sano al tiempo de otorgarse el testamento, porque se presume que el testador proveería a cualquier triste evento, si pensara en él, y por lo tanto, si al otorgar testamento hubiese pensado que su hijo pudiera perder el juicio y morir en tal estado, habría ordenado sustitución

ejemplar. Pero se arguye: ¿cómo podría, si la sustitución ejemplar no puede hacerse para un hombre sano de mente? A lo que contesta que no se trata aquí de sustitución ejemplar expresa, sino de subentender una tácita ejemplar dentro de la vulgar expresa.

Separándose de las opiniones de Bartolo y de Ripa, el cardenal Mantica sostiene que no debe entenderse la tácita ejemplar si el hijo estaba loco al otorgarse el testamento y sí sólo en el caso de que haya enloquecido después, viviendo el testador. Porque, si estando loco al otorgarse el testamento, el testador no hizo sustitución ejemplar expresa es porque no quiso, toda vez que la situación del hijo tuvo que moverle a pensar en ello. En cambio, si estando sano el hijo y después, vivo aún el testador, se volvió loco, al ordenar sólo sustitución vulgar y no ejemplar expresa es porque no había razón para pensar en el evento de la locura y, en consecuencia, por conjetura de la voluntad se entiende implícita en la vulgar la ejemplar tácita, porque si el testador hubiera previsto el caso lo habría hecho.

Esto ha de entenderse, sin perjuicio de conjeturas contrarias. Si el testador deja un hijo demente y otro sano, y a los dos sustituye recíprocamente, por la disparidad de condiciones, se entiende ordenada la vulgar, ya que la sustitución recíproca hay que interpretarla en el sentido de que a todos los sustitutos sea aplicable del mismo modo, a no ser que evidentemente aparezca que el testador aun en este caso quiso establecer sustitución ejemplar para el furioso, porque por interpretación de la voluntad la sustitución se entiende en sentido extensivo.

Una segunda duda se ofrece, a saber: si en la sustitución pupilar expresa se contiene la ejemplar tácita. Parece imponerse la afirmativa, porque si la sustitución pupilar expresa contiene la tácita vulgar, con mayor razón debe comprender la tácita ejemplar, más semejante a la pupilar, siendo conocida también con la denominación de cuasi pupilar. Pero Bartolo distingue: o la pupilar fué hecha con limitación de tiempo, y entonces después de la pubertad, caducan todos los efectos de esta sustitución, o se hizo sin hablar de tiempo, y entonces, si se hizo al hijo impúbero constituido en potestad, vale la sustitución, como pupilar durante la impubertad, y como ejemplar después de la pubertad, pues si llegada ésta no pueda

valer como pupilar, valdrá como pueda valer, y por consiguiente como ejemplar. Pese a los reparos que se oponen a esta distinción, el cardenal parece en el fondo conforme con ella.

Tercera cuestión: si la sustitución ejemplar expresa contiene la vulgar tácita. Se contesta unánimemente en sentido afirmativo por la misma razón de figurar implícita la vulgar tácita en la pupilar expresa.

Cuarta: si la sustitución ejemplar hecha para un determinado caso puede por conjetura de la voluntad extenderse a otros casos análogos. Como si el testador hubiese sustituido por la ejemplar al hijo furioso que estaba demente al otorgarse el testamento para el caso de morir en tal estado, y después sana de la demencia, pero adviene pródigo o sordomudo, incapacitado para testar. En opinión de Bartolo, que comparte el autor, así como la vulgar hecha para un caso, por ejemplo, premoriencia, se extiende a otro, *verbigratia*, incapacidad de heredar, así también la ejemplar debe interpretarse en sentido extenso y abarcar casos no previstos.

Se inquiere, en quinto lugar, si la ejemplar tácita excluye a la madre. Se contesta en forma parecida a lo que ocurre con la sustitución pupilar: si el sustituto es otro hijo del testador, hermano del instituido, la excluye; si el sustituto vulgar es una persona extraña, sobreviviendo la madre, queda en sustituto vulgar y no hay sustitución ejemplar tácita.

Otra duda: si la sustitución ejemplar hecha en ciertos bienes se extiende por conjetura de la voluntad a todos los bienes del demente. En opinión de Baldo, cuando la sustitución ha sido hecha con palabras civiles directas, como «sea heredero» o «instituyo heredero», debe contestarse afirmativamente, o sea, la existencia de una sustitución directa y universal, pero si la cláusula está concebida en palabras no civiles, como «tened», «tomad», se interpreta como legado.

Finalmente, puesto que desaparecida la locura se extingue también la sustitución ejemplar, pregúntase si volviendo aquélla la sustitución ejemplar reaparece y se convalida por conjetura de la voluntad.

En opinión de Bartolo, impugnada por Decio y otros, la sustitución no se extingue aunque cese la locura, sino que se considera

en suspenso y reaparece con la enfermedad, si el instituido no vuelve a sanar. Hay una opinión intermedia, sostenida por nuestro autor, que considera extinguida la sustitución si la demencia reaparece después de largo tiempo, porque durante éste pudo el sustituido hacer testamento, y el no hacerlo debe interpretarse en el sentido de que es su voluntad que los bienes pasen a sus legítimos herederos. Si, por el contrario, el período de salud mental ha sido breve, se entiende, con la opinión común, que la sustitución permanece en todo su vigor.

JOSÉ SERVAT

Registrador de la Propiedad

(Concluirá.)

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

ALCALÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID