

CAPITULO VII.

De las substituciones. (1)

SECCION I.—De las substituciones prohibidas.

§ I. NOCIONES GENERALES.

389. El artículo 896 dice: “Están prohibidas las substituciones. Será nula toda disposición por la cual el donatario, el heredero instituido ó el legatario queden encargados de conservar y de entregar á un tercero.” Esta es la substitución llamada fideicomisaria, de uso tan frecuente en el derecho antiguo. Las substituciones eran el fundamento más sólido de la aristocracia, y la nobleza era inseparable del trono. Así lo hizo notar Montesquieu. En el capítulo en que examina cómo las leyes son relativas á su principio en la monarquía, dice que ellas deben esforzarse por sostener á la nobleza, y que el mejor medio para conseguirlo, está en establecer las substituciones como prerrogativa particular de la nobleza misma, porque las substituciones conservan los bienes en las familias y le dan á la

1 Thévenot, *Tratado de las substituciones fideicomisarias*, un volumen en 4° (París. 1778). Rolland de Villargues, *De las substituciones prohibidas*, un volumen en 8°, 2ª edición (París, 1821).

nobleza una base tan firme como lo es el suelo. Las substituciones se relacionaban con el derecho de primogenitura, como lo hace notar también Montesquieu, diciendo que está bien que en las monarquías, el padre deje la mayor parte de sus bienes al mayor de sus hijos. (1) Tal es el origen de las substituciones perpetuas, en que se daban ó legaban los bienes al hijo mayor con la obligación de conservarlos y entregarlos á su hijo también mayor, quien á su vez, los entregaría al suyo, y así hasta lo infinito. Las substituciones perpetuas ofrecían un gran inconveniente, que era el dejar fuera del comercio una parte considerable del tercero. Tratóse entonces de remediar el mal, limitando las substituciones á dos grados; (2) pero nada pudieron las leyes contra la influencia de las costumbres, porque jamás el segundo substituto que recibía los bienes dejaba de renovar la substitución, por manera que de hecho llegaba á ser perpetua, por más que de derecho fuera sólo temporal. (3) Estrechamente unidas con la constitución aristocrática del antiguo régimen, las substituciones debían caer con la antigua monarquía. La ley de 14 de Noviembre de 1792, prohibió toda substitución, como incompatible con el régimen democrático que se inauguró en 1789; abolida la nobleza, era menester destruir la fuerza que tomaba de sus inmensas posesiones, y hé ahí por qué se dió efecto retroactivo á la ley de 1792.

Cuando infiel al espíritu de 1789, reconstituyó Napoleón la monarquía, quiso también, á imitación del antiguo régimen, restablecer las substituciones. Se crearon, pues, los mayorazgos, por el senado consulto de 14 de Agosto de 1806; la nueva edición del código civil que se hizo en tiempo del Imperio, sancionó aquella vuelta al pasado. ¡In-

1 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, libro 5º, capítulo 9º.

2 Estatuto de Orleáns, 31 de Enero de 1560.

3 Bigot-Préameneu, Relato de los motivos, núm. 3 (Loaré, t. 5º, pág. 313).

útil tentativa! Nunca se puede ir contra la corriente de los tiempos. Los mayorazgos cayeron con el Imperio en Bélgica. También en Francia trató la restauración de reponer el antiguo régimen con su nobleza y sus substituciones; pero también la ley de 17 de Mayo de 1826 fué tan impotente como el acta imperial de 1806; el porvenir es para la democracia; guste ó no, es un hecho, y hecho providencial, contra el cual necesariamente han de estrellarse los esfuerzos de los hombres del pasado. Todas aquellas leyes reaccionarias han quedado abrogadas (1) y la bola democrática va aumentando; hay que hácerle un lugar en la sociedad si no se quiere que, desbordándose, lo destruya todo.

390. No por razones de política nada más, conservaron los autores del código la abolición de las substituciones. No estaba más en privanza que ahora, en 1803, la democracia; algunos años después, el primer cónsul, constituido en Emperador, hizo por restablecer lo que acababa de quedar abolido. Pero había otras muchas razones para abolir un orden particular de sucesiones y lastimaba todos los intereses y chocaba con todas las ideas de moralidad. Las substituciones sacrificaban el interés de la sociedad á un interés de castas; porque, á decir verdad, no eran la dignidad y la nobleza más que una clase que explotaba á Francia. Nació en el siglo XVIII una nueva ciencia, que era la expresión de necesidades también nuevas, la economía política, la cual vino á enseñar como axioma que debe estar completamente libre de trabas la circulación de bienes; la libertad favorece, así á los vendedores como á los compradores, y favorece á la riqueza general dando á los poseedores del suelo el crédito que les asegura su fortuna, y transmitiendo los bienes á quienes mayor aptitud tienen para su explotación. Nada, pues, más opuesto al interés común,

1 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 35, pfo. 695.

como las substituciones, que concentran la mayor parte del suelo en determinadas manos y le ponen fuera del comercio. Los hechos han venido á confirmar las enseñanzas de la ciencia; desde que entraron en circulación las inmensas posesiones de la nobleza, adquirió Francia el grado de prosperidad material que le aseguraron la fertilidad de su suelo y la actividad de sus poblaciones. Nada más natural. El hombre no se dedica á la tierra sino con la condición de tener absoluta propiedad en ella; el que sólo posee temporalmente, no emprenderá trabajos de los cuales no está llamado á gozar, pues si goza es como usufructuario, agotando sus propiedades para sacar más frutos de los que debiera dar. Los nobles, disipadores por naturaleza, desolaban las tierras para arbitrarse los medios de proveer á sus insensatos gastos. “Cada individuo gravado con la substitución, dice Bigot de Préameneu, no siendo más que simple usufructuario, tenía un interés opuesto al de toda mejora; sus esfuerzos tendían á multiplicar y anticipar los productos que pudiera sacar de los bienes substituidos, con perjuicio de los que fuesen llamados después que él y que buscarían á su vez una indemnización en nuevas degradaciones.” (1) Se preguntará cómo puede un padre degradar unos bienes que está llamado á recibir su propio hijo. Todo lo explican las malas pasiones nacidas de la ociosidad y del orgullo. Véase lo que pasa en Inglaterra. “Muchas ocasiones, dice la *Revista de Edimburgo*, han ofrecido nuestros tribunales el repugnante espectáculo de un padre que poseyendo algunos bienes substituidos á favor de su hijo, ha salido condenado á no seguir devastándolos, á instancia del hijo mismo.” (2)

391. Las degradaciones tienen un límite, pero no las pa-

1 Real, en el consejo de Estado, sesión del 30 nevoso, año 11, número 8 (Loché, t. 5º, pág. 212). Bigot-Préameneu, Relato de los motivos, núm. 3 (Loché, t. 4º, pág. 313).

2 *Revista británica*, 1826, t. 1º, pág. 161.

siones. Devastando, y todo, los bienes instituidos, siempre salían adeudados los que tenían encima la carga de la substitución. Los acreedores contaban con la opulencia de sus nobles deudores; pero esa opulencia era pasajera y, al morir éstos, pasaban sus inmensas riquezas á los substitutos. ¿Quién pagaba entonces las deudas? Los substitutos, como tales, no estaban obligados á ello. Verdad que eran herederos y los acreedores tenían algún derecho para contar con la honorabilidad de quienes siempre tenían en los labios la honra. Bigot-Préameneu nos vá á decir lo que sucedía: “Aquellos que ya estaban cargados con los despojos de sus familias, tenían la mala fe de abusar de sus substituciones para despojar de ese modo á sus acreedores. Los grandes gastos que hacían eran para que se creyera en grandes riquezas; el acreedor que no estaba en condiciones de conocer los títulos de dominio de su deudor, ó bien descuidaba conocerlos, era víctima de su propia confianza; y en las familias en que las substituciones conservaban las más grandes masas de fortuna, cada generación salía marcada siempre con el estigma de una vergonzosa quiebra.” ¡Y eso no obstante, eran nobles los que faltaban á un honroso deber negándose á pagar deudas que su padre había contraído! ¡Y, si hemos de dar crédito á Montesquieu, identificábanse el honor y la nobleza! Y aquellos nobles decían al acreedor de su padre: “Nada os debemos puesto que, en nuestra calidad de substitutos, recibimos todos los bienes que poseía nuestro padre, pero, conforme á esa calidad, no estamos obligados á pagar deudas. Lo estaríamos como herederos; mas hemos renunciado á la herencia de nuestro padre.” Los hijos del deudor insolvente eran millonarios y los acreedores del difunto eran despedidos por aquellos deudores nobles. ¡Honrosa quiebra! exclamaba Bigot-Préameneu. Si la antigua sociedad aristocrática era la que hacía bancarrota, y hé ahí por qué fué des-

truida en 1789. Mejor dicho, estaba ya podrida y caía disuelta.

Para que no se acuse de injusta á la democracia moderna con la aristocracia su antecesora, transcribimos un pasaje muy curioso y decisivo de Savary. (1) “Lo primero á que se tiene que atender al vender á crédito, es la seguridad que haya de prestar á individuos que piden la mercancía para pagarla después, como por lo general lo hacen los *príncipes*, los *grandes señores*, la *nobleza* y otros que desempeñan grandes cargos. Tal seguridad consiste en saber si no están demasiado cargados de deudas sus establecimientos, si sus bienes no están *substituidos*... Porque con verdad se puede decir que las *más de las quiebras* que sufren los comerciantes al por menor, proceden de que insensiblemente se han ido comprometiendo á prestar á personas cargadas de deudas y cuyos bienes estaban substituidos; de modo que no pudiendo reembolsarse de lo que se les debe, síguese para ellos como resultado el desorden. *Infinidad de ejemplos* podría yo citar si no temiese ofender á nadie.”

392. El primer cónsul confesó, en el consejo de Estado, que las substituciones se oponían á las buenas costumbres. En efecto, la moralidad descansa en la familia; mas ¿qué es de la familia en el sistema de las substituciones? Réal dice que él, ese sistema, reemplaza en el corazón del padre de familia el amor paterno con el orgullo, y el amor á sus hijos con el amor á su posteridad. Tiempo há, añade, que se viene notando cómo aquellos á quienes más atormentaba el amor á la posteridad eran precisamente los que menos cuidado tenían de sus hijos. Eran aquellos unos padres semejantes á los filántropos de quienes se burla Rousseau: que amaban una posteridad no conocida, dispensán-

1 Savary, *El perfecto negociante*, dedicado á Colbert (1669), edición del año VIII, t. 1º, pág. 314.

dose de amar á sus propios hijos. Pretendíase que las substituciones conservaban las cosas; cierto, pero destruían las familias sacrificando á todos los hijos en favor del mayor, reduciendo á la pobreza á los menores y sembrando entre hermanos y hermanas, eternos gérmenes de discordia y mala voluntad. (1)

Respecto de los efectos desastrosos de las substituciones, hay que escuchar á quienes de cerca los presenciaron. Bigot-Préameneu, el orador del Gobierno, dice que no sería posible vicio mayor en la organización de las familias que el de tener en la nada á todos sus miembros para dar gran existencia á uno solo de ellos, y reducir á los que la naturaleza hizo iguales, á la necesidad de implorar el socorro y favor del poseedor de un patrimonio que debería ser común, y cuando casi siempre se buscaba en vano ese apoyo. De ahí las discordias y los litigios. Los que eran sacrificados, desheredados y despojados, no tenían otro recurso que promover disputas, ora acerca de la interpretación de la voluntad, ora en cuanto á la composición del patrimonio, ya respecto á la parte que podían sacar de los bienes substituidos, ya, por último, sobre la omisión ó la irregularidad con que se habían observado las formalidades que se requerían. (2)

Triste recurso es el de los litigios, que con tanta frecuencia arruinan á los que ganan, lo mismo que á los que pierden. ¿Qué llegaba á ser de aquellos hijos sin bienes de fortuna, ni amor al trabajo, ni profesión? Que para proporcionarles medios de subsistir, se viciaba la organización del Estado después de haber viciado á la familia. No hablamos aquí de las hijas: las desgraciadas no tenían más recurso que abrazar la vida del claustro por haber nacido

1 Sesión del consejo de Estado del 14 pluvioso, año 11, núms. 13 y 14 (Loaré, t. 5º, pág. 217).

2 Bigot-Préameneu, *Exposición de los motivos*, núm. 4 (Loaré, tomo 5º, pág. 313).

hembras. En cuanto á los hijos de familia, un escritor inglés nos va á decir lo que se hace con ellos en un país gobernado por la aristocracia. Se crean empleos para favorecer á los hijos de las grandes casas, ó se mantienen esos mismos empleos aun cuando ya no tengan razón de ser; con el mismo fin, se conservan las colonias, inútiles y ruinosas para la metrópoli, á efecto de colocar en ellas á los hijos menores de familias poderosas; y véase por qué razón se ve con tanta frecuencia que los jóvenes ponen á prueba sus talentos diplomáticos cerca de una pequeña corte con un tratamiento extravagante. Otros sientan plaza en el ejército, cuyo estado mayor se aumenta desmesuradamente, á fin de hacer lugar á los hijos segundos, en tanto que hay veteranos á medio sueldo. Abusos que no se pueden atacar impunemente. (1)

393. Están prohibidas las substituciones. En el derecho romano gozaban de favor con el nombre de fideicomisos. Excusado es decir que lo mismo acontecía en el antiguo régimen mientras las costumbres fueron aristocráticas. ¿Se debe interpretar el código por la tradición? Merlin responde que harán bien los jueces, aun no teniendo el derecho romano más que como razón escrita, con tomarle hasta por regulador de sus resoluciones. Porque habiéndonos venido del derecho romano la substitución fideicomisaria, conforme á la romana será como aquellos que, ignorando la nueva legislación, ó rebeldes á su autoridad, harán todavía substituciones fideicomisarias. Merlin es el jurisconsulto tradicional por excelencia, y muchas ocasiones le ha cegado la tradición. El mismo nos va á decir cómo, en nuestro derecho moderno, hay que seguir una regla de interpretación absolutamente distinta de la que se aplicaba entre los romanos. Las leyes romanas, favorables á los fideicomisos, interpretan las disposiciones dudosas de mo-

1 *Revista británica*, 1826, t. 1º, pág. 102.

do que produzcan algún efecto, aplicando la regla de interpretación de que se reputa que nada inútil escribió el testador al formalizar su última voluntad. Nada más lógico en una legislación que favorece las substituciones fideicomisarias; pero se deberá seguir en el derecho moderno la misma regla de interpretación? Lejos de favorecer las substituciones, nuestro Código las prohíbe, llegando hasta anular la institución, para con más acierto herir á la substitución. Si, en este nuevo orden de ideas, fuéramos á aplicar la regla romana, llegaríamos á destruir las disposiciones del testador. Hay otra regla de interpretación, tomada también del derecho romano, que debe prevalecer, y es la que formula el art. 1,157 en estos términos: "Cuando una misma cláusula es susceptible de dos sentidos, debe interpretárla más bien en aquel en el cual pueda producir algún efecto que en el otro, con el que no produciría ninguno." (1) La oposición contra la prohibición de las substituciones, de que habla Merlín, tiende á desaparecer; si todavía hacen los testadores substituciones fideicomisarias, no es tanto por ir contra la ley cuanto por ignorancia, á veces por la ambición, que parece natural en el hombre, de querer disponer de su fortuna para después de muerto. En todo caso, no es posible suponer que el testador quiera desafiar á una ley que, más poderosa que él, anula todo lo que él intente hacer con menosprecio de sus prohibiciones. Así, pues, no se puede admitir fácilmente que el testador haya querido violar la ley, ni hacer una disposición que ella ataca de nulidad. La consecuencia es que si puede interpretarse una disposición, ora como substitución ora como disposición válida por otro título, no hay que ver en ella una substitución. (2) Más adelante veremos cómo también esta regla tiene sus inconvenientes; en fuerza

1 Merlín, *Repertorio*, palabra *Substitución fideicomisoria*, sec. 8º, número 7 (t. 22, pág. 156).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 11, nota 3, pfo. 694.

de querer mantener los actos de última voluntad, se da efecto á los que contienen realmente substituciones prohibidas; y de ahí las grandes dificultades que hay en este punto. A nuestro juicio, es menester no interpretar los testamentos con el designio preconcebido de revalidarlos; es menester ver si la disposición presenta los caracteres que distinguen la substitución fideicomisaria; que, si los presenta, debe anulársela sin hacer por revalidarla á toda costa. Toca á los que dirigen á los testadores, ilustrarlos en cuanto á las consecuencias de las disposiciones que quieren hacer.

§ II. CARACTERES DE LAS SUBSTITUCIONES PROHIBIDAS.

ARTICULO 1.—*Dos liberalidades.*

Núm. 1. Principio.

394. Para que una disposición contenga una substitución, es menester que contenga dos liberalidades. Esto resulta del artículo 896. “Toda disposición, dice la ley, por la cual el *donatario*, el *heredero instituido* ó el *legatario*.” He aquí la primera liberalidad hecha por donación entre vivos ó testamentaria en favor de aquel que se llama *instituido* ó también *gravado*, porque lo está con una carga, la de conservar, dice el artículo 896, y devolver á un *tercer*^o los bienes donados ó legados. Ese tercero es el *substituto* ó el *llamado*; es también agraciado por el disponente, por ser éste quien le llama á los bienes donados ó legados. Ambas liberalidades tienen un mismo autor, que lo es el donante ó el testador que agracia al instituido ó al sustituto: uno y otro reciben su liberalidad del disponente. Síguese de ahí que cuando la substitución se abre en favor del sustituto, éste recibe los bienes, no del gravado, sino del autor de la substitución; el gravado no hace más que cumplir una carga que le impusieron el donante ó el tes-

tador; no es él quien dona, pues no sirve sino de intermedio entre el disponente y el substituto.

395. Del principio de que es necesario que haya dos liberalidades para que haya substitución, se sigue que no la hay cuando sólo hay una liberalidad. Se ha creído que había substitución en la disposición hecha con la condición de que "á su muerte, el substituto legaría ó emplearía todo lo que hubiese heredado del testador en socorrer á los menesterosos, dejándole con libertad para obrar en esto como lo estimara conveniente." En efecto, bien se podría creer, á ojo de buen cubero, que había allí dos liberalidades: la primera, que es evidente, en favor del instituto; la segunda, en el de los pobres, llamados por el disponente, puesto que encarga á su legatario universal que les dé todo lo que hubiere recibido de él. Se resolvió, sin embargo, y con razón, que no había substitución. La dificultad estaba en saber si los pobres eran substitutos del legatario universal, en el sentido de que tenían derecho á los bienes legados en virtud de la substitución. La sala de casación responde que para que haya un substituto, es menester que el tercero en cuyo favor se hizo la substitución esté designado nominalmente ó de una manera equivalente, que excluya toda incertidumbre respecto á la persona del beneficiado llamado en segundo lugar á recibir la liberalidad. Esta última condición, prosigue la sala, implica una acción civil del substituto contra los herederos del gravado para compelerlos á entregarle los bienes donados ó legados; la acción es el correlativo necesario y la sanción de la cláusula de indisponibilidad que, sin ella, sería ineficaz y no tendría valor. El principio nos parece indiscutible; veamos qué aplicación hizo de él la sala. No hay dos liberalidades sino sólo una en favor del legatario universal. En cuanto á los pobres, no son llamados por el testador; suponiendo que el legatario les distribuya los bienes que

recibió del difunto, no es éste quien los habrá llamado, sino el legatario; el difunto hizo, pues, una liberalidad y el legatario otra. ¿Se dirá que la segunda liberalidad se debió á la voluntad del testador y que, por consiguiente, de él la recibieron los pobres? No, porque el testador no los designó, sino que dejó en absoluta libertad á su legatario para obrar como le pareciera. Por tanto, los pobres no tenían acción contra el instituido ni contra sus herederos; no eran llamados, en tal virtud, por el testador, y si estaban gratificados, lo debían al legatario. En conclusión, el testador sólo había hecho una liberalidad, y por consiguiente, no había substitución. (1)

Hay un punto que parece dudoso en esta argumentación. Conforme á la jurisprudencia belga, el legado hecho á los pobres se hace al fondo de beneficencia, sin perjuicio de entenderse con la persona encargada por el testador de distribuir sus donativos. Siguiendo esta doctrina, nunca es incierta la persona agraciada, puesto que los pobres están representados por un establecimiento público. Pero, en el caso, el testador no había llamado directamente á los pobres, sino que se había remitido á la *conciencia* y á la *lealtad* del legatario. Conforme á una disposición semejante, el fondo de beneficencia no habría podido intervenir, ni habría podido tener acción contra los herederos del legatario, porque hubieran contestado que el legatario había obrado conforme á su conciencia y su lealtad. En este sentido, bien está decir que sólo había una liberalidad, y por lo mismo no substitución.

396. Mucho menos la hay en una fundación hecha por

1 Denegada, 13 de Diciembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 169). Com párese con la denegada de la sala de lo civil, 2 de Julio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 272). En el caso, el testador había legado á su mujer el usufructo de todos sus bienes, y en cuanto á la propiedad le había dado facultad de disponer en provecho de quien quisiera. Esto no es una substitución, puesto que no hay más que una liberalidad en provecho de la mujer,

el testador á favor de cierta clase de pobres, encargando al legatario universal que administre la fundación asociándose de las personas designadas en el testamento y con exclusión absoluta de toda administración pública. En otro lugar hemos dicho ser nula una fundación como esa, por crear una personalidad civil, lo cual sólo puede hacer la ley. Pero no es nula como substitución, porque no contiene más que una liberalidad afectada de una carga perpetua. (1)

1. *Del instituido.*

397. ¿Quién puede encargarse del fideicomiso? Todos los que fueren agraciados, puesto que la substitución es una carga de la primera liberalidad. Se pregunta si ésta debe ser expresa. Antiguamente, era indudable que no. Thévenot decide, con su acostumbrada claridad, que se puede encargar de un fideicomiso á todos los que se gratifican, ora se los gratifique expresamente al donarles, ora se los gratifique tácitamente no quitándoles lo que podría quitárseles. Después Thévenot aplica el principio á una cuestión hoy controvertida y que antiguamente no era más dudosa que el principio mismo. “De allí se sigue, dice, que se puede gravar no sólo al heredero instituido, ó al legatario, á quien se dona expresamente, sino también al heredero *ab intestato* á quien se gratifica tácitamente con no privarle de la herencia.” (2) Se estima, dice Pothier, que dejamos á nuestros herederos legítimos y que éstos reciben de nosotros todo lo que podemos quitarles por las disposiciones que la ley nos permite hacer. (3)

¿Es menester admitir esta aclaración, vigente el código

1 Denegada, 17 de Agosto de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 263). Compárese el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 674, núm. 458.

2 Thévenot, *Tratado de las substituciones fideicomisarias*, cap. 6°, pfo. 1, pág. 35, núm. 84 y 85.

3 Pothier, *Tratado de las substituciones*, núm. 109. Compárese con Ricard, *De las substituciones*, 1ª parte, núm. 166, pág. 260.

civil? Se discute el punto; pero no vemos en él duda de ningún género. El principio del derecho antiguo no se debe al favor que gozaba la substitución fideicomisaria; se deriva de la naturaleza misma de esta disposición: el agraciado puede estar encargado de devolver lo que reciba. Falta saber si el heredero *ab intestato* es agraciado, lo cual se niega. Indudablemente, cuando no testó el difunto no se puede decir que de él reciba el heredero, sino de la ley. Pero, en el caso, hay un testamento que impone una carga á los herederos; por consiguiente, no procede la herencia *ab intestato*, sino la testamentaria. Si dijese el testador: Instituyo á mis herederos con carga de entregar los bienes al morir, á Pedro, ciertamente habría substitución. Pues bien, es la misma la disposición cuando dice el testador: Encargo á mis herederos que entreguen los bienes: en este caso, la carga implica que recibieron. Y ¿de quién los recibieron? Del testador, que fué quien dispuso de ellos. Esto responde á otra objeción tomada del artículo 896, diciéndose que la ley no habla del *donatario*, del *heredero instituido*, ni del *legatario*; por lo cual sólo ellos pueden ser gravados con la carga de entregar, lo que excluye al heredero *ab intestato*. No, porque no hay ya heredero *ab intestato*, puesto que el testador dispuso de sus bienes por testamento; y así hay "heredero instituido," como implícitamente cierto, pero es tan evidente la institución, que no podría dudarse de la voluntad del testador. (1) Nuestra conclusión es que se propone mal la cuestión al preguntar si los herederos *ab intestato* pueden ser gravados

1 Coin-Delisle, pág. 40, núms. 12 y 13 del artículo 896. Troplong, t. 1º, pág. 54, núm. 107. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 14 y nota 12. Demolombe, t. 18, pág. 94, núm. 91. El fallo de Angers (Marzo 7 de 1822) que se cita en favor de esta opinión (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 121), declara acerca de una disposición que contenía una substitución expresa. En sentido contrario, Durantón, t. 8º, página 60, núm. 67; Rolland de Villargues, pág. 198, núm. 128.

con substitución; porque el testador los instituye gravándolos, sólo que la institución es implícita en lugar de expresa. (1)

398. ¿Quién está comprendido en la institución? La cuestión se reduce á saber si se estima que las personas comprendidas en condición son instituidas. Furgole demuestra que no, con evidencia. Dice el testador: "Instituyo á Pedro si da cien escudos á Pablo:" ¿está comprendido este último en la institución? No, ni tiene acción contra Pablo, por no ser legatario. Otra cosa sería si hubiese dicho el testador "Instituyo á Pedro con la carga de dar cien escudos á Pablo:" porque en ese caso, Pablo sería legatario bajo forma de condición, y tendría acción contra Pedro. Si, pues, en la primera hipótesis, añadiese el testador: "Si Pedro no es mi heredero le substituyo con Pablo," ¿habría substitución fideicomisaria? No, porque nombrado Pablo en la condición, no está comprendido en la institución; no hay, por lo tanto, dos liberalidades, sino una sola, y esto excluye la substitución. (2)

Aplicando este principio, se resolvió ya judicialmente que no hay substitución en una disposición hecha con la condición "si el legatario muere sin hijos." Estos no se consideran como comprendidos en la institución y, por lo mismo, no hay dos liberalidades. En el caso resuelto en casación, la cláusula estaba concebida así: "Lego mis bienes á mi nieto para que goce de ellos durante su vida; en el caso de que muera en la menor edad y sin hijos, dejo mis bienes á Fulano." ¿Hay substitución en favor de los biznietos? No, por no estar comprendidos en la institución; por tanto, no la hay tampoco, pues hay dos liberalidades. Notemos que la sala de casación no resuelve de

1 Bruselas, 20 de Diciembre de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 65).

2 Furgole, *De los testamentos*, cap. 7º, sec. 4º, núm. 64. Troplong t. 1º, pág. 54, núm. 108. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 14, núm. 13.

una manera absoluta, como los autores, que las personas nombradas en la condición no están comprendidas en la institución, sino que dice ser cuestión de voluntad, cuya apreciación queda á cargo del arbitrio judicial. Teóricamente, la reserva es justa; pero prácticamente, no será invocado; suponiendo que el testador haya querido comprender en la institución á los que nombra en la condición, cuidará de no decirlo, puesto que tal cosa importaría una substitución, y por consiguiente, un acto nulo. Y cuando ocurre alguna duda acerca de la intención del difunto, los jueces siempre han de resolver que quiso ejecutar un acto válido, quiere decir, que no entendió comprender en la institución á los que designó en la condición. Será, pues, válida la disposición, y lo será como legado con la substitución vulgar.

II. *Del substituto.*

399. El instituido tiene el cargo de conservar y devolver á un *tercero*, que es el substituto. Thévenot añade que también ese tercero es gratificado, cosa que está por demás decir, puesto que recibe los bienes con el mismo título que el instituido, á título de liberalidad. ¿De quién recibe el substituto su liberalidad? El instituido es quien le devuelve los bienes, pero no quien le otorga la liberalidad; él transmite solamente la posesión, al instituto, pues la propiedad se la dan directamente el testador ó el donante, á quienes, y no al gravado, sucede el fideicomisario; el derecho del gravado, dice Ricard, queda completamente resuelto y destruido con la apertura de la sucesión. Al tratar de las substituciones permitidas, verémos en qué sentido es cierto esto. Ciertamente es que la restitución que hace el gravado no es una liberalidad que otorgue, sino una deuda que satisface y que reconoce como causa el beneficio del donante; sí bien, como añade Ricard, inmediatamente de manos del

autor de la substitución es como el substituto recibe la propiedad de las cosas comprendidas en el fideicomiso. (1)

400. Siguese de ahí que no podrá haber substitución no habiendo substituto. Esto lo declaró el tribunal de Bruselas en el siguiente caso. Un testador instituye á su prima heredera universal, con facultad para disponer, pero sin poder dejar nada á fulano, á su mujer ni á sus hijos. Sosteníase que la prohibición de disponer en favor de ciertas personas importaba una substitución fideicomisaria por la cual tácitamente se llamaba, muerto el primer instituido, á los parientes del testador en el orden establecido por la ley; pere aquel tribunal contestó que la prohibición contenida en el testamento no designaba ni explícita ni implícitamente á ninguna persona ó familia en cuyo favor se pudiera decir hecha esa prohibición; que no había, por lo tanto, substituto, y que sin él no había tampoco substitución. (2)

401. Hay que decir del substituto lo que hemos dicho del instituido (núm. 397): que no es necesario que nominalmente se le designe, ni siquiera que expresamente sea instituido. Así, la estipulación del derecho de devolver en favor de los herederos del disponente, contiene una substitución, como lo veremos mas adelante, hecha á favor de aquellos á cuyo beneficio se estableció el tal derecho, aunque no sean nominalmente designados ni substituidos. La ley no emplea los términos técnicos en el artículo 896; lo cual quiere decir que tampoco el donante ni el testador están obligados á emplearlos. (3) El tribunal de Pau lo resolvió así en un caso en que el donante se sirvió de las expresiones *reíntegro y reversión*, estipulando que las cosas

1 Thévenot, pág. 8, núm. 4; Ricard, *De las substituciones*, parte 1^a, pág. 243, núm. 100. Coin-Delisle, pág. 41, núms. 14 y 15 del artículo 896.

2 Bruselas, 31 de Enero de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 32, y Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 51.

3 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 14, pfo. 694.

donadas volverían á sus herederos si moría el donatario sin descendencia. Es de jurisprudencia, decía la resolución, que hay substitución, no sólo cuando dice el testador: Substituyo, sino también cuando dice que, en el caso por él previsto, volverán á sus herederos los bienes donados, por equivaler las palabras *reíntegro ó reversión á la palabra substituir*. (1)

Núm. 2. Aplicación.

1. De la fiducia.

403. Entiéndase por heredero fiduciario la persona instituida por el testador como heredero en cuanto á la forma, encargándola de administrar la herencia y mantenerla en depósito hasta el momento en que la haya de entregar al verdadero heredero. El heredero fiduciario, aunque instituido en la apariencia, no está gratificado; el verdadero heredero es aquel á quien se deben restituir los bienes por el fiduciario, y lo es desde el momento en que se abre el testamento, cuando, como comunmente se verifica, se establece la fiducia por testamento. Si se difiere por el testador la restitución, esto se hace en provecho del substituto, y no por hacer el fideicomiso condicional. Motivos muy particulares respecto de aquellos á quienes quiere agraciar el testador, como por ejemplo, la menor edad, pueden obligarle á confiar la administración de los bienes al fiduciario hasta que los herederos instituidos lleguen á la mayor edad, Es una especie de tutela, dicen las leyes romanas, constituida para administrar los bienes legados, por tener más confianza el testador en el amigo á quien nombra fiduciario que en un tutor desconocido, ó conocido, pero sospechoso para él. Dícese también del fiduciario que es simple *ministro*, en el sentido de que desempeña su ministerio para hacer que lleguen los bienes á poder de aquellos á quienes

1 Pau, 4 de Enero de 1826 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 203, 3°).

se propuso agraciar el testador; en cuanto á él mismo, no saca ningún provecho de la misión que se le confía. Es un ejecutor testamentario con facultades más amplias, puesto que posee y administra el acervo hasta el momento fijado para la restitución. (1)

Hemos indicado el motivo legítimo que puede obligar al testador á nombrar un heredero fiduciario: esta es la fiducia romana, que no se conoce en nuestras costumbres. Hoy, dice Troplong, casi no se practican las fiducias más que para hacer que se transmitan las liberalidades á establecimientos no reconocidos por la ley, ó á los cuales se quiere favorecer sin intervención del Gobierno. Hemos hablado en otro lugar de los fideicomisos fraudulentos, pues hay fraude cuando el testador quiere transmitir sus bienes á corporaciones legalmente incapaces de recibirlos. (2)

403. La fiducia no es substitución en el sentido del artículo 896, pues no hay más que una liberalidad. De aquí que la fiducia no esté atacada de nulidad. No puede promoverse cuestión de substitución fideicomisaria allí donde no hay ni instituido ni substituto. Cuando se legan los bienes á un menor, podría objetarse que la fiducia los substraía á la administración del tutor; mas si la tutela ofrece peligros, también tiene garantías que el menor no tiene contra la administración del fiduciario; esas garantías son de orden público: ¿corresponde al testador derogar leyes de orden público? No, sin duda. Jamás ha ocurrido esta cuestión ante los tribunales, ni los autores tratan de ella; á nuestro juicio, debería resolvérsela contra la validez de la fiducia. Nos remitimos á lo dicho ya sobre una cuestión análoga, que es la de si pueden legarse bienes á un hijo

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Fiduciario*, pfo. 1º, (t. 12, pág. 184). Thévenot, pág. 177, núms. 138-141.

2 Troplong, t. 1º, pág. 55, núm. 110. Véase el tomo 11 de mis *Principios*, págs. 264 y siguientes, núms. 175-179.

menor con la cláusula de que el padre no tendrá la administración legal de ellos (1); la fiducia produce el mismo efecto y tiene igual fin cuando el fiduciario está llamado á administrar los bienes legados á un menor.

Aquí consideramos la fiducia únicamente en sus relaciones con la substitución fideicomisaria. La fiducia es un fideicomiso, pero sin nada de común con las substituciones prohibidas por el código civil. Con todo, tiene un inconveniente, y es el de que los bienes se hallan fuera del comercio mientras dura la fiducia; el heredero fiduciario no los puede enajenar, ni siquiera disponer de ellos con las formalidades prescriptas para la tutela, puesto que no es tutor. El mismo inconveniente surge de los legados hechos á término ó bajo condición, los cuales son, sin embargo, muy válidos, como lo veremos más adelante. Excepto la indisponibilidad temporal que proviene de la fiducia, nada hay de común entre aquella liberalidad y la substitución fideicomisaria. Hemos indicado ya la diferencia esencial; el heredero á quien debe entregar los bienes el fiduciario es el único agraciado, y la liberalidad que se le hizo es pura y simple; se abre al morir el testador, y desde ese momento se verifican la transmisión de la propiedad y aun de la posesión á favor del heredero á quien deberá entregarse los bienes en el tiempo designado por el testador; el fiduciario posee y administra para aquél. Si fallece el heredero, transmite los bienes á sus sucesores quienes quiera que sean, por estar esos bienes en su patrimonio. En cuanto al fiduciario, ningún derecho tiene á los bienes legados, sino únicamente el encargo de administrarlos sin facultad para disponer de ellos; administra en favor de aquel á quien debe restituir los bienes, debiendo restituirle, por lo mismo, los frutos que hubiere percibido; por lo demás no está su-

1 Véase el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 662, núm. 448 y página 662, núm. 449.

jeto á ninguna obligación personal por razón de los bienes que administra. Como detentador de la herencia deberá pagar los derechos de translación, pero con cargo á aquel á quien se restituya, y éste no deberá, con violación de la restitución, pagar nuevos derechos, por no verificarse en ese momento la mutación, sino sólo una transmisión de bienes, que se efectúa á la muerte del testador. (1)

404. No porque la verdadera fiducia no es substitución, hemos de inferir que no puede encubrir una substitución prohibida. Principalmente ahora que lo son las substituciones fideicomisarias, podría el testador ensayar la manera de eludir la prohibición haciendo una substitución con título de fiducia. El heredero fiduciario es heredero nominal; pero ¿cómo asegurarse de que no es heredero en realidad? En materia de substituciones, la ficción y la verdad se tocan tan de cerca, que es muy difícil casi siempre distinguirlas. Los autores se han ingeniado para determinar los caracteres con los cuales se podía reconocer una verdadera fiducia: el llamado es un hijo del testador, que se halla en la menor edad; el gravado es un pariente cercano ó un amigo del mismo testador, que goza de toda su confianza; la restitución se efectúa á la mayor edad del llamado. Pero aun aquellos que enumeran tales circunstancias como constitutivas de la fiducia confiesan que no es necesario que concurren para deducir que es fiducia alguna disposición de última voluntad. ¿A qué conduce entonces la teoría de los caracteres que deben hacer reconocer una institución fiduciaria? Esto, en suma, es punto de intención. Se trata de saber, como lo dicen todos los autores, si el testador no instituyó al fiduciario sino para hacer que llegaran los bienes á poder de aquel á quien quiso únicamente

1 Thévenot, pág. 178, núms. 542, 543 Merlín, *Repertorio*, palabra *Fiduciario*, pfoa. 2º y 5º. Dalloz, palabra *Substitución*, núms. 38 y 39 y los autores que cita.

agraciar; entonces habrá fiducia que si el testador quiere agraciar también al que llama fiduciario él mismo, habrá dos liberalidades, y por tanto la pretendida fiducia será una substitución fideicomisaria si, por lo demás, concurren las otras condiciones necesarias para la substitución. Y bien, las cuestiones de intención son cuestiones de hecho, y ¿cómo precisar *à priori* los mil accidentes y caprichos de la voluntad humana? Si queremos formarnos idea de ello, no tendremos más que recorrer la jurisprudencia en materia de substituciones, en que no hay dos casos iguales, y todos los días ocurren nuevos. Merlin concluye que es menester estarse á lo que dice Henrys, fiarse á la prudencia de los jueces que decidirán cuál fué la mente del testador. (1) Es, pues, inútil dar el pormenor de los casos que se han resuelto; tanto más cuanto que son anteriores al código civil, lo que prueba que se pierde el uso de las fiducias. (2)

II. Del derecho de elegir.

405. En otro lugar hemos tratado del derecho de elegir, que concede el testador á su heredero ó á un tercero. (3) El código no consagra la facultad de elegir al legatario, lo cual basta para desecharla, porque la elección del legatario debe emanar del testador, y esa elección debe recaer en persona cierta; mas sería incierta si dependiese de la voluntad del llamado á elegir. La facultad de elegir se reconoce á veces en las disposiciones fideicomisarias. Surge entonces la cuestión de saber si hay substitución prohibida, ó si es menester aplicar el artículo 900 y considerar la

1 Aubry y Rau, t. 6º, págs. 13 y siguientes y nota 11 y los autores citados por Merlin, *Repertorio*, palabra *Fiduciario*, pfo. 7º (tomo 12, pág. 186).

2 Véanse los fallos citados por Dalloz, palabra *Substitución*, número 43.

3 Véase el tomo 11 de mis *Principios*, págs. 506-509, núms. 326 y 328.

cláusula como no escrita. Si hay substitución, todo es nulo, aun la institución; mientras que continúa siendo válida la disposición principal, si se limita á borrar la condición ilícita. La jurisprudencia se ha declarado por la aplicación del artículo 896.

Vivamente se debatió el punto, en casación, en el siguiente caso. Una mujer dispone á favor de su marido en estos términos: "Lego á mi marido la propiedad plena de todos mis bienes, con la carga de disponer y transmitir en su estado las fincas de....., al individuo de mi linaje á quien aquél quiera y cuando lo quiera." Las hermanas de la difunta pidieron que se anulara el legado de las dos fincas como que contenía una substitución prohibida. El tribunal de Rennes anuló la institución. Al imponerse al legatario la obligación de transmitir las dos alquerías á los individuos de su linaje á quienes y cuando él quisiera, la testadora le imponían la carga de conservarlas para restituir las á un miembro de su familia. Se objetaba con la facultad de elegir concedida al legatario; pero el tribunal respondió que esa facultad había quedado abolida por la ley de 17 Nevoso, año II, y que el código civil ha mantenido implícitamente la abolición; deduciendo de ahí que, en el caso ocurrido, debe considerarse como no escrita la facultad de elegir, lo cual reducía la cláusula litigiosa á estos términos: con la carga de transmitir á los individuos de mi linaje. Quedaba una dificultad: la carga de restituir no estaba abolida para la época de la muerte del instituido, por haberse dejado al arbitrio del gravado la designación de esa época. Poco importa, dice el fallo. El legatario tiene derecho de conservar los bienes hasta su muerte, y el que elija no puede reclamarlos antes; basta que haya posibilidad de que no se verifique la transmisión sino á la muerte del legatario instituido, para que haya carga de restituir, en el sentido de los autores y de la jurisprudencia.

Recurrido el fallo, se admitió el recurso, pero fué desechado por la superioridad. Había dudas formales, aunque, como de costumbre, con los argumentos serios se mezclaban objeciones de poco peso. Así, al interponerse el recurso se sostenía que la testadora únicamente *suplicaba* á su marido que transmitiera los bienes á un miembro de su familia. No, dijo el abogado general, no suplica sino que manda; es una carga que impone, y no una recomendación que hace. Ciertó que le deja la libertad de escoger y aun esta elección se limita á ciertas personas; siempre, pues, deberá hacerla en favor de una ú otra persona. Tiene también libertad para designar época, pero es menester que lo haga en uno ó en otro tiempo. Tan es así, que si muriera sin haber restituido los bienes, tal obligación pasaría á ser carga de su herencia.

Se presentaba una objeción más seria. La doctrina y la jurisprudencia exigen que la transmisión se haga á la muerte del gravado. Este carácter, decíase, no se hallaba en la disposición litigiosa, en la cual había fideicomiso y no substitución fideicomisaria. La sala no se detuvo en esta objeción más que en la primera. Basta que el substituto no tenga ningún derecho en vida del instituido, desde ese momento hay substitución. Nada importa que pueda el instituido restituir antes; lo puede siempre, aun cuando haya dicho terminantemente el testador que restituyera sólo al morir.

La verdadera dificultad estaba en la facultad de elegir. Cuando esa facultad se concede á un tercero no gratificado, es indudable que no puede tratarse de substitución. Si se añade á una disposición que contenga una substitución fideicomisaria ¿cambiará su naturaleza? No sucedería así cuando fuera esencial á la substitución que el mismo testador indicara nominalmente al substituto. Ahora bien, el artículo 896 no exige que el "tercero llamado" á la heren-

cia sea designado nominalmente, ni había razón para imponer esa condición; al contrario, puesto que habría dado un medio fácil para eludir la prohibición. Las substituciones con facultad de elegir estaban en uso en el derecho antiguo; la ley de 1792 las abolió al abolir todas las substituciones fideicomisarias, y el código mantuvo la abolición de 1792. Por tanto, las substituciones con facultad de elegir están abolidas como cualquier otra. Sería menester una excepción formal en la ley para que no se extendiera la prohibición absoluta y general del artículo 896 á las substituciones con facultad de elegir, las cuales se hallan comprendidas en él y atacadas de nulidad absoluta únicamente por no estar exceptuadas. Se opone como objeción el artículo 900 que da por no escritas las condiciones ilícitas; ¿pero el artículo 900 abrogó el 896? Hay una condición ilícita por excelencia, y es la que forma substitución, la cual se rige, no por el artículo 900, sino por el 896, y vicia la substancia misma de la disposición y entraña su absoluta nulidad.

La sala de casación se limitó á contestar al medio que la apelación sacaba de la facultad de elegir, é hízolo en dos palabras: la facultad de elegir no impide que se imponga en favor de un tercero la carga de conservar y restituir, y así hay substitución y, en consecuencia, nulidad completa. (1)

406. El tribunal de primera instancia dió una resolución análoga en un caso en que la discusión versaba precisamente sobre el carácter de las substituciones que nos está ocupando. Es necesario un substituto; pero ¿debe designarse nominalmente? El testador había instituido legataria universal á su sobrina, declarando en seguida que tales inmuebles debían pertenecer á un miembro de cierta

1 Denegada, 5 de Marzo de 1851, conforme á las conclusiones de Nicolas Gaillard (Dalloz, 1851, 1, 104).

rama de su familia y tales otros al miembro de otra rama, á elección de su legatario, ó de su derecho habiente, ó de los cuatro parientes más cercanos de la línea en que se tuviera que nombrar el sucesor. Objetóse que pues los miembros de las dos familias llamados á la substitución, no habían sido designados nominalmente, quedaban como personas inciertas; resultando de ello, se decía, la nulidad de la disposición que llamaba á los substitutos, pero sin perjuicio de la validez de la disposición principal. Esto era siempre invocar el artículo 900 contra el 896. La sala de casación responde directamente á la objeción sacada de la incertidumbre de los substitutos. Muy frecuentemente la designación nominal de los substitutos sería imposible, dice la sala, cuando el testador dispone para épocas posteriores á su fallecimiento, como sucede en el caso de substitución. Basta que los llamados sean clasificados conforme en categorías determinadas que no permitan considerar ya sus personas como legalmente inciertas, para que haya carga de restituir á un tercero, en el sentido del artículo 896. Tal era el caso que tenía que resolver la sala. "Con tal, decía el testador, que la persona esté ligada con éste ó aquel vínculo de sangre." Esto responde también á una objeción conexa que se hacía apoyándose en la ley de 17 Nevoso, año II, que prohíbe la facultad de elegir. La objeción, dice el tribunal, no toma en consideración la naturaleza especial de la substitución. La cláusula de substitución es nula, importando poco que se haya hecho ó no con facultad de elegir. ¿Y cuál es la extensión de esa nulidad? Desde que el difunto quiso hacer una substitución, toda la disposición es nula; por estar en eso lo que caracteriza la nulidad de las disposiciones que contienen substituciones: toda la disposición queda destruida. (1)

Este último considerando nos deja alguna duda. La idea

1 Denegada, 28 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 202).

del tribunal no está expresada con claridad. ¿Quiere decir que la substitución con facultad ilimitada de elegir es, sin embargo, una substitución y como tal nula? Entonces se contradice el tribunal con un fallo que anteriormente dió y el cual, á nuestro entender, consagra los verdaderos principios. ¿Se puede decir que haya substitución cuando no hay substituto que tenga derecho de obrar para reclamar el beneficio de la substitución? Empero, cuando está ilimitada la facultad de elegir, no se sabe quién tendrá ese derecho; lo que quiere decir que nadie le tiene; y allí donde no hay derechos en favor de los substitutos, no hay substitución. El testador instituye legataria universal á su esposa, y en seguida dice: "Le encargo que, en lo tocante á los inmuebles, disponga en favor de uno de mis parientes y de aquellos á quienes reconozca más acreedores á ser escogidos, por cualquier título que sea." El tribunal juzgó que tal disposición no ofrecía el carácter esencial de las substituciones prohibidas, que es la carga de conservar y de restituir. ¿A quién debería restituir los inmuebles el legatario universal? La persona del *substituto* es absolutamente incierta; es, pues, como si no hubiera substituto, y sin él no hay substitución. (1) Así también lo enseñan los autores; (2) y esta doctrina sólo tiene un inconveniente, el de favorecer las substituciones hechas en fraude de la ley. Efectivamente, el instituido ejecutará regularmente la carga con que está gravado y el disponente eludirá de ese modo la prohibición del artículo 896. Si realmente fuese ilimitada la facultad de elegir, habría incertidumbre absoluta en cuanto á la persona del substituto, y en ese caso estaría bien decir que el instituido no estaba gravado con la carga de restituir. Pero en los casos que han ocurrido, siempre la facultad de elegir quedaba circunscripta á los miembros

1 Denegada, 8 de Noviembre de 1847 (Daloz, 1851, 1, 103).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 15, pfo. 693.

de la familia, y así limitada más ó menos; limitada, pues, hay obligación de restituir, y, consiguientemente, substitución. La sala de casación se acercó á la opinión que sostenemos en un fallo más reciente. El testador había hecho un legado universal con la carga, para el legatario, de transmitir los bienes á aquel ó aquellos de los parientes más cercanos del testador á quienes el legatario eligiera. Se resolvió que, aunque colectiva, no era dudosa la designación. Y, confirmando esa resolución, el tribunal revisor formuló el principio en estos términos: "Los llamados, aun cuando no hayan sido designados de una manera individual y nominativa, deben ser ciertos y conocidos por el estrecho círculo en que están limitados." (1) Fué aún lejos el tribunal, considerando como substitución una cláusula concebida así en un legado universal hecho por un marido á favor de su mujer: "Dispondrá ella de mis bienes á voluntad en favor de mi familia." De acuerdo con el tribunal de Caen, el de casación interpretó esa disposición en el sentido de que el testador había conferido á su legataria una facultad absoluta á la vez que impúéstole la obligación de escoger al substituto en la *familia del testador*. La elección en la familia es en verdad muy vaga, pero no ilimitada; lo cual basta para que, conforme á los términos de la disposición y la mente del testador, haya substitución. (2)

Si fuese realmente ilimitada la facultad de escoger, importaría el derecho de no escoger; quiere decir que la pretendida substitución quedaría sin efecto. El testador instituye á su mujer legataria del usufructo de todos sus bienes, y dice: "En cuanta á la propiedad de mi herencia, doy facultad á la misma para que disponga, *en conciencia*, en favor de la persona que estimare á propósito." Se resolvió en este caso que no había substitución. Y en efecto,

1 Denegada, 30 de Noviembre de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 402).

2 Denegada, 21 de Agosto de 1866 (Dalloz, 1867, 1, 30).

¿cuál es el tercero llamado á la sucesión? No se sabe. Si la mujer no hubiese dispuesto en favor de nadie, ¿quién tendría derecho de reclamar el beneficio de la disposición? Ninguno. El testador se remitió á la *conciencia* de la legataria, y un deber de conciencia no es obligación jurídica. Si la mujer usa de la facultad de elegir, es por quererlo así. ¿Dónde está, pues, la segunda disposición á favor de un tercero, sin la cual no hay substitución? El tribunal dedujo que esa pretendida facultad de elegir es la atribución, en favor de la esposa legataria, de la propiedad de todo lo que el testador dejara al morir, con derecho de disponer de los bienes como ella lo tuviera á bien; y la legataria, completamente libre, está en el derecho común de todo propietario, no encadenada por el vínculo de una substitución. La sala de casación sostuvo la resolución. (1) Creemos que falló bien desde el punto de vista de los principios y de la ley; pero todavía nos queda algún escrúpulo. La disposición litigiosa imponía á la legataria un deber de conciencia; siendo más que probable que ella conocía la intención de su marido y que dispuso, como lo hizo, en favor del sobrino de éste para obsequiar su voluntad. Había, pues, una substitución de conciencia; si se la revalidaba ¿no era esto proporcionar al testador un medio para eludir la ley? Legará sus bienes á una persona de quien él está seguro, á su cónyuge iniciada en su pensamiento, y se referirá á su conciencia permitiéndole que escoja á quién él quiera; cumplidas que sean sus intenciones, quedará como ilusoria la prohibición de la ley. Concluimos diciendo que el legislador debía prohibir y anular las substituciones con facultad, limitada ó ilimitada, de elegir. Pero en el estado actual de la legislación, es difícil anular una disposición hecha con facultad ilimitada de elegir, como conteniendo una substitución fideicomisaria.

1 Denegada de la sala de lo civil, 2 de Julio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 272).

*Núm. 3. Del objeto de las dos liberalidades.**1. Principio.*

407. ¿Puede el testador substituir cosa distinta de la que lega? Antiguamente sí lo podía. “Puedo, dice Thévenot, substituir la cosa misma que lego, pero tengo también libertad para substituir otra.” (1) ¿Sucede lo mismo bajo el imperio del código civil? Discútese este punto y hay alguna duda. Si nos atenemos al tenor literal de la ley, tendríamos que decir lo contrario de lo que afirma Thévenot. Es cierto que el artículo 896 no habla de la cosa objeto de la substitución, pero los términos de que usa implican que el instituido debe *conservar* la cosa que se le donó ó legó, *restituirla* al substituto. La cosa misma que recibe es, pues, la que está obligada á *restituir*; de donde si el testador le encarga que restituya otra, no se está dentro de la ley, porque ¿cómo puede restituirse lo que no se recibió? El sentido natural de las palabras se resiste á una interpretación como esa. Pero contra esto se objeta que la palabra *restituir* es una expresión tradicional, y que es menester tomarla en el sentido que antiguamente se le daba, lo cual nos conduce á la doctrina de Thévenot.

Dejando lugar á cierta duda el código, hay que consultar el espíritu de la ley. ¿Por qué prohibió el legislador las substituciones? Porque ponen los bienes substituidos fuera del comercio, que es el motivo económico y el principal. De ahí que si una disposición deja fuera del comercio la cosa que el instituido debe restituir al substituto, hay substitución prohibida, según el espíritu de la ley. Pues bien, la cosa que debe restituir el instituido, debe éste conservarla naturalmente. ¿Cómo podría restituirla sin con-

1 Thévenot, pág. 49, núm. 119. Compárese con Coin-Delisle, página 46, núm. 26 del artículo 896. Demolombe, t. 20, pág. 146, número 125.

servarla? Llegamos á la consecuencia de que hay substitución aun cuando la cosa que debe restituir el instituido al substituto no sea idénticamente la misma que recibió, con tal que tenga la obligación de conservarla y, por consiguiente, haya imposibilidad para enajenar la que estuviere comprendida en la substitución.

Otro motivo hay también para dudar. ¿Cuál puede ser la cosa que debe restituir el instituido al substituto sin haberla recibido del donante? No puede ser sino alguna que pertenezca ó al instituido ó á un tercero. En una y otra hipótesis, será una cosa ajena; y el legado de cosa ajena es nulo. Esto explica por qué esta hipótesis ha quedado como simple teoría. El fallo del tribunal de París, que se cita, recayó sobre un caso distinto. Cierta testadora lega á su sobrino unos inmuebles con la carga de sacar del valor de las tierras legadas, al casarse cada uno de sus hijos, el capital necesario para formar una renta perpetua de 2,000 francos de que hace donación á cada uno de sus hijos, y con la carga de que, al morir el legatario, su esposa, si le sobrevive, tome sobre los dichos terrenos, ó sobre su valor, si no existen ya en especie, 10,000 francos de renta vitalicia. Los herederos pidieron la nulidad de esas disposiciones como viciadas de substitución, y se resolvió que no la había. El tribunal de París sentó como principio, que para que hubiese substitución habría sido menester que el legatario instituido hubiese tenido el cargo de conservar y restituir á un tercero la misma herencia que á él se le había legado. Ahora bien, en nuestro caso el legatario no tenía el deber de conservar las tierras que se le legaron; tenía, antes bien, el derecho de disponer de ellas; la testadora misma había previsto el caso de que conviniera al legatario vender los bienes que le había legado. Las disposiciones en favor de los hijos y de la esposa del legatario no eran más que legados condicionales que

la testadora dejaba á cargo del legatario, y no al de la herencia. (1)

El tribunal de París resolvió bien: allí donde no hay encargo de conservar, no hay imposibilidad para disponer; el legatario queda libre para enajenar, y los bienes que recibió son su propiedad inmutable, sin estar puestas fuera del comercio. En cuanto á las cargas que se le imponen, son legados ordinarios. Hay, pues, dos liberalidades distintas: un legado puro y simple de los inmuebles, y legados condicionales que debe pagar el legatario de esos inmuebles. Y ya se ve que habiendo dos liberalidades distintas, sin que haya carga de conservar, no hay substitución.

408. Síguese de ahí que si un legatario universal está encargado de dar tal cantidad á un tercero, en el caso de que le sobreviva éste, no hay substitución. En efecto, los principios son idénticos: hay dos liberalidades distintas, un legado universal que es puro y simple y uno condicional que debe pagar el heredero instituido. Y de que haya de cumplir con ese encargo ¿se ha de seguir que está obligado á conservar los bienes que le fueron legados, por lo menos hasta donde concurra la carga que se le impuso? No tiene obligación alguna de conservar, por no estar obligado á entregar tal ó cual cosa que, por consiguiente, debiera conservar, sino una cantidad en numerario, de la cual es deudor eventual. ¿Y se dice de un deudor que está obligado á conservar sus bienes para restituirlos á su acreedor? Los legatarios en cuyo favor se estableció la carga tendrán acción personal contra la herencia del legatario, como cualquier acreedor. Lo mismo sería aun cuando la carga se hubiese establecido con asignación sobre los bienes legados y con hipoteca. En ese caso los legata-

1 París, 21 de Diciembre de 1824 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 164, 1^o).

rios tendrían acción hipotecaria, pero la cual no impediría que el heredero instituido enajenara los bienes hipotecados, ni él debería, por consiguiente, conservarlos para restituirlos; lo cual es decisivo.

Otra objeción muy especiosa. (1) Zachariæ confiesa que el artículo 896 parece exigir la identidad de la cosa donada que recibió el instituido y que debe conservar para restituir al substituto. Pero, dice, si se revalidara una disposición que encargara al legatario instituido restituir á su muerte una cantidad equivalente al substituto, se daría al testador un medio fácil y seguro de eludir la prohibición legal; el substituto recibiría el valor en vez de recibir la cosa. Responden los editores de Zachariæ, y su respuesta es concluyente: no es eludir la prohibición de las substituciones hacer una disposición que la ley no prohíbe. Quedaría defraudada ésta si la disposición ofreciera, con otra forma, los caracteres é inconvenientes de las substituciones. Pero tal no es la disposición que deja en libertad al heredero instituido para disponer de todo lo que recibió, encargándole solamente de pagar un legado. Donde no hay obligación de conservar, no hay tampoco imposibilidad para enajenar, ni substitución. (2)

Demante dice que si fuese válida la carga resultaría de ello una obligación de conservar los valores que debieran entregarse al substituto; y cita los artículos 1,065 y 1,066 que imponen al instituido el deber de emplear las cantidades comprendidas en la substitución. (3) La objeción descansa en una petición de principio. Al decir que la carga es válida, negamos al mismo tiempo que constituya substitución; es un legado en forma de carga; y un legatario tiene derecho para exigir que el deudor emplee el capital necesario para asegurar el pago de la cosa legada?

1 Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 3º, pág. 187 y nota 24.

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 26, nota 31, pfo. 694.

3 Demante, *Curso analítico*, t. 4º, pág. 17, núm. 10 bis, 2º.

409. La sala de casación estuvo á los principios contra la validez de la disposición que examinamos, pero apenas si está motivado ese primer fallo, ó más bién dicho, no se promovió la cuestión; el debate versaba sobre otra dificultad. (1) Fué, pues, aquella una resolución sin autoridad doctrinal. La jurisprudencia ha consagrado los principios que acabamos de establecer.

Cierta testadora, que suponía que su hijo no tenía descendencia, legó á un tercero una cantidad de cuatrocientos mil francos, pagadera después de la muerte de su hijo; para asegurar en favor de éste su fortuna y la libre disposición de bienes, remitió á un notario el testamento que contenía el legado, con la obligación de destruirle si su hijo tenía hijos y de elevarle á público si á los veinticinco años de muerta ella no tenía hijos su hijo. Citamos esa circunstancia particular del caso por haberse insistido en ella ante la sala de casación; pero en realidad, es indiferente, como muy bien lo dijo el tribunal de Lyon. ¿Habría substitución? No, porque el hijo, heredero de la madre, tuvo la libre y completa disposición de todos los bienes de la herencia. De hecho ignoraba aún la existencia del legado de 40,000 francos; pero aunque le hubiese sabido, no habría resultado para él la obligación de conservar y de restituir, ni, por consiguiente, indisponibilidad de los bienes que recibió, ni substitución. La madre había previsto que su hijo podría enajenar una de sus tierras que formara la parte más considerable de su fortuna; esto supuesto debía comunicársele el testamento, pero sin poder exigirse el legado más que á su fallecimiento; el hijo no estaba obligado á conservar un capital de 400,000 francos para hacer frente al legado, sino que era libre para disponer. El tribunal concluyó que el testador, con libertad para hacer un lega-

1 Denegada de la sala de lo civil, 8 de Junio de 1812 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 155).

do á término, tomará como término de pago la muerte de su heredero, lo mismo que cualquiera otra época; el heredero, simplemente obligado por una deuda pagadera á su fallecimiento, conserva la facultad de disponer de todos los bienes, los cuales quedan, por lo mismo, en el comercio, sin deber conservarlos el heredero para restituirlos, y así no hay substitución, ni según la letra, ni según el espíritu del artículo 896. (1)

Habiéndose interpuesto recurso, recayó una resolución denegatoria. La sala comienza por hacer constar que la disposición impugnada como viciada de substitución no comprendía dos liberalidades sino un solo legado hecho en favor de un solo legatario. En el caso, esto era evidente, puesto que el heredero encargado del legado ni siquiera tenía conocimiento de él. No había, pues, instituido: la madre no decía: Lego 400,000 francos á mi hijo. Tampoco había substituto: la madre no decía: Encargo á mi hijo que conserve esos 400,000 francos para restituirlos, al morir, á un tercero. ¿Cómo habría una substitución fideicomisaria donde no hay ni instituido ni substituto? Se dirá que los 400,000 francos se hallaban entre los bienes que la madre dejaba, á su hijo, á quien, por lo mismo, gratificaba con ellos facultándole para disfrutar de esa cantidad durante su vida, pero debiendo restituirlos á su muerte al legatario gratificado con ese legado por la testadora. Hé aquí dos disposiciones, un instituido y un substituto, puesto que es de principio que ni la institución ni la substitución deben ser expresas. Supongamos, responde el tribunal, que haya disposición de la cantidad de 400,000 francos, primero en favor del heredero y después en el del legatario: esto no basta para que haya substitución; no es aún más que uno de los caracteres de la substitución prohibida, y ese carácter implica que si hay dos agraciados,

1 Lyon, 24 de Enero de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 49).

no hay más que una liberalidad, hecha primeramente al instituido y, al morir éste, al substituto. De allí nace la obligación de conservar el legado para devolverle. ¿Dónde está, en nuestro caso, la obligación de conservar y de restituir? Esto lo han negado. (1) Es quizás avanzar mucho, dice el informante, M. d'Ubexi: las substituciones permitidas pueden recaer sobre bienes fungibles, y son idénticas á las prohibidas. Pero cuando menos es necesario que el testador prescriba el empleo que se haya de hacer de las cosas legadas, de modo que se asegure que serán exhibidas al tiempo de ser exigible el legado, si no se convierte el heredero gravado con el legado en propietario incommutable de la cosa, como pasa con el usufructuario mismo; dispone libremente de la cosa, y la libre facultad para disponer excluye toda idea de imposibilidad de enajenar; por consiguiente, de substitución. (2) La sala de casación no entra en ese debate, y se limita á decir que la cosa legada no era cierta, de modo que no se sabía aún si los 400,000 francos existían en la herencia; y si el hijo no había recibido esa cantidad, no podía indudablemente estar obligado á conservarla y restituirla. Aun cuando, prosigue la sentencia, llegara á justificarse que la cantidad legada estaba en la herencia, sería menester también que el heredero estuviese obligado á conservarla para restituirla; y ni una palabra del testamento impone tal obligación al heredero, sino que, antes bien, la testadora tomó las medidas más eficaces para que su hijo ignorara la existencia del legado, y así nada entorpecía su derecho para disponer libremente. Creemos que la sala se equivocó haciendo resaltar esta circunstancia, con lo cual pareció dar á su resolución el aspecto de una resolución especial, en tanto que la conclu-

1 Marcadé, t. 3º, pág. 379, núm. 3 del artículo 896.

2 Nancy, 9 de Diciembre de 1871 (Daloz, 1872, 2, 164). Angers, 24 de Noviembre de 1871 (Daloz, 1872, 2, 208).

sión á que llega la corte es general y se aplica á todos los casos, aun cuando el heredero instituido tuviera conocimiento del legado. Desde el momento en que el heredero puede disponer libremente de los bienes que recibe, no hay substitución; si tiene la carga de pagar una cantidad de bienes al morir, resulta de aquí un simple crédito en favor del legatario, crédito que no puede exigirse sino á la muerte del deudor y que, por consiguiente, queda sometido á todas las eventualidades de su solvencia. (1)

Esta doctrina es de jurisprudencia, haciendo abstracción de varias circunstancias del caso. En testamento en favor de la mujer instituida legataria universal, añadía el testador: con la carga de *restituir*, á aquellos de mis legatarios particulares que designaré, la cantidad de 400,000 francos de que dispondré adelante." Se invocó la expresión *restituir* para deducir que había obligación de conservar, lo cual es muy cierto en tesis general, porque no se puede restituir lo que no se ha conservado. (2) Pero esto supone que se trata de un legado de cosa cierta; no sucede lo mismo cuando el testador lega una cantidad de dinero: este legado no produce más que un crédito en favor de los legatarios, y la deuda con que está cargado el heredero no le impide, más que otra deuda cualquiera, disponer libremente de los bienes que recibe. Luego no hay indisponibilidad, no hay substitución. Es menester, pues, sentar como principio, con la jurisprudencia, que no hay substitución si el heredero no está encargado de conservar una cosa cierta y determinada para restituirla á un tercero substituto. (3)

1 Denegada, 30 de Abril de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 403).

2 Orleáns, 28 de Enero de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 88).

3 Limoges, 17 de Agosto de 1864 (Dalloz, 1866, 1, 479). La jurisprudencia de los tribunales de Bélgica está en el mismo sentido. Bruselas, 11 de Enero de 1855 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 104).

*II. Del caso del artículo 899.**1. De la substitución del usufructo.*

410. Conforme al artículo 899 la disposición entre vivos ó testamentaria por la cual se lega á uno el usufructo y á otro la nuda propiedad, no se tiene por substitución, y por consiguiente, es válida. Las liberalidades que tienen por objeto el usufructo dan lugar á una cuestión principal: ¿Puede substituirse un derecho de usufructo? Antiguamente así se hacía. Doy ó lego el usufructo de tal fundo á Pedro, encargándole que al morir le restituya á Pablo. Thévenot pregunta cuáles, en ese caso, la cosa substituida. No puede ser, dice, el usufructo de Pedro, puesto que se extinguirá con su muerte. Será, pues, otro derecho de usufructo creado por el disponente en favor de Pablo. Thévenot pregunta, además, quién es el gravado en esta substitución, y su respuesta es singular. "Parece, dice, que hay dos gravados, á saber: Pedro, que está obligado á restituir al substituto el fundo de que disfrutaba, en buen estado de reparaciones usufructuarias; y el heredero del disponente, que debe sufrir el ejercicio del segundo usufructo en la cosa de que es propietario. Sin embargo, el verdadero gravado es el heredero. (1)

411. Lo que Thévenot dice de esa pretendida substitución basta ya para probar que no lo es verdadera. Falta la primera condición necesaria para que haya substitución; no es una sola cosa la que se legó á Pedro y éste debe restituir, al morir, á Pablo; son dos usufructos distintos, y así dos liberalidades también distintas é independientes entre sí. Por tanto, no hay ni instituido ni substituto: no es instituido Pedro en el sentido legal de la palabra, puesto que no está gravado; no es substituto Pablo de Pedro, puesto que no recibe de éste su usufructo, sino del heredero

1 Thévenot, núms. 117, 118 y nota, pág. 48.

del disponente de suerte que el mismo heredero está gravado sin ser instituido. Hé aqui tales diferencias, entre la substitución del usufructo y la verdadera substitución; que se pregunta uno á sí mismo cómo pudieron confundirlas en el derecho antiguo. Los autores modernos enseñan unánimes que el usufructo no puede ser objeto de una substitución fideicomisaria, ni conforme al texto, ni conforme al espíritu de la ley. En la substitución que prohíbe el artículo 896, el donatario ó el legatario están obligados á conservar y á restituir; esto es de esencia en la substitución. Pero tal condición falta cuando es substituido el usufructo. El usufructo es un derecho anejo á la persona del usufructuario, y se extingue con su muerte: ¿concíbese que esté obligado á restituir lo que no puede conservar? En el momento mismo en que debería restituirlo, se extingue el derecho; ¿qué será, pues, lo que restituya? Voet lo ha hecho notar ya (1), y Thévenot, clarísimo ingenio, comprendía que había imposibilidad para el primer usufructuario de conservar el usufructo para restituirle al segundo; véase por qué decía que el segundo usufructuario no recibía su derecho del instituido, sino del heredero del disponente. Si no hay carga de conservar y de restituir, no puede haber caso de substitución; de modo que la del usufructo no tiene el inconveniente que hizo prohibir la fideicomisaria. ¿El fundo gravado con usufructo está puesto fuera del comercio? La nuda propiedad continúa perteneciendo al substituyente ó á su heredero, quienes pueden disponer de ella, puesto que no está comprendida en la substitución. El usufructo mismo que está substituido no es imposible de enajenación; el usufructuario puede ceder su derecho, y la substitución no le impedirá hacer tal cesión con

1 Voet, libro 7º, título 1º, núm. 9: "*Neque enim ratiū patitur ut solius usufructus legatario restitutionis onus imponatur; quippe qui morte sua sic ipso jure jus omne usufructus amittit ut nihil ultraquod restituitur supersit.*"

los efectos que le da la ley; es decir, que el cesionario no se hace usufructuario, pues sólo ejerce el derecho de usufructo que pertenece al cedente.

Faltando en la substitución del usufructo la carga de conservar y de restituir, faltan igualmente todos los demás caracteres de la substitución fideicomisaria. No hay orden sucesivo. Lo que constituye la continuación de tiempo, necesaria en la verdadera substitución, es que haya dos liberalidades de una misma cosa y que la segunda no comience sino cuando el primer donatario ó legatario gozaron de la cosa por toda la vida; siguiéndose de aquí que pueden ser llamados á la substitución los hijos que estén por nacer, con tal que hayan nacido en el momento de abrirse la substitución. Esto no pasa con la del usufructo. Aunque el goce del segundo usufructuario comience al concluir el del primero, no se puede decir que haya orden sucesivo ó continuación de tiempo, en virtud de no haber ningún vínculo de derecho entre los dos usufructuarios. El usufructo del segundo no es el del primero, puesto que éste se extinguió ya; es otro usufructo, dice Thévenot. Mas donde hay dos liberalidades distintas, sin que el primer agraciado tenga que conservar la cosa para restituirla al segundo, no hay orden sucesivo. A decir verdad, aunque el goce del segundo usufructuario no se abra sino al terminar el del primero, tanto el derecho del uno como el del otro le recibe cada quien, por proceder del donante ó del testador, en un solo momento, cuando se perfecciona la donación ó se abre el testamento; ambos deben vivir, pues, para esa época, ó estar cuando menos concebidos. Por consiguiente, el usufructo no puede substituirse en favor de hijos que estén para nacer.

Finalmente, la substitución del usufructo no se ejecuta como la fideicomisaria. Ciertó que el substituto recibe su derecho del substituyente, pero no recibe la cosa directa

mente de él, sino del instituido, encargado de conservarla y restituirla; por consiguiente, el substituto debe proceder si há lugar contra el instituido, ó contra sus herederos. Cuando está substituido el usufructo, no se podría tratar de una acción del segundo usufructuario contra el primero ó contra sus herederos. Efectivamente, al momento en que se abre el segundo usufructo, el primero, que se extingue con la muerte del usufructuario, se une á la nuda propiedad; no existe, pues, en la herencia del instituido, ni se puede pedir al heredero del instituido lo que no posee; el usufructo reunido á la nuda propiedad se encuentra en la herencia del substituyente, y así el usufructuario tendrá que proceder contra su heredero. El es el gravado. ¡Singular gravado sin estar gratificado! Antes bien, se le priva del goce de la cosa durante la vida de los dos usufructuarios.

En definitiva: ¿cuál es el efecto de la substitución del usufructo? Son dos usufructos distintos legados á personas también distintas. Thévenot lo dice implícitamente, y Proudhón no hace más que desarrollar su idea diciendo que el testador que substituye el usufructo hace realmente dos disposiciones separadas; como si dijera: "Encargo á mi heredero que entregue el usufructo de mi fundo á Pedro, quien gozará de él toda su vida. Muerto Pedro, y cuando se hubiere consolidado el usufructo que le lego con la propiedad en poder de mi heredero, encargo á éste que entregue el usufructo del mismo fundo á Pablo." (1)

412. Se ha hecho por sostener ante los tribunales que la substitución del usufructo estaba afectada de nulidad por el artículo 896, que prohíbe las substituciones fideicomisarias. La tradición ofrecía algún apoyo á esas pretensiones;

1 Proudhón, *Del usufructo*, t. 2º, págs. 32 y siguientes, núms. 446-451. Y todos los autores (véanse las citas en Aubry y Rau, t. 6º, página 12, nota 6; Dalloz, núm. 158; Demolombe, t. 18, pág. 144, número 122).

pero aquí se ve cuán peligroso es guiarse en esta materia por la tradición. En el antiguo derecho, muy poco importaba que se calificara de substitución una disposición que no presentaba los caracteres de las substituciones fideicomisarias; no por eso era menos válida la disposición, puesto que se permitían y aun se favorecía á las substituciones. En cambio, si se confundiera la substitución del usufructo con la del artículo 896, resultaría que una disposición que no tiene ninguno de los caracteres de la substitución fideicomisaria, ni sus inconvenientes, estaría afectada de nulidad.

Hé aquí el caso en que se presentó la cuestión en Bruselas. Por contrato de matrimonio, los dos esposos se donan mutuamente, en caso de supervivencia, el usufructo de todos los inmuebles que deje el que fallezca antes. Muere primero la mujer, después de hacer un testamento por el cual lega á un tercero el usufructo de todos sus bienes después de muerto su esposo. Sus herederos atacan el testamento como conteniendo una substitución fideicomisaria, por haberse dado el usufructo primero al marido y después al legatario; había, pues, dos herederos sucesivos del usufructo. ¿Qué importa, decían, que el primer instituido no esté encargado de conservar y de restituir al segundo? Esta cláusula resulta de la naturaleza de la institución, por estar encargado todo usufructuario de conservar y restituir la cosa cuyo goce tiene; por lo cual hay dos legados sucesivos del mismo usufructo, y el primer usufructuario debe necesariamente conservar el usufructo para restituirle al segundo, lo cual constituye una substitución fideicomisaria. Bastaba con citar el pasaje de Voet que hemos copiado (pág. 514, nota 1^a), para poner en claro esta falsa argumentación: ¿puede conservarse para ser restituido un derecho que se extingue en el momento en que debiera serlo? El tribunal de Bruselas se refiere á los mo-

tivos del primer juez que había declarado válidas las dos disposiciones. (1)

413. La misma cuestión se presentó para los legados de renta vitalicia. Un testador lega á su hermano una renta vitalicia de 8,000 francos, la cual debía pasar, al morir él, á otros parientes, después á los hijos de este segundo legatario, y si éste moría sin hijos, el capital de la renta debería volver al sobrino del testador y á sus hijos. En el caso de que se trata, los términos del testamento ofrecían alguna duda. Aparentemente, la renta misma era la que debía pasar de uno á otro legatario, lo cual parecía imponer á cada uno la carga de conservarla y restituirla; pero, como lo dijo el tribunal de París, el testador había hablado, no como legista y con el rigorismo jurídico, sino como un hombre de mundo que ignora la sutileza. Puede conservarse y restituirse una renta perpetua, pero no conservarse una vitalicia, porque se extingue con la muerte del rentista. En realidad, el capital de la renta, colocado en fondos contra el Estado, estaba legado al sobrino del testador; aquellos en cuyo favor estaba gravado el capital con renta vitalicia, no tenían más que un derecho de por vida, al goce que se extinguía al morir cada uno de ellos; de suerte que nada tenían que restituir entonces; el segundo legatario tenía á su vez el goce del capital, y le recibía no del instituido por la vía oblicua de la substitución, sino directamente del testador; con mayor razón sucedía esto con el tercer legatario llamado á la propiedad del capital; no le recibía ciertamente por la substitución, puesto que los primeros legatarios sólo tenían un derecho de por vida, sino que le recibía directamente del testador. En cuanto á los hijos del sobrino, sólo muerto su padre entrarían ellos,

1 Bruselas, 23 de Marzo de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 331, y Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 158, 3º). En el mismo sentido, Tolosa, 4 de Julio de 1840. Compárese con lo resuelto en París á 26 de Marzo de 1813 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 158, 4º y 2º).

quiere decir por substitución vulgar. La sala de casación confirmó esta interpretación en un fallo denegatorio. (1)

Estos principios conducen á una consecuencia importantísima respecto de los donatarios obligatorios. Estos reciben su derecho del donante ó del testador, por vía de donación ó de legado. Si es por donación deben aceptar, lo cual excluye á los hijos que estén por nacer; si es por legado, es menester que los legatarios estén más ó menos concebidos al abrirse el legado. El tribunal de Dijón aplicó estos principios á una disposición concebida así: Se había declarado una renta creada en favor del donatario, reversible á los hijos de éste, por cabezas, y á todos los de esa rama, lado y línea, mientras subsistiera. La disposición fué atacada por contener una disposición fideicomisaria, y se declaró que un derecho vitalicio no podía ser objeto de una substitución. La disposición era, pues, válida como donación; por consiguiente, había que aplicarle los principios relativos á las donaciones: la liberalidad debería aceptarse por los agraciados, lo cual la nulificaba con respecto á los hijos que estuvieran para nacer. (2)

414. Los mismos principios se aplicaron en el siguiente caso. Un esposo dona á su cónyuge el usufructo de sus bienes, en el caso de que los hijos que deje el donante al morir mueran antes que el cónyuge donatario. ¿Contiene esta disposición una substitución fideicomisaria? Sí, dijeron, puesto que los hijos comienzan por recibir los bienes que dejó el donante, y, al morir, restituye en el usufructo al cónyuge donatario. Hay carga de conservar y restituir, hay orden sucesiva, hay, pues, substitución. En Bruselas se declaró que no la había; apenas si está motivado el fallo relativo, bien que casi no necesitaba estarlo; tan evidente así es la cosa. Se trata siempre de saber si el usufructo

1. Denegada, 8 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1853, 1, 218).

2. Dijón, 26 de Noviembre de 1856 (Dalloz, 1858, 2, 93).

puede conservarse por los que tienen su goce y si puede transmitirse por vía de sucesión; mas la negativa es indudable. Es cierto que, en el caso, los hijos tenían la propiedad de los bienes, pero, al morir, debía ser desligado de ella el usufructo en favor del cónyuge donatario; debía considerarse, pues, que el usufructo como separado de la nuda propiedad y, para ver una substitución en la disposición litigiosa, tenía que decirse que después del goce que tuvieran de por vida los hijos, debían transmitir ese mismo goce al cónyuge supérstite; mas el usufructo es intransmisible por herencia, por ser esencialmente un derecho personal. (1)

415. Los principios que rigen la substitución del usufructo no son aplicables al caso en que el pretendido usufructo donado ó legado con substitución es un derecho de propiedad. En materia de substitución no debemos apearnos á las palabras, so pena de que resulte ilusoria la prohibición del art. 896: no tendríamos más que calificar la propiedad de usufructo, y veríamos eludida la prohibición legal. Es cosa de los tribunales resolver, por el conjunto de la cláusula, si hay ó no usufructo. Una testadora dice: "Mi hermana gozará de mi herencia durante su vida, pues la reconozco por *única heredera*; muerta ella, reconozco por parientes y *herederos míos* á tales personas y á sus representantes." Si se atiende á las primeras palabras de la disposición, no tenía la hermana legataria más que el goce, quiere decir, el usufructo de la herencia; pero la testadora expresa su verdadera idea, añadiendo que su hermana es su *única heredera*, lo cual equivale á decir que es *propietaria* de los bienes que deje la difunta; la palabra *gozar* no debe tomarse en un sentido estricto, porque el uso la emplea para hablar del propietario, y el código mismo

1 Bruselas, 17 de Abril de 1806 (Daloz, palabra *Substitución*, número 179). Compárese á Rolland de Villargues, pág. 355, núm. 241.

comete esa inexactitud de lenguaje (art. 582). El fin de la disposición no deja duda alguna acerca del pensamiento de la testadora; pone ella á los herederos llamados después de su hermana, en la misma línea que á ésta; luego todos son llamados á su herencia, con igual título, como *parientes*, recibiendo todos de la heredera la propiedad; y como la recibían en orden sucesivo, había substitución prohibida. (1)

El tribunal de Metz consideró también como legado de propiedad la disposición por la cual una mujer donaba formalmente el *usufructo* de sus bienes á su marido para que gozara de él en vida; pero añadía que si la donataria quería enajenar parte de los inmuebles para vivir honradamente, podía hacerlo, *á su voluntad y elección*, sin que sus herederos tuviesen derecho de oponérsele bajo ningún pretexto. Venía después otra disposición en favor de su hermana, para el caso de que ésta sobreviviera al marido de la testadora. ¿Era esto un legado sucesivo de usufructo, ó de propiedad? La facultad de enajenar que concedía la testadora á los pretendidos usufructuarios resolvía la dificultad. ¿Resultaba de ello la nulidad de la disposición? El tribunal de Metz la anuló, y Rolland de Villargues aprobó la resolución. Creemos, con Vazeille, que es un error; el que está autorizado para vender, ciertamente no debe conservar y transmitir sólo aquello que le quede; lo que quiere decir que el fideicomiso es de aquellos que se llaman *de residuo*, y esas disposiciones no caen con la aplicación del art. 896. (2)

416. ¿Puede substituirse á perpetuidad el usufructo? Dicen que el que se extendiera á una serie indefinida de

1 Angers, 7 de Marzo de 1822 (Daloz, palabra *Substitución*, número 121).

2 Metz, 16 de Febrero de 1815 (Daloz, palabra *Substitución*, número 68). Rolland de Villargues, pág. 353, núm. 240. Vazeille, tomo 2º, pág. 69, núm. 9 del artículo 899.

individuos sería substitución, porque no se concibe una propiedad perpetuamente separada del usufructo. (1) Está bien decir que el usufructo perpetuo destruiría la propiedad y haría veces de tal, consiguientemente; pero antes de resolver que el usufructo dado ó legado á perpetuidad constituye una substitución, hay que ver si en nuestro derecho moderno es posible dar ó legar el usufructo á una serie indefinida de individuos. El disponente dice que dona el usufructo de tal fundo á Pedro y á sus hijos nacidos y por nacer, á perpetuidad; esta donación es nula, aparte toda substitución con relación á los hijos por nacer, porque es menester aceptar la donación, y por tanto, estar cuando menos concebido en el momento de la donación; ésta es nula con relación á los hijos no concebidos en el momento de pasar el acto, y sólo es válida con relación á los concebidos y que la acepten. En estos límites no puede tratarse de substitución, puesto que los donatarios del usufructo deben su derecho directamente al donante, aun cuando la ejercieran sucesivamente. Otro tanto acontece si el usufructo está constituido á perpetuidad por testamento; una constitución semejante es imposible, puesto que, según el art. 906, el legatario debe estar concebido al fallecer el testador; con relación á los no concebidos al abrirse el testamento, el legado es caduco. En suma, no puede constituirse á perpetuidad el usufructo en forma de substitución, y así no la habría aunque el disponente le donara ó legara á una serie indefinida de individuos. (2)

2. Disposición del usufructo y de la nuda propiedad.

417. El disponente dona el usufructo á Pedro y la nuda propiedad á Pablo; el art. 899 dice que esa disposición no se tendrá por substitución y será, por consiguiente, válida.

1 Rolland de Villargues, pág. 356, núm. 342. Troplong, t. 1º, página 43, núm. 133.

2 Casación, 22 de Julio de 1835 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 180).

Aparentemente, dicha disposición produce los mismos efectos que la sustitución. Pedro, legatario del usufructo, comenzará por gozar durante su vida, y, á su muerte, la cosa donada ó legada pasará a Pablo. ¿No hay aquí una doble liberalidad de una misma cosa hecha sucesivamente á dos personas? Nó, las apariencias engañan. La disposición declarada válida por el art. 899 no presenta ninguno de los caracteres ni de los inconvenientes de la sustitución fideicomisaria. No es exacto que una misma cosa sea objeto de las dos liberalidades. Pedro es donatario ó legatario de un desmembramiento de la propiedad; es usufructuario, no propietario; Pablo es quien tiene la nuda propiedad y no el goce, el cual está desunido de su derecho de propiedad en favor de Pedro. Puesto que éste no tiene la propiedad de la cosa, es imposible que la conserve y la devuelva á Pablo. Si con motivo de la muerte de Pedro, adquiere Pablo el goce de la cosa, no le recibe de aquél, por extinguirse el derecho del mismo con su fallecimiento, y por tanto, no puede restituir lo que ya no tiene; el usufructo extinguido se reúne con la nuda propiedad por vía de consolidación. Siendo distintas las dos liberalidades, la consecuencia es que ambas se abren en un solo momento; Pablo, lo mismo que Pedro el donatario ó el legatario de la nuda propiedad y el donatario ó legatario del usufructo, reciben su liberalidad directamente del disponente sin orden sucesivo, sin continuación de tiempo; deben, pues, estar concebidos en el momento de la donación ó cuando muere el testador. En una palabra, las dos liberalidades caen bajo el imperio del derecho común, y se rigen por los principios generales de las donaciones y de los legados. (1)

Un fallo del tribunal de Bruselas nos da un ejemplo de la disposición prevista por el art. 899. Un testador lega

1 Coin-Delisle, pág. 44, núms. 1 y 2 del artículo 899.

varios bienes á los hospitales, con la cláusula de que el "producto" de esos bienes pertenecerá á los religiosos premonstratenses, si llegaba á restablecerse esa orden. Se impugnó el testamento como inficionado de substitución, por estar encargados los hospitales legatarios de conservar y restituir los bienes legados á los premonstratenses. Ciertó es que éstos no eran substitutos sino condicionalmente, pero la ley prohibe las substituciones condicionales lo mismo que las puras y simples. Se contestó por los hospitales, que los religiosos premonstratenses sólo eran legatarios del usufructo; y efectivamente, el testador no les había donado más que el "producto" de los bienes. Poco importa, decían los herederos, porque un usufructo constituido en favor de una persona moral es perpetuo; de suerte que los verdaderos propietarios lo serían los religiosos premonstratenses. El art. 619 respondía á la objeción: el usufructo que no se concede á particulares no dura más que treinta años. El tribunal de Bruselas falló á favor de los hospitales, y el fallo añade que aun cuando se considerara el legado del producto de los bienes como legado de propiedad, no habría substitución, puesto que la disposición sería condicional; es decir, que los únicos legatarios habían de ser los religiosos premonstratenses; no habría, pues, orden sucesivo, ni, por lo mismo, substitución. (1)

418. Un testador lega el usufructo de sus bienes á sus sobrinos, y la propiedad á los descendientes que éstos dejen por estirpes, y en el caso de que lleguen á morir sin posteridad, el testador lega todos sus bienes á un tercero. ¿Encierra esta disposición una substitución, ó está comprendida en el art. 899? En este último sentido resolvió la cuestión el tribunal de Bruselas. Cuando lego el usufructo de mis bienes á mis sobrinos, y la nuda propiedad

1 Bruselas, 15 de Octubre de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 292). Compárese con la denogada de 5 de Mayo de 1856 (*Dalloz*, 1857, 1, 37).

á sus descendientes, me encuentro en el tenor y espíritu del art. 899, puesto que doy el usufructo á uno y la nuda propiedad á otro. En el caso, uno de los sobrinos dejó un hijo que recibió todos los bienes. ¿Era esto por vía de substitución? No, porque la sobrina nieta recibía todos los bienes, no de su padre, que no había sido el agraciado puesto que era simple usufructuario, sino de la testadora, tía abuela suya. Había, pues, dos liberalidades distintas que comenzaban al mismo tiempo, una del usufructo en favor del sobrino, y la otra de la nuda propiedad en favor de la sobrina nieta. Se hacía una objeción que, con arreglo al código civil, habría sido decisiva: la sobrina nieta no estaba concebida al morir la testadora. Si se hubiese tratado de una disposición hecha publicado ya el código civil, no habría podido recibir ella el beneficio del legado; pero el testamento databa de 1778 y la testadora había muerto en 1791. La cuestión debía, pues, resolverse conforme á nuestro derecho antiguo; y era de jurisprudencia, como lo dice Stockmans en su 26.^a decisión, que se podía dar por testamento á hijos ni nacidos ni concebidos aún al fallecer el testador. (1)

419. ¿Hay que resolver lo mismo si, á falta de hijos llamados á recibir los bienes, los lega á un tercero el testador? Alguna vacilación ha habido sobre este punto en la jurisprudencia; pero ha prevalecido la afirmativa, y con razón (2) Siempre nos hallamos dentro de los términos del artículo 899. Si al fallecer el testador no hay hijos, el legado que se les hubiere hecho caducará y desde ese momento será el tercero legatario de la nuda propiedad, como lo habrían sido los hijos si los hubiese habido. Es la

1 Bruselas, 27 de Noviembre de 1819 (*Pasjerisia*, 1819, pág. 501). Compárese con lo resuelto en París, á 23 de Junio de 1825 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 163, 2°).

2 Caen, 11 de Agosto de 1825 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 183, 2°). Metz, 9 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 59).

hipótesis que acabamos de examinar (núm. 418), con la única diferencia de que el tercero es llamado condicionalmente; mas la condición no cambia en nada la naturaleza del legado que se le hizo. Si hay hijos, serán legatarios de la nuda propiedad, pero quedará sin efecto el legado si mueren antes que su padre; en efecto, en esta hipótesis pasarán los bienes al tercero llamado en el caso de que el legatario del usufructo no dejara hijos; ese tercero será, pues, legatario de los bienes con la condición de que no haya hijos al morir el legatario del usufructo. (1)

Hay un fallo en sentido opuesto del tribunal de París. El motivo que le sedujo es que, conforme á la opinión que sostenemos, es imposible establecer el legado de propiedad en cabeza de alguien, sea quien fuere. Pedro, legatario del usufructo, no tiene hijos al morir el testador, y el tercero llamado en su defecto no puede recibir el legado de propiedad, puesto que no está llamado sino en caso de que muera Pedro sin dejar hijos. Así es que, en espera de esa muerte, queda en supenso la propiedad. Contestamos que esto era cierto en el derecho antiguo, que permitía los legados á hijos por nacer; la propiedad quedaba en supenso entonces mientras nacían los hijos. (2) Pero conforme á nuestro derecho moderno, puesto que no pueden ser llamados los hijos que estuvieren por nacer, no hay incertidumbre acerca de la propiedad. Si hay hijos al morir el testador, ellos recibirán el legado de la nuda propiedad, pues aunque es cierto que puede quedar resuelto el legado si mueren antes que su padre, en ese caso el tercero llamado á falta de ellos será quien reciba los bienes y tendrá la propiedad desde que se abra la herencia, toda vez

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 12, nota 7, pfo. 694.

2 Véase el fallo precitado, pág. 524, nota 1, del tribunal de Bruselas. La sala dice que nada se opone á que la propiedad quede en supenso. ¿No deberá decirse que, mientras el legado esté en supenso, la propiedad pertenece á los herederos que tienen la posesión?

que es legatario bajo condición suspensiva, y al realizarse ésta se retrotrae al día en que se abrió la herencia. (1)

420. Una testadora lega el usufructo sucesivo de una parte de sus bienes á su sobrino y á su sobrina, para que después de éstos reciba la parte su sobrino nieto; legando después al mismo la propiedad de todos sus bienes, con la condición de que se case, pues si no lo hace, los lega á su prima. Se impugnó el testamento por causa de substitución, y se resolvió que la disposición estaba comprendida en el art. 899. La disposición principal contiene un legado puro y simple en usufructo y uno condicional de la nuda propiedad; si se realiza la condición, habrá legado del usufructo en favor del sobrino y de la sobrina, y legado de la nuda propiedad en favor del sobrino nieto; lo cual es precisamente la hipótesis del art. 899. Si el sobrino nieto no se casa, será llamada en su lugar la prima. ¿Es esto substitución? No, porque no hay instituido. Los dos sobrinos son simples usufructuarios, y así no tienen la carga de conservar y restituir los bienes. El sobrino nieto, si no se casa, no habrá sido nunca legatario de la propiedad, por faltar la condición con que fué llamado, y así no hay instituido; y donde no le hay, no podría haber substituto. Por tanto, no hay tampoco orden sucesivo; la prima recibe su derecho directamente de la testadora, sin intermediario alguno; el cual derecho comienza desde que muere la testadora, si se realiza la condición, por consecuencia, de la retroactividad de la condición. Luego es exactamente el caso del art. 899: un legado de usufructo y otro de la nuda propiedad. Objetábase que la prima, llamada en último lugar, era substituta del sobrino nieto. Substituta vulgarmente, sí, es decir, que era la llamada en el caso de que

1 París, 1º de Diciembre de 1807 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 186). En sentido contrario, Duranton, t. 8º, pág. 46, núm. 52; Rolland de Villargues, pág. 373, núm. 251.

no entrara al legado el sobrino nieto por no haberse realizado la condición; mas la substitución vulgar está permitida (art. 898), y no la habla fideicomisaria. (1)

421. Las cláusulas varían de un caso á otro; la resolución debe ser idéntica en todos aquellos en que el llamado condicionalmente recibe su derecho directamente del disponente, puesto que entonces no hay instituido, ni, por lo mismo, substituto. En algún testamento se decía: "Lego todos mis bienes á Pedro y á Carlos, aunque declarando que no entiendo legar á Carlos la propiedad de su parte en los dichos bienes, en el caso de que al morir deje descendientes legítimos, pues de lo contrario, lego á su favor solamente el goce y usufructo de los tales bienes, y en ese caso, la nuda propiedad á mi sobrino Pablo." Se resolvió en Tolosa que no había en este caso substitución. Si Pablo llega á recibir el legado ¿será como substituto? No, que fué substituido vulgarmente á Carlos; es decir, que si recibe los bienes, es porque Carlos no puede recibirlos, por faltar la condición con que se le llamó; y no siendo Carlos legatario de la propiedad, no puede tener obligación de conservarla y restituirla. Verdad es que el testador comenzó por legarle los bienes en propiedad, pero en seguida modificó la substitución con una condición resolutoria: en el caso de que muriera sin hijos, quedaría sin efecto el derecho de propiedad de Carlos y transformado en usufructo; muere, pues, como usufructuaria, y jamás puede el usufructuario estar encargado de conservar y restituir. Por tanto, Pablo no recibe los bienes de manos de Carlos, sino del testador, sin intermediario, y esto es decisivo. (2)

1 Poitiers, 30 de Julio de 1830, y denegada, 20 de Diciembre de 1831 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 149). Compárese con lo resuelto en Poitiers, á 21 de Junio de 1825 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 198), y Montpellier, 28 de Enero de 1864 (Dalloz, 1865, 2, 59).

2 Tolosa, 15 de Junio de 1833 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 154). Compárese con lo resuelto en París, á 22 de Enero de 1836 (Dalloz, núm. 167).

¿Se dirá que lo mismo pasa con las substituciones? Cuando se abre la substitución, no será el derecho del instituido más que goce usufructo; lo cual no impide que transmita los bienes al substituto. El art 899 responde á la objeción; permite que se disponga del usufructo en favor de uno, y de la nuda propiedad en favor de otro; y lo que permite que se haga pura y simplemente, lo permite también bajo condición. Pues bien, en el caso, el legado hecho en favor de Carlos es un legado condicional de usufructo, puesto que, por efecto de la condición resolutoria, se transformó en legado de usufructo, el de la propiedad.

422. La misma cuestión ocurrió ante la sala de casación en un caso en que se había gratificado en primer lugar al nieto de la testadora. Al tiempo de testar ésta, habia muerto su hijo dejando un nieto; y la testadora, sin instituir al nieto, decía: “En el caso de que mi nieto muera sin posteridad, quiero que se considere que no recibió más que en usufructo la mitad de mi herencia. En el mismo caso, lego la propiedad de esa mitad, *bajo condición suspensiva*, á mis sobrinos y sobrinas, quienes la recibirán por estirpe. De donde resulta que mi nieto no recibirá la mitad de mi herencia sino *bajo condición resolutoria*, á saber: que muera dejando posteridad.” Tal redacción con fórmulas jurídicas, descubre la mano del jurisconsulto que la hizo. La disposición puede formularse en estos términos: “Lego mi parte disponible á mi nieto, con la condición resolutoria de que muera sin posteridad; si se realiza la condición, lego el usufructo de mi parte disponible y de la nuda propiedad, á mis sobrinos.” ¿Hay substitución? En casación se resolvió que no la había. Hay, dice la sala, dos donaciones condicionales distintas, una del usufructo y la otra de la nuda propiedad; por lo mismo, debe aplicarse el art. 899 que permite se dé á uno el usufructo y á otro la nuda propiedad,

sin distinguir si la disposición es pura y simple ó condicional; además, las condiciones resolutoria y potestativa se permiten en las donaciones y en los testamentos lo mismo que en los contratos. El tribunal de primera instancia había resuelto que la disposición litigiosa contenía una substitución, y la sala de casación demuestra que no la hay. Supongamos, dice, que se realice la condición en vida de la testadora, es decir, que llegue á morir antes que ella su nieto sin dejar posteridad; resultará de ahí que nunca habrá recibido ni el usufructo ni la propiedad, y caducará el legado que se hizo. ¿Quién recibirá los bienes? Los sobrinos. ¿En virtud de substitución? Sí, en virtud de una substitución vulgar. No, sino de una prohibida. En esa hipótesis, no hay instituido, y así no puede haber ni substituto ni substitución. Si se realiza la condición, muerta la testadora, ó sea si muere su nieto sin posteridad, habrá sido legatario del usufructo; realizándose la condición con que se llamó á los sobrinos, vendrán á la herencia directamente, por retrotraerse su derecho al día en que muere el testador, y tendrán la nuda propiedad partiendo desde aquel momento; recibirán los bienes, no del nieto cuando muera, sino directamente de la testadora, que les transmite la propiedad por efecto de su voluntad. Esto excluye las substituciones, como lo acabamos de decir. (1)

M. Demolombe critica enérgicamente aquella resolución. "Si forma jurisprudencia, dice, mucho tememos que la fórmula aprobada por la sala de casación llegue á convertirse en protocolo completamente para uso de los que quieran establecer substituciones prohibidas. Esto quiere decir que la cláusula litigiosa tiene como fin y efecto eludir la prohibición del artículo 891, y que ofrece, por consiguiente, en el fondo todos los caracteres, todos los inconvenientes de las substituciones fideicomisarias. El nieto, dice

1 Denegada, 30 de Abril de 1855 (Dalloz, 1885, 1, 207).

M. Demolombe, se hace, muerto su abuelo, propietario pleno de los bienes legados; conserva esa propiedad toda su vida, y al morir los restituye á los sobrinos de la testadora si muere él sin posteridad. Esta es una substitución disfrazada con forma de legado condicional de usufructo y de nuda propiedad. Ya hemos contestado á la objeción. No es exacto que el nieto se haga propietario de los bienes legados con obligación de conservarlos y restituirlos á los sobrinos, si muere sin posteridad. Porque si se realiza tal condición, nunca habrá sido propietario, sino simplemente usufructuario, pues los sobrinos habrán sido los propietarios, y esto, como lo dice muy bien la sala de casación, no desde que muere el nieto, sino desde que muere la testadora; de ella reciben, pues, directamente los bienes, y son propietarios nudos á partir desde esa muerte. M. Demolombe dice que la disposición litigiosa no es absolutamente la que autoriza el art. 899. Lo que, según este autor, permite la ley, es que se conceda actualmente, ó sea en el momento de otorgarse la liberalidad, y por tanto al morir, si se trata de un legado, la nuda propiedad á uno y el usufructo á otro. ¿Qué quiere decir *actualmente*? ¿Es necesario que sea pura y simple la disposición? Esto es negar que el testador pueda donar el usufructo y la nuda propiedad bajo condición. La ley no dice que el testador deba disponer pura y simplemente; exigirlo es, por una parte, introducir en el art. 899 una distinción y una restricción que él no contiene, y por otra, prohibir al testador que disponga bajo condición; cierto que las disposiciones condicionales pueden encubrir una substitución fideicomisaria; ya volveremos á este punto. En nuestro caso no hay substitución. M. Demolombe sostiene que la posición del nieto, en aquel caso, era exactamente la de un gravado en una substitución fideicomisaria. Aquel pretendido legatario del usufructo, dice, es al mismo tiempo legatario de la nuda propiedad; de suerte

que hasta su muerte es pleno y completo propietario como lo es un gravado. Nos parece que la crítica se olvida de las condiciones. ¿Puede decirse que el nieto es pleno propietario cuando á su lado están unos sobrinos que son propietarios con una condición suspensiva, condición que, al realizarse, resolverá retroactivamente el derecho del nieto al grado de que nunca habrá sido más que usufructuario?

M. Demolombe dice que al morir el nieto sucedelo que en el caso de substitución. Si le sobreviven los sobrinos, quedará resuelta su propiedad y aquéllos recibirán los bienes *absolutamente* como gravados á la muerte del substituto. ¡*Absolutamente!* Nó, porque los substitutos reciben su derecho inmediatamente del gravado, obligado á conservar los bienes para restituírselos; mientras que los sobrinos reciben directamente los bienes de la testadora sin intermedio alguno; lo cual hace que hayan de estar concebidos al morir ésta, en tanto que no lo deben estar los substitutos en ese momento. La diferencia es capital: no hay substitución cuando no hay instituido que transmita los bienes al substituto. (1)

Nos queda un escrúpulo que sedujo á Coin-Delisle y á los editores de Zachariæ. Si se revalida la cláusula en la cual se convierte eventualmente un legado de plena propiedad en legado de usufructo, se facilita la manera de eludir la prohibición de las substituciones fideicomisarias, porque esa cláusula produce idénticos efectos. Podríamos contestar, con MM. Aubry y Rau en otra cuestión, que no es eludir la ley usar de un derecho que ella misma da, y creemos que combinado el art. 899 con las disposiciones condicionales, da al disponente el derecho que se le disputa; pero esta respuesta no nos satisface por completo. Hase dicho y no con razón, que el art. 899 debe entender-

1 Demolombe, t. 18, pág. 137, núm. 120. Compárese á Coin-Delisle, *Revista de legislación*, 1856, t. 9^o, págs. 289 y siguientes. Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 12, nota 8, pfo. 694).

se y aplicarse de modo que no nulifique el 896. Hay una respuesta más directa para la objeción, y la hemos dado ya nosotros al fijar la diferencia que existe en derecho entre la cláusula litigiosa y la verdadera substitución fideicomisaria. No son los mismos los efectos en derecho, y son menores los inconvenientes. En derecho, no hay dos propietarios sucesivos de una misma cosa, por no ser el primer agraciado más que usufructuario por efecto que resuelve el legado hecho en la propiedad. No hay más que un solo legatario de la propiedad si se realiza la condición resolutoria, y es el segundo agraciado, el cual obtiene directamente su derecho del disponente, sin intermediario; de modo que debe existir al tiempo de morir el testador, mientras en la substitución fideicomisaria el segundo agraciado recibe las cosas del primero, y basta que exista cuando se abre la substitución con la muerte del instituido. De hecho, la condición resolutoria hace que sea incierta la propiedad mientras está en suspenso, dañando, por consiguiente, á la circulación de los bienes; no se sabe quién será el propietario, si el primer agraciado ó el segundo. En eso está nuestro escrúpulo, pero creemos que sólo el legislador podría formar el derecho no pudiendo hacerlo el intérprete, puesto que extendería la prohibición de las substituciones á una cláusula que no ofrece todos sus caracteres ni inconvenientes. Sería necesario llegar hasta prohibir la cláusula resolutoria en las disposiciones testamentarias, y tal prohibición no existe en la ley.

423. Citase como habiendo consagrado la opinión contraria, la que la sala de casación adoptó en un fallo del tribunal de Metz. Ciertó es que este tribunal parece aprobar la crítica que hizo Coin-Delisle de la resolución que hemos tratado de sostener; pero no es la doctrina sustentada por aquel eminente jurisconsulto y después de él por los editores de Zachariæ y por Demolombe, la que el cita.

do tribunal sancionó. Este buscó motivos para su resolución en las cláusulas absolutamente particulares del testamento; es su fallo un fallo de caso especial, mientras que la sala de casación dió uno de principio. Muy largo había de ser, y por demás inútil, entrar en el pormenor de las circunstancias del mencionado caso, por variar ellas de uno á otro.

No citaremos más que la cláusula que, según el tribunal de Metz, prueba que el disponente quería hacer, y realmente hizo, una substitución. Quería el testador asegurar sus bienes á su sobrino y á los hijos de éste, ó al sobrino nieto de su esposa, con exclusión de sus parientes colaterales. Comenzó por legar á su sobrino el usufructo de sus bienes, instituyendo conjuntamente legatarios de la nuda propiedad á su propio sobrino y al sobrino nieto de su mujer. En seguida prevee el caso de que muera su sobrino dejando ó no descendientes. Aquí se manifiesta con claridad la idea de la substitución. No se limita el testador á decir que si, muerto él, su sobrino deja hijos, éstos serán los llamados á heredar de preferencia al sobrino nieto de su mujer, que tal disposición habría sido muy válida, por ser la que autoriza el art. 898 y que se conoce con el nombre de substitución vulgar. Esta substitución supone que uno de los agraciados no la recibe, y así nunca hay más que un agraciado; mientras que, en el caso resuelto en Metz, había dos. Es manifiesto, dice la resolución, que el disponente previó el caso de que su sobrino llegara á morir después que él, y habiendo recibido ya; y en esa hipótesis, si moría sin hijos, quería que toda la herencia se le aplicara al sobrino nieto de su mujer. Entendida así la cláusula, ciertamente contenía una substitución, puesto que el sobrino del testador comenzaba por recibir los bienes para transmitirlos al morir al sobrino nieto por afinidad del testador. Tal es la circunstancia particular

del caso resuelto en Metz. Nos remitimos á la colección de fallos, en cuanto á los pormenores. (1)

424. El fallo del tribunal de Metz merecía ser mencionado, por ser la prueba de que la cláusula que contenga disposición de usufructo y disposición de nuda propiedad puede encubrir una substitución, en el cual caso dicho se está que debe aplicarse el art. 896. No puede depender del testador hacer una substitución prohibida, haciéndola en apariencia bajo una forma que la ley autoriza. Esto pasaría también si el testamento contuviese una cláusula evidente de substitución, y si otra cláusula, previendo la entrega de bienes que hiciera de por vida el instituido al substituto, permitiera al primero de éstos retener el usufructo de los bienes; esa cláusula de usufructo no destruye la primera, que está inficionada de substitución y es nula como tal. Así lo declaró el tribunal de Pau, y desde el punto de vista de los principios, la cosa no es dudosa. (2) En cuanto á la apreciación de los hechos y de las cláusulas, aceptámosla tal como la han hecho los tribunales y por la razón que acabamos de dar (núm. 423).

ARTICULO 2.—*El orden sucesivo.*

Núm. 1. Principio.

425. Enseñan los autores, de común acuerdo, que el orden sucesivo es un carácter esencial de las substituciones fideicomisarias. No basta que se legue una misma cosa á dos personas para que haya substitución; es menester que el segundo agraciado no reciba los bienes sino después que el primero. De suerte que la propiedad descansa sucesivamente en dos personas: el instituido es propietario hasta su muerte, y desde ese momento recibe los bienes el substituto y se hace á su vez propietario. Ambos reciben la

1 Metz, 7 de Julio de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 226).

2 Pau, 30 de Junio de 1830 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 189).

liberalidad del testador, pero con la diferencia que caracteriza la substitución, y es la de que el instituido recibe los bienes de manos del disponente, mientras que el substituto los recibe por medio del instituido. El art. 896 consagra este principio, que es tradicional, suponiendo que hay un donatario, un heredero instituido ó un legatario, y por tanto, un primer agraciado que recibe los bienes á título de propietario, puesto que el legado y la donación son actos translativos de propiedad. El artículo añade que el instituido debe conservar los bienes y restituirlos á un tercero, que lo es el substituto. Luego del instituido es de quien el substituto recibe los bienes, y sin que el instituido se los done ó legue, puesto que el instituto se los devuelve como encargado que estuvo para ello por el disponente. Falta saber cuándo debe restituirlos; más adelante veremos que esto ha de ser cuando muera. (1)

Tal es el orden *sucesivo*. Más que una transmisión de bienes que se haga sucesivamente, una después de otra, indica esa palabra que la transmisión se verifica á título de *sucesión*; es un orden especial de suceder creado por el disponente, orden que deroga el legal y regular en que están llamados á heredar los parientes. Ese carácter de las substituciones es uno de los motivos que han hecho que se las prohíba. Bigot de Préameneu lo hizo notar en la discusión asaz detenida, después de la cual, el consejo de Estado admitió, por principio, una excepción á la prohibición de las substituciones fideicomisarias. La donación y el testamento son actos por los cuales se transmite y adquiere la propiedad. Tal es el derecho común. La substitución no es simplemente transmisión de propiedad, sino un *orden* establecido entre las personas á quienes el disponente llama para que recíprocamente se sucedan. Esto es constituir, para

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 14, núm. 24. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 2, nota 4.

las generaciones futuras, el estado de la organización de la familia. Muy bien dice Bigot de Préameneu que eso es ejecutar un acto de legislar, más bien que ejercer un derecho privado. Mejor dicho, no es un derecho, es un privilegio opuesto al derecho. En efecto, el que el hombre tiene respecto de sus bienes, cesa al morir él; por las substituciones sobreviven á sí mismo, dispone de sus bienes á pesar de no vivir ya, puesto que los hijos que están por nacer son los que reciben los bienes como substitutos y recibenlos en el momento de morir el substituyente. (1)

426. Cuando no hay orden sucesivo no hay substitución. Una liberalidad hecha conjuntamente á dos personas no es substitución prohibida. Doy ó lego mi parte disponible á Pedro y á su hijo mayor. Hay dos agraciados y, por lo mismo, dos liberalidades, donándose ó legándose á Pedro y á su hijo una misma cosa, puesto que cada uno de ellos está llamado á recibir todos mis bienes. Pero no hay orden sucesivo; ambos agraciados reciben simultáneamente los bienes y se hacen propietarios irrevocables á partir desde el momento en que producen efecto el testamento ó la donación; nada recibe de su padre el hijo mayor de Pedro, pues recibe los bienes directamente del disponente, aun cuando, por la renuncia de su padre, los llegue á recibir todos; no los recibe como substituido á su padre, ni tampoco de su padre, sino que sucede en todos ellos por habérselos donado ó legado el disponente. Por tanto, ni hay obligación de conservar y restituir, ni imposibilidad de enajenar, ni, por fin, los inconvenientes que motivaron la prohibición de los substitutos.

427. No se puede establecer una regla, en materia de substitución, sin añadir una restricción, y es la de que la

1 Sesión del consejo de Estado del 14 pluvioso, año XI, núm. 2. (Loché, t. 5º, pág. 211).

disposición, aparentemente legal, está afectada de nulidad si encubre una substitución prohibida. Una testadora lega sus bienes á sus dos hermanos, con la cláusula de que si alguno de ellos muere antes ó después que ella, el que sobreviva lo recibirá todo. En el caso de muerte anterior de uno de los hermanos, el que sobreviviera debía recibir toda la herencia por derecho de no-acrecencia, puesto que estaba llamado á todos los bienes; esto es de derecho común. Pero la testadora llamaba también al que sobreviviera, á toda la herencia, en el caso de que muriera después que ella el otro hermano, y, por consiguiente, después de haber recibido y héchose propietario. ¿Con qué título recibiría el superviviente la mitad de los bienes que le hubieran tocado á su hermano? Esto no sucedería por derecho de acrecencia, puesto que la acrecencia supone la caducidad del legado, y, en nuestro caso, lejos de haber caducado éste, había producido su efecto, se había abierto en favor del hermano; de éste, pues, recibía el superviviente los bienes que había recibido el otro, y en tal virtud, éste mismo debía conservarlos y restituirlos, al morir, al superviviente. Hé ahí la carga de conservar y restituir al morir. Por tanto, hay orden sucesivo y, consiguientemente, substitución prohibida. (1)

Núm. 2. Aplicación:

1. De la substitución vulgar.

428. Dice el art. 898: "La disposición por la cual se llama á recibir la donación, la herencia ó el legado, en el caso de que el donatario, el heredero instituido ó el legatario no la reciban, no será considerada como substitución y será válida." Esto es lo que se llama substitución "vulgar."

1 Bruselas, 27 de Julio de 1830 (*Pasicrista*, 1830, pág. 192).

La disposición prevista por el art. 898 es, pues, una substitución, puesto que al primero se substituye un segundo gratificado, para el caso de que aquél no quisiera ó no pudiera recibirla. Si el art. 898 dice que eso no es substitución, es con el fin de marcar que no es la que prohíbe el art. 896, ó sea la fideicomisaria.

¿Por qué es válida la substitución vulgar? Porque no tiene ninguno de los caracteres ni inconvenientes que hicieron prohibir la fideicomisaria. No hay orden sucesivo, porque no hay más que una liberalidad. Lego mi parte disponible á mi hijo mayor, y caso de que no reciba el legado, le substituyo con su hijo mayor. Si mi hijo le recibe, no puede recibirle mi nieto, puesto que sólo está llamado para el caso de no recibirle mi hijo. Si llega á él mi nieto, es porque mi hijo no habrá podido ó querido recibir el legado. No hay, pues, en todo caso, más que un agraciado, que ora lo será mi hijo, ora mi nieto; y así sólo hay una liberalidad que se abre con la muerte del testador. Ese único legatario no está obligado á conservar y restituir, sino que es propietario definitivo. Ninguna incertidumbre cabe en cuanto á la propiedad; los bienes quedan dentro del comercio, pudiendo el legatario que los reciba disponer de ellos. Nada tiene de común la substitución vulgar con la fideicomisaria, fuera del nombre, que ni siquiera le da el código, sin duda por repugnar las substituciones aristocráticas del antiguo régimen.

429. El código supone que una donación entre vivos puede contener una substitución vulgar; cosa imposible cuando la donación es pura y simple. En efecto, el donatario se hace inmediata é irrevocablemente propietario de la cosa donada y, por lo mismo, no puede un substituto recibirla en su lugar. Para que pueda hacerse la substitución por donación, hay que suponer una donación hecha bajo condición suspensiva ó resolutoria. Si es suspensiva,

puede faltar y, en tal virtud, no habrá existido la donación; supuesta la cual eventualidad, puedo yo donar la misma cosa á otro donatario substituido el primero. Si la condición es resolutoria, resuelve la donación cuando se realiza; y en vista de tal eventualidad, puedo llamar al segundo donatario. (1)

Puede la condición dar á la substitución vulgar, el aspecto de una substitución fideicomisaria. Díjose en cierta donación: "En el caso de que el donatario llegue á morir antes que el donante, declara éste que dona la misma cosa á los padres del donatario. Por medio de lo cual, continúa el documento, el donante se deshace y desprende de la nuda propiedad de la fracción del terreno por él donada para apoderar de ella al donatario, y, en caso de que éste fallezca antes, á los padres del donatario, para que gocen y dispongan de ella muerto el donante." Se pide la nulidad de la donación como inficionada de substitución. En efecto, el instrumento *apodera* desde luego al primer donatario de la propiedad, y después, en caso de fallecimiento anterior del donatario, la propiedad pasa á sus padres. Se resolvió que el instrumento, de pésima redacción, no contenía substitución. El primer donatario, que lo era un hijo menor, sólo condicionalmente resultaba agraciado: si sobrevivía al donante y, caso de morir antes, se llamaba á los padres á recibir los bienes, ellos los recibirían como donatarios directos, habiendo aceptado como tales. Era, pues, una substitución vulgar hecha por donación condicional. (2)

430. ¿Qué efecto produce la substitución vulgar? Aplícanse los principios generales relativos á los legados y á las donaciones, puesto que el substituido es un dona-

1 Durantón, t. 8º, pág. 31, núm. 36. Coin-Delisle, pág. 62, número 7 del artículo 898; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 8 y nota 6.

2 Poitiers, 3 de Abril de 1818 (Dalloz, núm. 144).

tario ó un legatario, gratificado directamente por el disponente. Sin embargo, ocurrió una dificultad. Una testadora instituyó legatarios universales á su hermano y á su hermana. Muerto antes el hermano, hizo aquélla nuevo testamento nombrando á su hermana legataria universal y, caso de que muriera, instituía legatarios universales á los seis hijos de otra hermana muerta anteriormente y al hijo único de otra más, añadiendo cada uno por una séptima parte igual. Surgió la cuestión de si los substitutos eran legatarios universales ó á título universal de un séptimo. El tribunal de Gand resolvió en general que habiendo sido puestos los substitutos en lugar del instituido, y no formando en realidad las dos disposiciones más que una sola, el derecho de los substitutos debía ser idéntico al de los instituidos; y pues que la institución era universal, lo era también necesariamente la substitución. Esto es cierto en teoría; pero prácticamente, hay que tener en cuenta la voluntad del testador, á quien nada impide substituir á los legatarios universales con otros también universales. ¿Había esa intención en aquel caso? Objetábase la indicación de las partes; el tribunal repara en que había una razón por la cual había hecho la testadora esa indicación; á saber: que ella no quería una partición por estirpes, y por lo mismo, debía declarar que la partición se hiciera por cabeza, lo cual no excluye el legado universal. (1)

431. La substitución vulgar da lugar á las mismas dificultades que todas las disposiciones semejantes en algo á la substitución fideicomisaria. Es válida; y de allí se concluyó que toda disposición que pudiera interpretarse como substitución vulgar debía mantenerse. Volveremos á este punto al tratar de la interpretación de las substituciones. No hay que decir que basta dar á una disposición el nombre y aspecto de substitución vulgar para revalidarla, si-

1 Gand, 9 de Marzo de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 136).

no que la naturaleza de la disposición es la que resuelve sobre su validez ó nulidad, y no la forma que le dan las partes para eludir la prohibición legal. Hay un carácter esencial sin el cual no podría haber substitución vulgar; es preciso que el instituido llegue á morir antes de recibir el legado; si le recibe y si á su muerte le transmite á un substituto, hay dos liberalidades hechas en orden sucesivo, y por tanto, substitución fideicomisaria. Un testador instituye á una mujer casada por su legataria universal, añadiendo la cláusula de que falleciendo la legataria antes que el marido, quería que el legado *volviese* á sus cuatro hijos; con el nombre de *vuelta*, aquella disposición contiene una verdadera substitución prohibida, puesto que no puede volver á los hijos el legado sino después de aceptado por la madre; hay, pues, dos agraciados, y ambos en orden sucesivo. En seguida el testador prevée el caso de que uno, dos ó tres de los hijos de la legataria llegaran á morir antes ó *después* que la madre, y quiere que, en ese caso, la totalidad de sus bienes pertenezca al hijo ó á los hijos que existan al morir la madre. Esta segunda disposición, dice el tribunal de París, se relaciona con la primera, é implica que la sobrina recibió el legado y que, por consiguiente, transmite los bienes á sus hijos. Recurrido el fallo se resolvió que el tribunal había interpretado con justicia el testamento declarando que resultaba de él una substitución fideicomisaria. (1)

Hubo otro caso en que ocurrió alguna duda; se interpuso la casación, y la sala de lo civil resolvió como la de apelación. La disposición litigiosa estaba concebida así. Una testadora declara que instituye por herederas universales á sus dos hermanas; muerta una de ellas, quiere la testadora que toda la herencia la reciba la otra, pues pa-

1 Donogada, 15 de Enero de 1812 (Dallos, palabra *Substitución* núm. 108).

ra ese caso la instituye su heredera general. Sosteníase que había substitución vulgar: la habría habido, si hubiese dicho el testamento que en el caso de que una de las hermanas muriera antes que la testadora, la otra sería llamada á la herencia; pero no se hacía tal restricción y, por lo mismo, el testamento comprendía también el caso de que muriera una de las legatarias después de haber recibido; lo cual implicaba dos liberalidades con orden sucesivo, y por consiguiente substitución fideicomisaria. Se quiso todavía revalidar la disposición como legado condicional, hecho para el caso de que la que muriera antes dejara en su herencia una parte de los bienes que procedieran de la testador, lo cual había sido fideicomiso *de residuo*, admitido como válido por los autores y por la jurisprudencia. Pero los términos del testamento que hemos transcripto, prueban que la sobreviviente de las dos hermanas estaba llamada á la herencia para *todos* los casos y á la *totalidad* de la herencia. De hecho las dos hermanas sobrevivieron á la testadora y recibieron la institución; los bienes fueron, pues, propiedad suya definitiva. La mitad que tocó á una de las hermanas no podía pasar á la otra sino á título de substitución. En vano se invocaba el derecho de acrecer; el artículo 1,044 supone que uno de los legatarios conjuntos muera antes que el otro, que caduque el legado; por tanto, no se puede tratar de acrecencia cuando produjo su efecto el legado (1)

II. De las disposiciones conjuntivas.

432. Hemos dicho que las liberalidades conjuntivas no contienen substitución fideicomisaria, por no haber orden sucesivo. Así lo declaró la sala de casación en un caso en que se sostenía que había substitución prohibida. Había le-

1 Denegada de la sala de lo civil de 26 de Diciembre de 1836 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 218).

gado el testador una casa á su sobrino para que disfrutaran de ella él y sus hijos varones en toda propiedad. Se resolvió que los hijos eran instituidos conjuntamente con el padre, lo cual excluía la substitución. (1) Aun cuando hubiese dicho el testador que instituía á su sobrino y al hijo mayor de éste, no habría habido substitución, porque el hijo mayor recibiría, no como substituto sino como instituido.

433. Hay legados conjuntivos que pueden interpretarse como substitutos fideicomisarios; sin embargo, los tribunales los mantienen cuando es posible explicarlos, ora en virtud del derecho de acrecencia, ora en virtud del artículo 898. La jurisprudencia se muestra fácil é indulgente en la interpretación de los actos de última voluntad; más adelante apreciaremos este sistema que, á nuestro juicio, excede los límites de la ley y la viola. Se hace un legado á tres individuos conjuntamente *y al que sobreviva de los tres*; ¿qué quieren decir estas últimas palabras? La cláusula es general y comprende, por consiguiente, todos los casos de supervivencia y de muerte anterior; no distingue si los legatarios mueren antes que el testador y antes de recibir, ó después que el testador y de recibir; en esta última hipótesis, hay liberalidades sucesivas y, por lo mismo, substitución. El tribunal de Besançon le dió esta interpretación: es un legado hecho conjuntamente, dice, con derecho de acrecer en favor de los colegatarios, en caso de morir uno de ellos antes que el otro y que el testador. Si se interpretan así las palabras *y al que sobreviva de los tres*, la cláusula es inútil; el tribunal responde que ella es una explicación. La explicación misma es inútil y poco clara, lo cual prueba que el testador no quería explicar el efecto de la acrecencia. Aun se puede, dice el tribunal, ver en la cláusula

1 Denegada, 17 de Noviembre de 1818 (Dalloz; palabra *Disposiciones*, núm. 311).

litigiosa una substitución vulgar establecida para el caso de que dos de los legatarios llegaran á morir antes que él. También esa es una interpretación forzada, y tanto como la del derecho de acrecer. Indudablemente no se deben interpretar los testamentos de modo que resulten nulos; pero tampoco se deben mantener disposiciones que la ley prohíbe por motivos de orden público. (1)

El tribunal de Riom, presidido por Grenier, resolvió, como el de Besançon, que la donación hecha á dos personas conjuntamente, con cláusula de que en caso de morir antes uno de los donatarios pasará la donación en su totalidad al que le sobreviva, no constituye una substitución prohibida. (2) A nuestro juicio, hay que aplicar, y con mayor razón, á la donación conjuntiva lo que acabamos de decir del legado conjuntivo.

Lo que los disponentes habían dicho implícitamente en las liberalidades conjuntivas sostenidas por los tribunales de Besançon y de Riom, declararon otros expresamente, y sus testamentos fueron declarados nulos; lo cual nada quiere decir para la jurisprudencia, pues basta con disfrazar el pensamiento y hacerle dudoso para que se mantenga la disposición. Un padre instituye á sus hijos varones, que eran dos, por sus herederos generales y universales, con la cláusula de que el segundo recibirá toda la herencia después de muerto el primero. Esto no es substitución vulgar, dice el tribunal de Pau, puesto que el segundo hijo estaba llamado, no en el caso de que el primero muriera antes que el padre, sino después que su hermano, y, por lo mismo, después que éste hubiera recibido. Tampoco esto es disposición de usufructo en favor del primero, y de nuda pro-

1 Besançon, 29 de Marzo de 1811 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 217).

2 Riom, 25 de Febrero de 1825 (Daloz, palabra *Substitución*, número 199).

piedad en favor del segundo, porque los dos hermanos estaban llamados conjuntamente á la herencia, y, por tanto, ambos á la propiedad entera de los bienes. El primer hijo se hacía propietario de la parte que recibía en la herencia de su padre; después, al morir, sus bienes pasaban á su hermano; había, pues, dos liberalidades con orden sucesivo, con obligación de conservar y de restituir, lo cual caracteriza la substitución fideicomisaria. Se pretendía que había legado conjuntivo con derecho de acrecer; pero ya hemos dicho (núm. 131) que ese derecho supone el fallecimiento previo de uno de los colegatarios y la caducidad del legado; mientras que en el caso, la pretendida acrecencia no tenía lugar sino después de que hubiera recibido el legatario conjunto. (1)

El testador dijo: Lego mi finca de campo á María y á su sobrina, para que disfruten juntamente de ella y como recíprocas herederas. Se impugnó el testamento, porque era patente la substitución: para que una de las herederas pudiese heredar á la otra, era menester que la que muriera antes hubiese recibido, y si había recibido, debía conservar para restituir á su colegataria. Para escapar á la nulidad del legado, los legatarios decían que sólo el *goce* común les había legado el difunto, pues que la propiedad se le había donado condicionalmente á la que sobreviviera. El tribunal de Orleáns no se tomó el trabajo de contestar á semejante argumentación, y tuvo razón. (2)

434. Sostenían que también había substitución fideicomisaria en la disposición siguiente. Instituye el testador sus herederos universales á los hijos de su sobrino y de su sobrina. “En el nombre de hijos comprendo, decía, á los que estén por nacer, aunque todavía no estén concebidos al

1 Pau, 15 de Marzo de 1826 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 113).

2 Orleáns, 18 de Febrero de 1829 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 113).

tiempo de morir yo. Quiero que se haga la partición cuando llegue á la mayor edad el mas joven de esos hijos nacidos y por nacer, de modo que los derechos y partes de cada uno en la propiedad y los caídos no quedarán definitivamente sino hasta esa época." Una disposición en favor de los hijos que estaban por nacer era válida en nuestro derecho antiguo. (1) Hoy es nula (art. 906). ¿Pero lo es por hacerse en favor de incapaces, ó por contener una substitución prohibida? La diferencia es grande: si es substitución, será nula toda la disposición, de suerte que los hijos nacidos ó muertos antes que el testador nada aprovecharán de ella. Si la disposición es nula por la incapacidad de los legatarios, no se aprovecharán de ella los incapaces, lo cual no impedirá á los legatarios capaces que reciban el beneficio de la institución. Siempre han declarado los tribunales de Bélgica que no había substitución. El punto, á nuestro entender, no es dudoso. No hay orden sucesivo en una disposición como aquélla; los hijos por nacer están llamados con igual título que los nacidos, y unos y otros reciben su derecho del testador sin intermediario. No se puede decir que los hijos nacidos al morir el testador están obligados á conservar los bienes para restituirlos á los hijos por nacer. El testador, en el caso resuelto por el tribunal de Bruselas, respondía de antemano á la objeción, diciendo que durante el tiempo que pasara entre su fallecimiento y la mayoría del último de sus nietos nacido, la propiedad quedaría en suspenso, por no deber arreglarse definitivamente los *derechos* de todos los instituidos sino hasta el tiempo señalado para la partición. (2) No insistimos en esto por no poderse ofrecer la cuestión, en virtud de saber los testadores que, bajo el imperio del código civil, no les

1 Bruselas, 23 de Mayo de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 85).

2 Bruselas, 23 de Mayo de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 150). Compárese con lo resuelto en Lieja, á 18 de Noviembre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 329).

es lícito disponer en favor de hijos que estén por nacer.

III. De las disposiciones condicionales.

1. De las substituciones condicionales.

435. Las disposiciones condicionales, en su relación con las substituciones, dan lugar á serias dificultades. Hay un punto serio, y es el de que la disposición que encierra una substitución fideicomisaria es nula cuando es condicional, quiere decir, cuando la carga de conservar y de restituir se impone bajo condición. Instituyo á Pablo mi heredero universal, y si muere sin hijos, le encargo que restituya mi herencia á Pedro. Hé aquí una substitución condicional en toda su sencillez: hay substitución, puesto que Pablo, instituido en primer lugar, debe conservar los bienes y restituirlos al morir, á Pedro. Pero la carga de conservar y restituir no es pura y simple; Pablo no debe restituir los bienes á Pedro si no es muriendo sin hijos. La substitución es, pues, condicional; y de que lo sea se ha de seguir que no cae bajo el dominio del art. 896? La prohibición de las substituciones es general y absoluta; la ley no distingue si son puras y simples ó condicionales. Ni lugar había para que distinguiera, pues la substitución condicional tiene los mismos inconvenientes que la pura y simple; y si la ley prohíbe la una, debe prohibir también la otra. (1)

La jurisprudencia aplica este principio á todos los casos en que el instituido debe restituir los bienes, en cualquier eventualidad, aun cuando la disposición no hablara de la carga de conservar y restituir. En las substituciones, menos que en cualquier otra disposición, hay que atenerse á

1 Toullier, t. 3º, 1. pág. 237, núms. 36 y 37. Durantón, t. 8º, página 93, núm. 89. Rolland de Villargues, pág. 404, núm. 270. Hay un decreto en este sentido, de 31 de Octubre de 1810 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 124). La sala de casación sienta el mismo principio. Denegola, 28 de Junio de 1812 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 155), y 31 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 438).

las apariencias del instrumento, puesto que la forma ordinariamente tiene por objeto encubrir el verdadero pensamiento del disponente. Se resolvió que hay substitución cuando un padre lega la parte disponible á su hijo, con la cláusula de que si el legatario llega á morir antes de la mayor edad, se restituirán los bienes á un tercero. La misma resolución se dió para el caso de que se haya dicho que el testador entendió que un tercero recibiría los bienes si llegaba á morir el legatario universal antes de casarse. El testador no se sirvió de las palabras que caracterizan la substitución; no se trataba ni de instituido, ni de substituto, ni de carga de conservar ó restituir, sino que esa carga resultaba virtualmente de la disposición, si bien era condicional. (1)

La sala de casación confirmó una resolución análoga del tribunal de Tolosa. El testador legó todos sus bienes al hijo de su criada, seguramente un hijo natural no reconocido, y previendo que podría el hijo llegar á morir en la menor edad, y no queriendo que recibiera los bienes la madre del legatario universal, dispuso que en esa eventualidad, se dividieran entre sus sobrinos. ¿Habla substitución? El tribunal de primera instancia se declaró por la validez de la disposición, considerándola como legado condicional hecho al sobrino del testador. Aquí se manifiesta ya la dificultad que hemos indicado. El tribunal de Tolosa resolvió que había substitución condicional. Tratábase de saber si el hijo instituido en primer lugar estaba llamado á recibir los bienes y si los que recibiera debían pasar á los sobrinos del testador, en el caso de que el legatario muriera en la menor edad. Ahora bien, las cláusulas del testamento probaban hasta la evidencia (son palabras de la sala de casación) que la mente del testador había sido que, al morir

1 París, 7 termidor, año XII, y Agosto 30 de 1820 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 141, 1º y 2º).

él, entrara el primer heredero instituido en la propiedad de los bienes legados á él con carga de restituirlos, en caso de que muriera en la mayor edad, á los sobrinos del testador. Dejemos á un lado estos pormenores, es punto de hecho, y hagamos tan sólo una advertencia muy justa del tribunal de Tolosa: bastaba, dice, añadir una condición á la substitución para hacerla válida á título de legado condicional: siempre escaparían las substituciones á la prohibición de la ley, puesto que bastaría decir, por ejemplo, que si el instituido llegaba á morir antes de cumplir cien años, pasarían los bienes á otros legatarios; y, realizándose siempre, ó casi siempre, esta condición, siempre también, produciría su efecto la substitución so color de legado condicional. (1) A decir verdad, hay diferencias esenciales entre un legado condicional y una substitución condicional, que más adelante harémos ver. En nuestro caso, la substitución condicional resultaba de que primero recibía los bienes el primer heredero instituido y, después, al morir él, los substitutos, si se realizaba la condición. Mientras que, si hubiese habido un legado condicional, el primer instituido no habría recibido nada, y los sobrinos habrían sido los únicos legatarios desde los principios.

436. Instituye el testador á sus dos sobrinos con la cláusula de que en caso de morir sin hijos uno de ellos, pasarían al otro los bienes que se le legaran á aquél. ¿Hay substitución? Sí, porque hay dos liberalidades, dos agra-ciados: cada uno de los legatarios recibe por principio las cosas que se le legaron, transmitiéndolas después al otro legatario, si llega á morir sin hijos. Hay, pues, orden sucesivo si se realiza la condición y, por lo tanto, substitución condicional. Pretendíase que era menestar interpretar la disposición como substitución vulgar, ó como lega-

1 Denegada, 22 de Noviembre de 1842 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 141, 3º). Compárese con lo resuelto en Limoges, á 6 de Junio de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 144)

do condicional. El tribunal de Ruan responde que no podría tratarse de substitución vulgar, puesto que cada uno de los legatarios, llamado á una cosa distinta, comienza por recibir su legado. Tampoco puede tratarse de legado constitucional, pues sería menester sobreentender la condición. Si uno de los legatarios sobrevive al otro, lo recibirá todo. Sin embargo, no se pueden crear condiciones para hacer valer un legado como condicional. En el caso, hay una condición que afecta á la substitución, y así es una substitución condicional, y no un legado condicional. (1)

Había una razón más concluyente para decidir que el legado no era condicional, y era que en uno así no podía haber más que un agraciado, por no producir efecto la otra liberalidad, ora se realizara la condición suspensiva, ora la resolutoria. Mas en el caso, ambas liberalidades producían efecto; la institución era pura y simple; la carga de restituir era condicional.

Sin embargo, otro tribunal se engañó. Un testador legaba á un amigo todo lo que deje al morir; y en el caso, dice, de que muera sin hijos el legatario, deberá volver á mi familia todo lo que le doy. El tribunal de Dijón declaró que aquella disposición no imponía la carga positiva de conservar y restituir, pudiendo entendiéndose como substitución vulgar, por no estar llamada la familia sino en el caso de morir el heredero instituido antes que el testador. Véase una de tantas interpretaciones que á fuerza de querer mantener el testamento, exceden á la ley y la infringen. No hay lugar de interpretar, dice la sala de casación, cuando las cláusulas del testamento son claras, precisas y no susceptibles de dos sentidos. ¿Qué dice el testador? Que el legado debe *volver* á su familia; mas para que *vuelva* el

1 Ruan, 24 de Agosto de 1812 (Daloz, palabra *Substitución*, número 155).

legado, es necesario que el primer instituido le haya recibido; es menester, pues, que el legatario universal conserve los bienes legados, pues de otro modo no podrían *volver* á la familia del disponente. Así, la carga de conservar y restituir estaba escrita con todas sus letras en el testamento. Y cuando hay formal substitución fideicomisaria, es preciso no imaginar una interpretación para hacer que valga una disposición que la ley reprueba. (1)

437 La misma cuestión ocurrió en casación, pero con circunstancias algo distintas que daban lugar á nuevas dificultades: prueba de que en esta materia hay que ocurrir á los precedentes con gran reserva. Una testadora instituye por su legatario universal á su sobrino, con la condición de que, en el caso de no haberse casado y morir sin hijos legítimos, los bienes legados volverían á su hermano segundo ó á sus hijos. Esta primera disposición contenía una substitución: las palabras *volverán después de él*, dice el tribunal de Agén, suponen necesariamente que primero fueron los bienes al primer instituido, que éste los recibió antes de que volvieran á otro, y no deben ser restituidos sino al morir, lo cual implica la obligación de conservarlos y de restituirlos á su muerte.

La testadora añadía que dejaba á su heredero enteramente libre para adoptar, en unión de su hermano y en vida de ambos, los arreglos que les convinieran, pero de modo que se ejecutara fielmente su voluntad (del difunto) por uno ú otro de los dos hermanos; la testadora quería sobre todo que su tierra de Xaintrailles se le quedara á uno de sus sobrinos, quien había de adoptar su apellido para agregarle al suyo propio. En esta cláusula insistía el recurrente para inferir que, siendo libre el heredero instituido para disponer de los bienes, no se podía decir que estuviese encargado de su conservación; y que así, la substitución era

1 Casación, 8 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 59).

una de aquellas que se llaman *de eo quod supererit*, y es de jurisprudencia que tal substitución no cae bajo la prohibición del artículo 896. La sala de casación responde que una cosa es el derecho de disponer libremente de las cosas comprendidas en una substitucion, lo cual constituye el fideicomiso *de residuo*, y otra cosa la facultad de entrar en arreglos con el substituto, lo cual implica la necesidad del consentimiento de éste, y aun con ese consentimiento, los dos hermanos deberían ejecutar fielmente la voluntad de la testadora, ¿y cuál era esa voluntad? La de substituir, claramente expresada en el testamento.

Todavía se sostenía que la disposición litigiosa era, no una substitución prohibida, sino una institución bajo condición resolutoria, autorizada por la ley. En este punto, la sala de casación distingue: admite la validez de una disposición hecha bajo condición resolutoria cuando ésta debe realizarse en determinado tiempo y vivo el instituido; pero no la admite como inficionada de substitución cuando la condición es de tal naturaleza que no se puede realizar sino muerto el instituido: tal es la de morir sin hijos. Ya volveremos á esta distinción. A nuestro juicio, la sala debió haberse limitado á hacer constar que había substitución fideicomisaria bajo condición, y resolver, como por lo demás lo hizo, que el art. 896 prohíbe la substitución condicional lo mismo que la pura y simple. (1)

438. Presentábase también otro medio de casación, y sosteníase que no había substitución en lo tocante á la fortuna mueble de la testadora. En efecto, no habiendo ordenado ésta el empleo que hubiera de hacerse del mobiliario ni habiendo indicado alguna medida para asegurar su conservación, resultaba que el heredero instituido podía disponer de él con toda libertad, lo cual excluía la carga de conser-

1 Denegada, 31 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 438).

var y, por consiguiente, la substitución prohibida por el art. 896. La sala se desentendió de ese medio, diciendo que era inútil examinar si, á falta de empleo prescripto para asegurar su representación al morir el gravado, la substitución se sale de las prohibiciones de la ley, porque, en el caso, la substitución comprendía en una sola y misma disposición todos los bienes de la testadora; y era imposible dividirla, manteniéndola para los valores muebles y anulándola para los inmuebles. Esto sería, dice el fallo, violar la voluntad de la testadora. Tal razón no nos convence mucho; se trata de saber lo que la testadora tenía derecho de querer; si se admite que podía disponer de sus valores muebles con carga de substitución, pero no de los inmuebles, sería menester hacer la distinción propuesta por el recurso. La cuestión es, pues, cuestión de derecho, no de voluntad. La sala añade, en efecto, que el artículo 896 no permite distinguir, sino que anula por completo la disposición hecha con obligación de conservar y restituir; y así cuando hay disposición de todos los bienes con carga de conservar y restituir, debe anularse toda la disposición. No estamos por ese argumento: la substitución es general, y por lo mismo también la nulidad.

La cuestión que la sala de casación rehusó examinar ocurrió en el siguiente caso. Después de instituir como herederos universales á dos hijos naturales no reconocidos por el padre, hacía el testador un legado de 20,000 francos á su hermano y otro de 20,000 á su hermana "en el caso únicamente de que sus dos herederos llegaran á morir sin hijos antes de los treinta años de ella." Los herederos legítimos impugnaron el testamento porque contenía una substitución prohibida, y se declaró que la substitución implica una cosa determinada que debe restituir idénticamente el instituido al substituto; mas, en el caso, los herederos instituidos nada tenían que conservar de los bienes que se

les habían legado, y podían disponer libremente de toda la herencia, por no tener los legatarios particulares más que un crédito condicional contra las substituciones del difunto. (1) Es la aplicación de los principios que hemos enseñado anteriormente (núms. 408 y 409).

439. Queda una dificultad en esta materia tan difícil. La substitución fideicomisaria se hace bajo una condición que deja de realizarse en vida del testador; ¿habrá no obstante nulidad de la institución? Esta cuestión concierne al efecto de la disposición hecha con carga de conservar y restituir, y más adelante la examinaremos.

2. De los legados condicionales

440. Que los legados pueden hacerse bajo condición, no es dudoso. El artículo 1,040 prevee el caso de que se haga un legado bajo condición suspensiva. El código no habla de la resolutoria anexa á un legado, sin duda porque era inútil hablar de ello cuando la ley no se ocupa en los legados condicionales sino con relación á su caducidad; mas cuando deja de realiza se la condición resolutoria, estaba por demás decir que caducaba el legado, puesto que el efecto de la condición resolutoria es destruir el legado como si no hubiera existido nunca. Desde el punto de vista de los principios, no hay, además, la menor duda. La condición resolutoria no es más que condición que suspende la resolución de un hecho jurídico; si, pues, se puede hacer un legado bajo condición suspensiva, ésta podrá ir invivita en él, ora para suspender su existencia ora para suspender su resolución. (2)

El silencio de la ley dió lugar á una dificultad. ¿Deben aplicarse á las condiciones que el testador agrega al legado los principios relativos á las condiciones en los con-

1 Nîmes, 18 de Enero de 1858 (Dalloz, 1858, 2, 155).

2 Véase sobre las condiciones del legado, el tomo 13 de mis *Principios*, págs. 692-706, núms. 533-545.

tratos? La cuestión se reduce á saber si la condición tiene efecto retroactivo en el legado, como le tiene en las obligaciones condicionales. Generalmente se admite la negativa, y en ello no vemos duda. (1) No hay dos especies de condición, unas para las obligaciones y otras para los legados. La condición es una, es uno solo y mismo el modo que suspende la existencia ó la resolución de un hecho jurídico; poco importa cuál sea ese hecho, pues sea legado ó contrato, no por eso cambian la naturaleza ni los efectos de la condición. El código contiene una excepción á ese principio, pero la excepción confirma la regla. Cuando se trata de una obligación condicional, puede todavía cumplirse la condición después de la muerte del acreedor (artículo 1,180), porque estipulamos para nosotros y para nuestros herederos. No sucede lo mismo con los legados, los cuales caducan cuando muere el legatario antes de realizarse la condición (art. 1,040), porque el legado se relaciona con el legatario y no con los herederos. Salvo esta excepción, las reglas que establece el código en el título de las *Obligaciones* acerca de las condiciones, se aplican á los legados. Es verdad que no lo dice la ley; pero hay un argumento de analogía que no se puede desechar; hay más que razón de analogía, identidad del hecho jurídico, según acabamos de verlo. Si la condición produce efecto retroactivo en los contratos, ¿por qué no le ha de producir en los legados? Es preciso, pues, admitir que si la condición suspende la existencia del legado y si se realiza, se retrotrae en el sentido de que el legatario es propietario de la cosa desde que se abre el testamento, lo cual ni se discute ni

1 En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 42, núms. 19 y 20 del artículo 896. Los autores que cita no dicen lo que quiere que digan. Cujas, Pothier y Ricard no dicen más que lo que está escrito en el artículo 1,040. Y Toullier dice que la controversia contiene una equivocación (t. 3º, 1, pág. 60, núm. 93 y la nota 2). Compárese á Demolombe, t. 18, pág. 101, núm. 96).

podría discutirse; porque si se resolvía que no era propietario sino desde que se realizara la condición, el heredero deudor del legado sería el propietario; el legatario recibiría, pues, la propiedad de la cosa del heredero y no del testador, lo cual es absurdo. Asimismo, si el legado se hace bajo condición resolutoria, la condición, cuando no se realiza, se retrotrae en el sentido de que se reputa no haber existido nunca el legado, y esto es muy jurídico. La condición resolutoria suspende la resolución del legado; si se realiza, deja sin efecto la liberalidad.

a) Condición suspensiva.

441. ¿Qué diferencia hay entre un legado condicional y la substitución fideicomisaria? Se puede responder en una palabra que en el legado condicional no hay orden sucesivo; no hay, en realidad, más que una liberalidad. (1) Esto es lo que vamos á demostrar comenzando por la condición suspensiva, tomando nuestros ejemplos de la jurisprudencia.

Se hace una donación bajo condición de supervivencia de los donatarios; el donante añade que en caso de fallecer antes los donatarios, sus hijos y descendientes serán llamados á la liberalidad por estirpes y por representación, y que en caso de fallecimiento anterior de uno ó más de los donatarios, se aprovecharán los que sobrevivan; que si todos los donatarios y sus descendientes mueren antes que el donante, se considerará como no hecha la donación. Tal donación se impugnó por contener substitución prohibida. La sala de casación de Bélgica resolvió que la donación estaba hecha bajo condición suspensiva y no implicaba ninguna orden sucesiva. En efecto, los donatarios llamados en primer lugar no eran agraciados sino bajo condición de que sobrevivieran; si morían antes, faltando la condición

1 Durantón, t. 8º, pág. 79, núm. 79.

no había donación con respecto á ellos. Sus descendientes estaban llamados en esta hipótesis, pero no como substitutos fideicomisarios, sino como substitutos vulgares; quiere decir, que recibían directamente del donante su liberalidad sin intervenir los donatarios muertos anteriormente, los cuales no podían transmitir á nadie ningún derecho, por no haberle tenido ellos jamás; y así, no había ninguna transmisión de un donatario á otro, ni orden sucesivo, ni substitución. (1).

Lo mismo sucede con la condición suspensiva de que la legataria se casará y tendrá hijos. En el caso, se había dicho que si se realizaba la condición se agraciaria á la legataria con el usufructo de la cosa donada y los hijos con la propiedad. De allí se infería que había dos agraciados con orden sucesivo: primero la madre y después los hijos. El error era manifiesto. Efectivamente, la madre no era más que usufructuaria, y así no podía estar gravada con la carga de conservar y restituir. Los hijos estaban agraciados como ella, con igual título, y su derecho se abría en el mismo instante. Sólo que los hijos hubieran debido existir en el momento de abrirse el legado á su favor, y no existiendo, no podían recibir el legado, lo que implica que los legatarios condicionales deben vivir al tiempo de morir el testador, tanto como los puros y simples. (2) En la substitución fideicomisaria, suponiéndola permitida, pueden llamarse á los hijos que estén por nacer, lo cual establece una diferencia importante entre el legado condicional y la substitución.

442. En el caso, había legado condicional del usufructo en favor de la madre y legado condicional de la nuda propiedad en favor de los hijos, lo que hacía caer á

1 Donegada, 27 de Marzo de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 1, 68).

2 París, 23 de Junio de 1825 (*Dalloz*, palabra *Substitución*, número 183, 2°).

la disposición bajo el art. 899; la disposición habría sido válida en todo si los hijos hubiesen estado concebidos al abrirse el testamento. Más duda hay en el siguiente caso. El testador hace á un menor varios legados, cuyo goce concede á dos legatarios hasta que el menor llegue á los veinticinco años de edad, que era el tiempo en que debían entregársele los bienes. El testador explica su idea en un codicilo y declara que los legados que hace al menor no serán válidos sino alcanzando éste la edad de veinticinco años, y que hasta entonces serian puramente condicionales. Previendo el caso de que muriera el menor antes de aquella edad, disponía el testador que, en tal hipótesis, los legados "volverían á título de acrecer," á personas llamadas por mitad á la nuda propiedad de un dominio del cual era colegatario el menor. ¿Era aquello substitución? La palabra "volver" podía hacerlo creer, y también podía decirse que había "acrecencia," como lo decía el testador mismo; pero todas estas dudas desaparecían ante la declaración formal de que los legados hechos al menor eran condicionales. De ahí resultaba hasta la evidencia (son palabras del tribunal de París) que el efecto de los legados estaba suspenso hasta que se realizara la condición, y que, faltando ésta, se estimaría que nunca había tenido ningún derecho el legatario. Este no estaba, pues, gratificado en aquella eventualidad, y así no había más agraciados que los llamados á recibir los bienes legados al menor bajo condición. En suma, había dos legados condicionales. ¿Qué sucedía, se objetaba, con la propiedad? ¿Puede permanecer así en suspenso y como en el aire? Ya nos hemos encontrado la objeción y respondido que la propiedad se le quedaba al heredero que tenía la posesión. El tribunal de París da la misma contestación. (1)

1. París, 13 de Mayo de 1870 (Daloz, 1870, 5, 369), y denegada, 8 de Abril de 1872 (Daloz, 1873, 1, 69).

La sala de casación resolvió que había substitución en un caso que parecía tener gran analogía con aquél y que, sin embargo, se diferenciaba de todo á todo. Un testador instituye á Pedro, menor, su legatario universal, prescribiendo el empleo que ha de hacer de sus bienes con adquirir una casa de habitación para el menor y su madre y bienes raíces en nombre del heredero, para que se invirtieran las rentas en su manutención. Si el menor moría antes de la mayor edad, el testador disponía de la casa en favor de los hermanos de la doctrina cristiana y del remanente de sus bienes en favor de tres personas á quienes designaba. El tribunal de Pau resolvió que había substitución prohibida, y su resolución fué confirmada por la superioridad. ¿Qué diferencia hay entre este caso y el precedente? En ambos se hace un legado á un menor para cuando llegue á los veinticinco años, y si el menor muere antes, se dejan los bienes á otras personas. ¿Por qué en un caso hay legado condicional y en el otro substitución? Porque en la primera hipótesis se llamaba al menor bajo una condición suspensiva que, si faltaba, dejaba sin efecto el legado, como si no hubiera existido. Al contrario, en la segunda hipótesis, se llamaba pura y simplemente al menor, quien recibía el legado, el cual se empleaba en beneficio suyo, y las rentas se destinaban para su manutención; al morir, pues, los bienes pasaban á nuevos legatarios, que los recibían después del primero; éste era, por lo tanto, el instituido encargado de conservar y restituir la propiedad, y en tal virtud había orden sucesivo y substitución. (1)

b) Condición resolutoria.

443. Cuando se hace un legado bajo condición resolu-

1 Denegada, 8 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1871, 1, 176). Comparase con lo resuelto en Bruselas, á 20 de Diciembre de 1870 (*Pasicrisia*. 1873 2. 65).

toria y se realiza ésta, se reputa que nunca existió el legado, puesto que la condición que se cumple produce un efecto retroactivo; desde ese momento, los que reciben los bienes legados bajo condición resolutoria los reciben siempre del disponente, sin la mediación de un primer instituido, directamente, y sin que haya aquella vía oblicua que los intérpretes siempre han considerado como uno de los caracteres esenciales de la substitución. La consecuencia es que no hay dos liberalidades, sino una, y por tanto, no hay orden sucesivo ni substitución.

Una mujer instituye á su marido por su heredero en esta cláusula: "En el caso de que mi marido contraiga segundas nupcias, quedará obligado á restituir la mitad de lo que le lego para ser distribuida entre los pobres." Los herederos legítimos piden la nulidad del testamento por contener una substitución prohibida, y se declaró en primera instancia que había habido substitución. Este fallo se reformó en Colmar, diciéndose que no hay substitución sino cuando resulta de la disposición un orden sucesivo según el cual el llamado debe recibir el objeto legado después de la muerte del gravado. No sucede así en las disposiciones condicionales, sobre todo cuando la condición de la cual se quiere que resulte no puede verificarse más que por obra y en vida del gravado; entonces la condición adquiere el carácter de resolutoria, cuya realización quita la continuación de tiempo y produce el efecto de resolver la liberalidad como si no la hubiese habido. En el caso, la la condición era resolutoria, y por consiguiente, excluía toda idea de substitución, la cual supone la ejecución sucesiva de dos liberalidades en favor de dos individuos que reciben y conservan, pero uno después de otro, el beneficio de la liberalidad; mientras que, en el caso de resolución, el segundo llamado entra en el lugar del

primero, para quien se estima que nunca existió la liberalidad. (1)

444. En el caso que se resolvió en Colmar, debía realizarse la condición resolutoria en vida del gravado. El tribunal hace realizar esta circunstancia, aunque sin sacar de ella un motivo para su resolución. Cuando no se realiza la condición sino al morir el instituido, admítase, por lo general, que la disposición condicional es una substitución fideicomisaria y nula como tal. Aun en esa hipótesis sostenemos la validez de la disposición otorgada bajo condición resolutoria. Nada importa el tiempo en que se ha de realizar la condición, pues el efecto ha de ser siempre el mismo, destruir el legado como si nunca hubiese existido; y al destruirse retroactivamente el legado, no queda más que una liberalidad. Objétase que la disposición condicional se confunde, en ese caso, con la substitución, la cual contiene también una condición, y ésta se realiza igualmente al morir el instituido. (2) Nos parece que esto es confundir la condición de supervivencia, que se halla en toda disposición testamentaria, con la condición resolutoria, que extingue el legado. En la substitución, como en cualquier legado, el substituto debe existir al momento de consagrar su derecho, ó sea al morir el instituido. ¿Resulta de aquí que si se realiza la condición, si sobrevive el substituto, queda resuelta la liberalidad hecha al instituido, en el sentido de estimarse que nunca existió? No por cierto. M. Demolombe enseñó muy bien que no hay resolución; (3) volveremos á este punto al tratar de las substituciones permitidas. ¿Cómo había de haber resolución cuando es esencial en la substitución que

1 Colmar, 8 de Agosto de 1819 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 116. 1°).

2 Toullier, t. 3°, 1, pág. 34. Coin-Delisle, pág. 42, núm. 18 del artículo 596, Demolombe, t. 18, pág. 137, núm. 220.

3 Demolombe, t. 18, pág. 97, núm. 94.

haya dos liberalidades? Y no habría más que una si se hubiese resuelto retroactivamente la institución. ¿Y si no hubiera esto podría haber substitución.

Conforme á derecho, hay una diferencia indiscutible entre la substitución y la disposición hecha bajo condición resolutoria, aun cuando ésta haya de realizarse á la muerte del legatario. Lo que se objeta contra esta doctrina es muy débil. Dícese que hacemos una petición de principio con expresar que la condición se retrotrae en los legados, cuando se trata de saber si hay legado. Podríamos retorcér el argumento y decir que la opinión contraria implica una petición de principio, en cuanto á que se niega que haya legado condicional cuando no se debe realizar sino á la muerte del legatario, y cuando precisamente se trata de saber si la condición puede realizarse en todo tiempo sin que resulte que la disposición llegue á ser una substitución. Dejemos tales argumentos y penetremos al fondo de la dificultad. ¿Se retrotrae la condición resolutoria en los legados en el sentido de que extingue la liberalidad? Tal es la verdadera cuestión, que no sin gran embarazo contesta M. Demolombe. Después de enseñar que se retrotrae la condición, recuerda que muchos niegan la retroactividad y que en todo caso no está suficientemente caracterizada para servir de medio seguro de distinguir el legado condicional al de la substitución. ¿Y por qué no? Porque, dicen, más bien es ella uno de sus efectos que uno de sus elementos constitutivos. (1) Y ¿qué importa? Desde que se retrotrae la condición, sea efecto, sea elemento constitutivo, ya no hay legado, ni, por consiguiente, doble liberalidad, ni substitución.

De hecho, se dice que el legado bajo condición resolutoria tiene los mismos inconvenientes que la substitución cuando no se debe realizar la condición sino á la muerte

1 Demolombe, t. 18, pág. 141; núm. 120.

del legatario. Ciertamente que la condición resolutoria hace muerta á la propiedad, sea cual fuere la época en que debe realizarse la condición, y tal incertidumbre es mayor ó menor según que más ó menos se prolongue el plazo. Esto no ha sido parte á impedir que el legislador admita la condición resolutoria en los contratos y no la prohíba en los legados. Bajo este respecto, no hay diferencia entre los legados y los contratos. El legatario bajo condición resolutoria es propietario como lo es el comprador; no se puede decir que la cosa legada esté fuera del comercio más que lo esté la casa comprada; no es mayor la obligación de conservarla en el legatario que en el comprador, pues la puede enajenar, con la circunstancia de que si se realiza la condición, la venta quedará resuelta; lo mismo que sucedería en la venta que hiciera el comprador bajo condición resolutoria. Sin duda es un mal esa incertidumbre, y de ello podría haberse prevalido el legislador para prohibir la condición resolutoria en los legados, por lo menos cuando no se ha de realizar sino á la muerte del instituido; pero no lo ha hecho.

445. La sala de casación consagró la opinión que sostenemos en la resolución que ya hemos citado (núm. 422). Una testadora instituye á su nieto y, en el caso de que muera sin posteridad, quiere que se repunte no haber recibido más que en usufructo la mitad de su herencia; en el mismo caso, lega esa mitad bajo condición suspensiva á sus sobrinos. De suerte que el nieto no poseerá la mitad de la herencia sino bajo condición resolutoria. La sala de casación mantuvo esa disposición; pero M. Demolombe sostiene que encierra una substitución prohibida. (1) Según él, uno de los elementos más esenciales que caracterizan la substitución, es que la condición á que está subordinado el llamamiento del segundo agraciado sea la de

1 Demolombe, t. 12, pág. 140, núm. 120.

que sobreviva al primero; de tal suerte que la época eventual en que el segundo podría recibir después del primero sea la de la muerte de éste. Hemos contestado ya que ese pretendido elemento esencial de la substitución es sencillamente la condición de toda disposición testamentaria, ó sea que para recibir una liberalidad, es menester vivir en el momento en que ella comienza. ¿Qué importa cuál sea ese momento? Admítese generalmente que en las substituciones fideicomisarias ese momento es la muerte del instituido. Ni aun esto es de esencia en las substituciones. Al tratar de las permitidas, veremos cómo se pueden hacer á tiempo, de manera que se abran antes de morir el instituido; y lo mismo sucedía en el derecho antiguo. Luego es imaginario ese elemento constitutivo de las substituciones. Lo que las caracteriza, no es la época en que ellas se abren, sino la existencia de dos liberalidades que comprenden una misma cosa y la segunda de las cuales se abre habiendo producido efecto ya la primera. Siempre se ha tenido el orden sucesivo como carácter distintivo de las substituciones. Pues bien, absolutamente falta ese carácter en el legado bajo condición resolutoria, puesto que, al realizarse ella, extingue el legado y no deja subsistente más que una liberalidad.

446. Insisten aún diciendo que el medio más seguro para distinguir la substitución del legado condicional, es que la condición con que se llama al segundo agraciado para que reciba la liberalidad, sea la de que sobreviva al instituido. El argumento es singular. Más cómodo había de ser indudablemente para el intérprete contar con alguna señal cierta que sirviera para distinguir al legado condicional de la substitución; pero no puede, únicamente por comodidad, resolver que el legado hecho bajo condición resolutoria se transforma en substitución cuando no debe cumplirse la condición sino á la muerte del legatario.

Nos explicaríamos tal argumento cuando hubiese imposibilidad de distinguir el legado bajo condición resolutoria de la substitución, en el caso de que hubiera de realizarse la condición al morir el primer agraciado; entonces estaría bien decir que se comprenden ambas disposiciones, y que si la ley prohíbe una de ellas, prohíbe implícitamente la otra. Vamos á ver que la jurisprudencia establece distinción entre el legado condicional y la substitución; por tanto, es posible la distinción; si las resoluciones son dudosas, esto no se debe más que á lo difícil de la materia.

447. El principio que sirve para distinguir el legado bajo condición resolutoria de la substitución, es muy sencillo: Si una de las liberalidades queda destruida con el cumplimiento de la condición, la disposición será legado condicional y válido bajo este título; si las dos liberalidades producen efecto, una después de la otra, al morir el primer agraciado, hay substitución y, por lo mismo, hay nulidad. Toca á los jueces resolver, conforme á las cláusulas del documento, si hay ó no substitución.

Comencemos por citar algunos casos en que la jurisprudencia ha admitido la existencia de un legado hecho bajo condición resolutoria. Una viuda lega á su cuñado la mitad de todos sus bienes, previendo el caso de que su única hija no tardará en seguirla al sepulcro; y añade que si esa hija llega á la mayor edad, se convertirá el legado en simple usufructo y pertenecerá en propiedad á la hija. Muere la testadora, y poco después también su hija. Los herederos de ésta piden la nulidad del testamento por causa de substitución prohibida, y el tribunal declara esa nulidad. Apelado el fallo, se resuelve en Bruselas que el legado litigioso se hizo bajo condición resolutoria; en el caso de que la hija hubiese llegado á la mayor edad, habría quedado resuelto el legado hecho al cuñado, la hija habría quedado como propietaria de los bienes al abrirse la herencia,

y, por lo mismo, sólo una liberalidad habría habido en la nuda propiedad y otro en el usufructo; cosa que permite el art. 898, por ser de liberalidades distintas sin orden sucesivo. (1)

Un testamento hecho por un corcegués contenía la singular condición de que si llegaba á salir condenado el legatario por algún delito, le substituí a con los hijos nacidos de su matrimonio, primero con los varones, y á falta de ellos, con las hembras. ¿Era una substitución? La palabra estaba en el testamento, pero en substancia la disposición era condicional. El legatario instituido en primer lugar comenzaba por recibir el legado; pero si cometía algún delito, quedaba resuelto el legado y llamados en su lugar los hijos. Si no se realizaba la condición resolutoria, seguía siendo propietario incommutable el legatario, que era el único que aprovechaba la liberalidad, y caducaba el legado condicional hecho á los hijos. En suma, el primer agraciado lo era bajo condición resolutoria, y los otros bajo condición suspensiva. En cualquier hipótesis no podía haber más que un agraciado y, por lo mismo, ni orden sucesivo ni substitución. (2)

En un caso que recientemente ocurrió en casación, el fallo se apoyaba en una consulta de M. Demolombe. Lo que admiraba al autor, era la incertidumbre de la propiedad que resultaba de las disposiciones condicionales. El consejero informante, M. Cornelly, contesta muy bien que tal incertidumbre la hay igualmente en las disposiciones á título oneroso hechas bajo condición, lo cual no impidió que admitiera el legislador. La incertidumbre no es, pues, un carácter peculiar y distintivo de la substitución fideicomisaria, sino más bien uno de sus efectos, uno de sus inconvenientes. El carácter que verdaderamente distingue

1 Bruselas, 13 de Diciembre de 1809 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 136)

2 Bastia, 22 de Mayo de 1854 (Daloz, 1855, 2, 10).

la substitución prohibida de la disposición condicional, es el orden sucesivo, ó la doble transmisión y la obligación de conservar y de restituir. En el caso ocurrido, declaraba formalmente la testadora que era su ánimo disponer bajo condición. ¿Entendía eludir con esto la prohibición de las substituciones? No es eludir la ley usar de un derecho que ella concede. Debe darse, pues, efecto á la disposición condicional, á menos que, con el aspecto y nombre de tal, se encubra una substitución, y no era así la disposición litigiosa. La testadora legaba á su sobrino el usufructo de sus inmuebles, y además la nuda propiedad, con la condición de que dejara hijos legítimos, y para el caso de que faltara esta condición, legaba la nuda propiedad á su hermano. ¿Hay en esto orden sucesivo? Nó. Hay una sola transmisión de la propiedad, ya á favor del sobrino si se realiza la condición, ya á favor del hermano si no se realiza. Si no deja hijos el sobrino, nunca habrá sido propietario, y si lo habrá sido el hermano; aquél no debe, pues, conservar y restituir; no hay más que una transmisión y no hay substitución. (1)

448. El tribunal de Limoges resolvió, y con razón, que había substitución fideicomisaria en el siguiente caso. Un testador instituye heredera universal á una hija menor, llamando á la madre á heredar si moría aquélla antes de la mayor edad ó de contraer matrimonio. Sosteníase que la disposición era un legado condicional, pero nada indicaba la condición en las cláusulas del testamento: el testador no llamaba á la madre sino después de que la heredera instituida hubiese recibido la herencia y muriese antes; lo cual implica dos liberalidades en orden sucesivo y, por lo tanto, substitución. El tribunal fijó muy bien la diferen-

1 Augers, 14 de Abri de 1872 (Dalloz, 1873, 101), y denegada, 21 de Julio de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 52; y la consulta de Demolombe, *ibid*, pág. 53).

cia entre la substitución y el legado condicional. En éste pasa directamente la cosa legada del testador al legatario, porque el efecto retroactivo de la condición lleva la liberalidad al momento en que muere el testador; de suerte que no hay intermediario entre el que da y el que recibe. Pero en aquel caso, la propiedad, al morir el testador, afectó á la persona de su heredera instituida, y así cuando esa liberalidad pasa al otro legatario, hay un segundo agraciado que recibe después del primero; hay, pues, orden sucesivo y substitución; sólo que ésta era condicional; pero, condicional ó pura y simple, la substitución está prohibida por los términos generales del art. 896. (1)

La sala de casación desconoció estos principios, á nuestro juicio, en el siguiente caso. Se hizo un legado á un individuo "para que hiciera de la cosa legada, en goce y propiedad, lo que estimara conveniente;" pero con la cláusula de que "caducará y se tendrá como *no hecha* si muere el legatario antes de cumplir veinte años de edad." La sala declaró que esa disposición no era legado condicional sino una substitución en favor de los herederos legítimos. Decir que el legatario tiene el goce y la propiedad, es decir exactamente que recibe el legado y, por consiguiente, la propiedad afecta á la persona del legatario, y como esa propiedad tiene que volver, en caso de muerte antes de la mayor edad, á los herederos del testador, hay dos liberalidades con orden sucesivo. (2) La sala olvida la cláusula expresa en qué el testador decía que se tendría como "caduca y no hecha" si el legatario no llegaba á la mayor edad. ¿Y qué es una liberalidad "caduca?" La que se extingue sin producir efecto alguno. El testador añade

1 Limoges, 6 de Junio de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 154). Compárese con lo resuelto en Orleáns, á 10 de Febrero de 1830 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 114, 2º).

2 Denegada, 13 de Agosto de 1856 (Dalloz, 1857, 1, 23).

que se tendrá "por no hecha," quiere decir, que se resolverá retroactivamente, como si nunca hubiera existido. Tal es el efecto de una condición resolutoria. No impide ella la transmisión de la propiedad; el legatario, bien así como el comprador bajo condición resolutoria, se hace propietario como un adquirente puro y simple, y á él afecta, por lo tanto, la propiedad, para usar los mismos términos que la sala; pero esa propiedad es resoluble y se destruye si se realiza la condición. Por consiguiente, jamás fué propietario el legatario, y no hay ni orden sucesivo ni restitución.

ARTICULO 3.—Carga de devolver al morir.

Núm. 1. Principio.

449. El art. 896 prohíbe la disposición por la cual el instituido queda con la carga de conservar y "restituir" á un tercero. ¿Qué se debe entender por la carga de restituir? Los autores y la jurisprudencia están de acuerdo para exigir que se imponga la carga de restituir al instituido para cuando muera, para que haya substitución prohibida; si no hay carga de restituir al morir, no hay substitución. (1) ¿No es esto aumentar la ley? Ella habla de la carga de restituir en términos generales, no habla de restituir "al morir." ¿Puede el intérprete restringir una prohibición general y absoluta, limitándola á la carga de restituir al morir? Creemos, pues, que el legislador no entendió prohibir más que las disposiciones con carga de restituir al morir; pero importa precisar los motivos que justifiquen esta opinión. Los que suelen darse son, á nuestro entender, falsos y que derraman la confusión en una materia ya tan erizada de dificultades, sin que los intérpretes crien otras nuevas.

1 Nos contentamos con citar uno de los últimos fallos (Casación, 15 de Julio de 1857, Dalloz, 1857, 1, 335). Ya ni siquiera se discute el punto por los tribunales.

Uno de nuestros buenos autores dice que si el legislador, al prohibir las substituciones, hubiese entendido por ellas las disposiciones con obligación de restituir, en cualquiera época que esto fuera, no habría podido autorizar los legados á término, y menos aún las condicionales con carga de un heredero instituido. (1) Esto equivale á decir que las substituciones á término ó bajo condición se confunden con los legados á término ó condicionales, y que el único carácter que distingue la substitución prohibida de los legados á término y de los condicionales, consiste en que en la substitución no se establece la carga de restituir sino muerto el instituido, mientras que en los legados á término se restituye la cosa al espirar éste, y en los condicionales al presentarse la condición; lo cual supone que el término y la condición son, sobre todo, de tal naturaleza propia para escoger antes de la muerte del instituido. Esto no es exacto y hemos combatido ya ese error y las consecuencias que produce en lo tocante á los legados condicionales. Más fácil aún es demostrar que no se confunde una substitución á término con el legado condicional. El carácter esencial que los distingue es que en la substitución hay dos liberalidades con orden sucesivo; de suerte que el instituido es el intermediario por cuyo conducto llega la liberalidad al substituto. No hay orden sucesivo en los legados hechos á término. El que, al espirar éste, recibe la cosa, recíbela directamente de manos del testador, sin vía oblicua. De ahí que, al morir el disponente, se abren los derechos de todos y los transmiten á sus herederos, aun cuando mueran antes de espirar el término. Mientras que el substituto debe vivir en el momento en que el instituido le restituye la cosa; si muere antes caduca la substitución. Por tanto, hay diferencias esenciales entre el legado á término y la substitución á término;

1 Durantón, t. 8º, pág. 77, núm. 78.

aun cuando la condición fuera propia para realizarse sólo á la muerte del gravado. (1)

Los autores y la jurisprudencia están acordes en este punto. Hemos citado los fallos que admiten la validez de los legados condicionales (núm. 441). Las substituciones para un término fijo son raras; por contrario, no es duda su validez desde que se acepta la interpretación que generalmente se da al art. 896. Como lo dice muy bien el tribunal de Colmar, hay entre las substituciones á tiempo y las que comienzan á la muerte del testador, la diferencia de que las últimas crean un orden particular de heredar que el autor de la substitución impone á sus herederos. (2) ¡Cosa singular! Los defensores de las substituciones, porque los hay, invocan la libertad del testador, sin reflexionar que el que substituye encadena á sus herederos, les impide que dispongan de sus bienes como les parezca. En nombre de la verdadera libertad, es necesario proscribir las substituciones que le ponen trabas y dan al substituyente un poder superior á la libertad, cual es el de arreglar lo porvenir para generaciones enteras. No es posible decir otro tanto de las substituciones á tiempo: ellas no introducen un orden particular de heredar, puesto que la substitución comienza en vida del instituido; de modo que cada uno tiene libertad para disponer de sus bienes. En este sentido, las substituciones á tiempo difieren de las substituciones que comienzan al morir el substituto; uno de los motivos que hicieron prohibir éstas, no existe para las otras.

451. ¿Es menester que el instrumento diga en términos expresos que el instituido debe restituir los bienes al mo-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 22, pfo. 694. Demolombe, t. 8º, página 106, núm. 99.

2 Colmar, 25 de Agosto de 1825 (Daloz, palabra *Substitución*, número 116, 2º). Compárese con lo resuelto en Ruan, á 2 de Febrero de 1870 (Daloz, 1870, 2, 437).

rir? La ley no lo exige puesto que ni siquiera habla de la época en que se deben restituir los bienes al substituto. Basta, pues, que la carga de restituir al morir resulte necesariamente de las cláusulas de las disposiciones. Si se hubiese dicho que el testador legaba á Pedro con carga, en el caso de que no se casara, de restituir á Pablo, la carga de restituir se referiría á la época de la muerte por la naturaleza misma de la cláusula. En efecto, á la muerte del instituido es cuando se sabrá si no se casa. Lo mismo sucedería en todos los casos en que la carga de restituir está subordinada á una condición negativa que no se realiza sino al morir aquel que está encargado de restituir. (1)

Por no deber ser expresa la indicación de la época en que debe hacerse la restitución, toca al juez resolver si resulta necesariamente de la disposición. En el siguiente caso, el tribunal de Angers había declarado que la disposición no encerraba más que un fideicomiso puro, es decir, que el instituido estaba obligado á restituir inmediatamente, lo cual excluye la substitución. El testador legaba un terreno á una criada á quien dejaba en cinta; según los términos del testamento, la legataria tenía derecho de gozar de aquel terreno en plena propiedad, con la carga de conservarle para el hijo que diese á luz. Esta resolución fue casada. La cláusula principal del testamento probaba que no contenía un simple fideicomiso: "Deseo que goce en plena propiedad de mi terreno de la Crilloire." Resultaba de ahí que la legataria debía gozar de la cosa, y gozar como propietaria; con eso había una institución con carga de conservar. Faltaba determinar la época de la restitución, que el testador no indicaba. La sala de casación dijo: que teniendo derecho la legataria de gozar en plena propiedad del terreno que se le había legado, le tenía para continuar en aquel goce toda su vida, puesto que no estaba limitado

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 23 y nota 35, pfo. 694, y los autores que citan.

á un espacio de tiempo menor; el testamento obligaba, sin embargo, á conservar y restituir, y así no estaba obligada á entregar la cosa legada antes de morir; lo cual constituye la esencia de la substitución fideicomisaria que prohíbe y anula el artículo 896. (1) Casi no era dudoso el punto, y el favor de la causa fué el que arrastró al primer juez. Translado á los testadores y á los que redacten los instrumentos de última voluntad. En fuerza de querer asegurar el legado á la persona á quien deseaba agradecer, el testador le comprometió.

452. Si el testador dice simplemente que lega con carga de restituir, ¿será menester interpretar la cláusula en el sentido de que encarga que se restituya al morir? ¿O será la carga de restituir inmediatamente? En el antiguo derecho, presumíase que había carga de restituir á la muerte; el uso general era substituir así, y por lo mismo se reputaba que el testador había querido que se restituyeran los bienes á su muerte cuando no había manifestado voluntad en contra. Resolver que la cosa debía ser restituida inmediatamente, habría sido engañar la voluntad del substituyente. Sin embargo, no había presunción absoluta; el juez resolvía conforme á las circunstancias del caso; tal es la conclusión de Thévenot. "De acuerdo con los pormenores en que acabo de entrar, dice, se ve suficientemente que cuando no hay ni cláusula expresa que difiera el fideicomiso para cuando muera el gravado, ni término que implícita y necesariamente encierre esa condición, la cuestión de si debe ó no presumirse es cuestión de voluntad que depende de la circunstancia y de la prudencia judicial." (2)

Con mayor razón suceda esto en el derecho moderno. Las substituciones están prohibidas; no se puede admitir fácilmente que el testador haya querido hacer lo que la

1 Casación, 15 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 335).

2 Thévenot, pág. 301, núms. 920-922, y pág. 302, núm. 924.

ley prohíbe. Las substituciones prohibidas se anulan hasta en cuanto á la institución, y no se puede presumir que el testador haya querido hacer un acto que no ha de producir efecto. ¿Quiere decir esto que la carga de restituir, sin más explicación, debe interpretarse siempre en el sentido de que se ha de restituir la cosa inmediatamente? Así lo enseñan, fundándose en el art. 1,167, (1) del cual se abusa singularmente en punto á substituciones. Sin duda, deben entenderse los instrumentos en el sentido en que pueden producir algún efecto, más bien que en el que no produzcan ninguno; pero hay otra regla de interpretación que se olvida, y es que la voluntad del difunto constituye ley; no pudiendo, pues, el juez substituir con su interpretación la voluntad del difunto. Si el testador quiso hacer una substitución, ya por ignorancia, ya con ánimo de eludir la prohibición legal, no hay que hacerle decir lo contrario de lo que decir hizo, ni mantener un instrumento que la ley anula.

453. Dirémos otro tanto de una cuestión análoga que divide á los autores. Si el testador se sirvió de los términos del art. 896, legó con carga de conservar y restituir. ¿Será ésta una substitución prohibida, ó hay que interpretar la disposición como conteniendo un simple fideicomiso? Unos dicen que habiendo reproducido el testador los términos de que se sirve la ley para definir las substituciones, debe verse en esa disposición una substitución prohibida. No, dicen los otros, se debe interpretar el instrumento de modo que produzca efecto. (2) Creemos también que ésta no es cuestión de derecho, sino de hecho; sólo que decimos que al interpretarle debe tenerse en cuenta la voluntad del

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 13, núm. 23. Durantón, t. 8º, pág. 98, número 89.

2 Véase en sentido contrario, á Aubry y Rau, t. 6º, pág. 22, nota 34 y los autores que citan.

disponente. Como lo dice la sala de casación en el fallo que acabamos de citar (núm. 452), es necesario considerar ante todo lo que quiso el testador; si son claras y precisas las cláusulas del testamento, no há lugar á interpretación, y debe anularse lo que la ley prohíbe y anula.

Núm. 2. Aplicación. De los fideicomisos.

454. Los legados pueden hacerse en forma de fideicomisos. Instituyo á Pedro mi heredero, encargándole que restituya mi herencia á Pablo. Esto es lo que en el antiguo derecho se llamaba fideicomiso puro, porque se hacía sin condición alguna que tuviera suspenso é incierto el efecto. El de aquel fideicomiso era el de todo legado puro y simple; comenzaba inmediatamente que se abría el testamento por la muerte del testador, y desde ese momento el legatario á quien debía entregarse la cosa, tenía derecho al legado y le transmitía á sus herederos. (1)

Se ha notado que nunca usa el código la palabra *fideicomiso*. Los autores y los tribunales se sirven de ella ordinariamente para designar una disposición que tiene por objeto hacer que llegue la liberalidad á manos de un incapaz. En este sentido, nada tiene de común el fideicomiso con las substituciones prohibidas. Si es capaz el legatario, el fideicomiso se confunde con el legado, y sólo difiere de él en cuanto á la forma; en lugar de dar directamente, el testador encarga dar á su heredero. Esta carga se sobreentiende en todo legado, puesto que siempre hay alguno obligado á pagarle.

455. Los fideicomisos no son, pues, una manera particular de disponer. Como nada dice el código acerca de ellos, se ha sacado por consecuencia que continuaba en vigor en esta materia la antigua legislación. (2) Este es un error: el código sienta como principio que el testador puede dis-

1 Thévenot, pág. 101, núms. 280, 282.

2 Gand, 28 de Enero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 105).

poner bajo la denominación que estime á propósito para expresar su voluntad (art. 967). Luego puede disponer con el nombre de fideicomiso; el nombre no hace cambiar en nada la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, las cuales se rigen por los mismos principios. Antiguamente, los fideicomisos se hacían en términos precativos, mientras que los legados en términos imperativos. El código no se apega á las palabras sino á la voluntad. De aquí que una disposición hecha en términos precativos será válida, con tal que el testador hubiese explicado con claridad lo que deseaba; poco importa que haya calificado su disposición de fideicomiso ó de legado. En el caso resuelto en Gand, el testador había hecho primero un testamento auténtico por el cual distribuía sus bienes y encargaba á su criada que ejecutara su última voluntad. Al día siguiente hizo otro testamento ológrafo en el que instituía al notario que había autorizado el anterior, su legatario universal, manifestando su voluntad de que el notario dividiera la herencia con los legatarios instituidos la víspera. El notario se decía heredero efectivo; y se resolvió que simplemente estaba encargado de ejecutar las disposiciones del testador tal como las había manifestado en su testamento. Creemos que el tribunal falló en justicia; pero era inútil recurrir á la legislación de los fideicomisos para resolverlo así; los tribunales están investidos de la facultad de interpretar las disposiciones testamentarias, y así podía decir el tribunal que el pretendido legado universal era un fideicomiso puro y simple.

456. ¿Qué diferencia hay entre los fideicomisos y las substituciones? Ya hemos respondido á esta pregunta. El fideicomiso es un legado; cuando es puro y simple, no hay el aspecto en él de una substitución; cuando es á término ó bajo condición, hay cierta analogía aparente; el que está encargado de pagar el legado no debe hacerlo sino al

expirar el término ó al presentarse la condición, y en este sentido se puede decir que debe conservar la cosa para restituirla. En realidad, no hay ni instituido ni substituto. Aquel á quien se le debe entregar la cosa es el único legatario, á término ó bajo condición. En lo relativo al fideicomiso á término, todos están de acuerdo. En cuanto al fideicomiso condicional, distinguen: si debe realizarse la condición en vida del gravado, hay legado condicional; si debe realizarse muerto él, hay substitución. Hemos examinado todas estas cuestiones al tratar del legado á término y del condicional; lo que hemos dicho de los legados se aplica á los fideicomisos; el mismo error se comete distinguiéndolos, y esto es un manantial de confusión en una materia bastante complicada de por sí. (1)

ARTICULO 4.—De la obligación de conservar y restituir.

Núm. 1. Principio.

I. Es necesario una obligación jurídica.

457. Según el art. 896, el instituido debe estar encargado de conservar y restituir al substituto. ¿Qué debe entenderse por la palabra *carga*? Es de jurisprudencia que la carga implica una obligación jurídica, es decir, un vínculo de derecho que constituye al instituido en deudor y al substituto en acreedor; de suerte que si aquél no cumple con su obligación, tiene éste acción para cometerle, ó á sus herederos. De aquí concluye la sala de casación que la carga de conservar y restituir debe expresarse en términos imperativos y obligatorios.

El principio no sería discutible. Lo que constituye la esencia de la substitución, es que los bienes legados deben conservarse por el instituido, primer agraciado, para restituirlos, al morir, al substituto, agraciado en segundo lu-

1 Compárese á Toullier, t. 3º, 1, pág. 18, núms. 30-32; Coin-Delisle, pág. 44, núm. 22 del artículo 896; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 8, pfo. 694; Demolombe, t. 18, pág. 100, núm. 95.

gar. El substituto recibe los bienes del instituido, y debe tener, por consiguiente, acción contra él, como la tiene todo legatario contra el deudor del legado. Si no resulta acción de la disposición, no hay carga de conservar y restituir, porque el instituido podrá disponer de los bienes sin que pueda un tercero proceder contra él ó sus herederos, para obligarle restituir. La sala de casación formuló el principio en el siguiente caso: Un testador lega todos los bienes que deje al morir, con derecho para la legataria universal de disponer de ellos en toda propiedad y gocè, como de cosa propia, con la única condición de que al morir legará ó empleará en socorrer á los pobres todo lo que ella hubiere heredado. ¿Había en eso carga de conservar y restituir en el sentido del art. 896? Los términos mismos del testamento probaban que la legataria era libre para disponer, y que, por lo mismo, no tenía obligación de conservar; tenía, ciertamente, el cargo de emplear al morir lo que hubiera heredado, en socorrer á los pobres; pero el testador añadía que en esto la dejaba en absoluta libertad para obrar como le pareciera. ¿Podía decirse que los bienes legados así eran indisponibles? Nó, porque nadie podía compeler á la legataria ni á sus herederos á que hiciera un empleo que el testador no tanto le había impuesto cuanta había deseado, puesto que se remitía por completo á la legataria. La sala de casación dijo, á este respecto, que la carga de conservar y restituir implica, en la persona del tercero llamado en segundo orden, una acción civil contra los herederos del gravado para obligarlos á realizar en su favor la voluntad del disponente; y que tal acción es el correlativo necesario y la sanción de la cláusula de indisponibilidad que, sin ella, sería ineficaz y sin valor. Mas, en el caso, no había acción ni, por lo tanto, carga de conservar y restituir. (1)

1 Denegada, 13 de Diciembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 169). Com.

458. ¿Es menester concluir de ahí, con la sala de casación, que los términos en que se expresó la carga de conservar y restituir deben ser imperativos y obligatorios? (1) Creemos que eso no importaría excederse de la mente de la sala, así como de las exigencias de la ley. Por oposición al derecho antiguo, es como los autores y la jurisprudencia establecen el principio de que la carga de conservar y restituir implica una obligación civil. Antiguamente, la voluntad de crear una substitución resultaba de la expresión de un simple deseo, de una súplica, de una esperanza, de una recomendación. (2) Es que se favorecía á las substituciones, y se contentaban con la intención manifestada en cualesquiera términos, de que los bienes legados se restituyeran á un heredero. Era, á decir verdad, el derecho común: toda disposición de última voluntad debe ser válida, con tal que sea cierta la voluntad y sean cuales fueren los términos empleados por el testador; no sucede lo mismo bajo el imperio del código civil: el legislador ha puesto las substituciones fuera del derecho común, prohibiéndolas. Los motivos de tal prohibición son de orden público; los autores del código reprueban las substituciones porque ellas impiden la libre circulación de los bienes y ponen trabas á la libertad de los herederos del substituyente. Para que haya substitución importa, pues, que haya un vínculo de derecho que encadene á las personas y las propiedades, una imposibilidad legal de enajenar, lo cual implica una obligación civil de conservar y restituir los bienes substituidos. Sin esa obligación legal, el instituido queda en libertad para disponer como le parezca, para ejecutar la substitución, y allí donde hay libertad, no hay obligación ni, por tanto, párese con lo resuelto en París, á 23 de Enero de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 121), y denegada, 8 de Julio de 1834 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 64).

1 Denegada, 19 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 123); Junio 11 de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 447).

2 Thérenot, pág. 66, núms. 176-179.

substitución. De allí que el simple voto, el deseo, la súplica, la recomendación, no basten para que haya substitución, pues de ello no resulta ninguna traba legal para las personas ni para los bienes, y así no hay substitución. En este sentido la sala de casación dijo que son necesarios términos imperativos y obligatorios para que haya substitución fideicomisaria; la cláusula, más bien que la fórmula, es la que debe ser imperativa. Hay obligación convencional, aunque las partes no hayan empleado las palabras acreedor y deudor. Igualmente hay obligación de conservar y restituir, aunque el testador no haya mandado y ordenado, pues basta que haya impuesto al instituido la obligación de conservar y restituir, importando poco los términos de que haya usado. La expresión de un voto, deseo, súplica ó recomendación, por sí sola no había de ser bastante. Bajo este concepto hay diferencia entre la substitución y los legados; en cuanto á éstos, basta con cualquier expresión de la voluntad del testador, aunque esté en forma de súplica; en cuanto á las substituciones se necesita algo más. La razón de ello es que toda disposición de última voluntad implica un derecho para el agraciado y una obligación para el que la debe ejecutar. En cambio no todo fideicomiso es substitución, pues se necesita que el substituyente ligue, encadene la libertad del instituido y declare los bienes legados inenajenables; y como una disposición precativa le dejaría con libertad para disponer, no habría substitución.

459. La doctrina de la sala de casación, en cuanto á la expresión de la voluntad del testador, más bien es, pues, negativa que afirmativa, y hay que entenderla en el sentido de que la manifestación de un voto, de un deseo, de una súplica, no es bastante. Este principio fué combatido por Durantón y después de él por Coin-Delisle; creemos inútil renovar la discusión, por haber quedado aislada la opinión de esos autores. Es cierto, como lo dicen ellos,

que los fideicomisos precativos pueden encubrir una substitución fideicomisaria, pues sabiendo el testador que no puede mandar, suplicará, y si el instituido es hombre honrado, cumplirá con ese voto. Se ha respondido, y la respuesta es concluyente, que no es posible impedir los fideicomisos secretos; el testador puede no imponer ninguna carga en su testamento á su heredero, y aun se abstendrá de emitir su deseo, pero hará conocer sus voluntades oralmente ó por carta: ¿quién impedirá al instituido que cumpla con sus intenciones? (1)

Nunca ha vacilado la jurisprudencia en este asunto. Un marido instituye á su mujer por su heredera mobiliaria é inmobiliaria, queriendo que ella sea la dueña absoluta de sus bienes, y después le suplica que disponga de la mitad de los inmuebles en favor de su cuñado. Los hermanos del difunto pidieron la nulidad del testamento, por el capítulo de la substitución, y se resolvió en Bruselas que la última disposición no estaba concebida en términos imperativos ni confería ningún derecho á aquel en cuyo favor se le había pedido que dispusiera á la heredera instituida. Recurrido el fallo, se pronunció otro denegatorio. (2)

Un tutor oficioso instituye legataria universal á su pupila, *recomendándole expresamente* que, caso de morir ella antes sin posterioridad, *debería* hacer que volviese á sus derechohabientes todo ó lo más de su herencia. La sala de casación mantuvo el testamento. Conforme á derecho, decía la resolución, la simple súplica ó la recomendación hecha por el testador á aquel á quien instituye legatario para que disponga en favor de un tercero de los bienes legados, no basta para constituir substitución prohibida. Pe.

1 Aubry y Rau, t. 62, pág. 15 y notas 17 y 18, y los autores que citan.

2 Denegada, 5 de Enero de 1809 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 60). Compárese con la denegada de 20 de Enero de 1840 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 177).

ro de hecho el testador no se sirvió de los términos imperativos y obligatorios, sino que se limitó á *recomendar expresamente* á su legataria, que hiciera volver los bienes á sus herederos; la *recomendación*, por ser *expresa*, no cambia de carácter ni puede dar á la cláusula un sentido imperativo y obligatorio que ella no tiene. Esto no es exacto; el testador hacía más que *recomendar expresamente*, añadía que el legatario *debía* hacer que volviera á uno de sus herederos el todo ó la mayor parte de su herencia; y la palabra *deber* es un término imperativo. La sala añade otro motivo, y es el de que el testador no designaba ningún objeto ni parte que el legatario debiera conservar y restituir; lo cual probaba que se remitía por completo á ella para las disposiciones que quisiera hacer en favor de sus herederos naturales. (1) Tampoco esto es absolutamente exacto; había obligación de conservar la mayor parte de la herencia y, por consiguiente, cuando menos una mayor que la mitad. Lo que es cierto en cuanto á la súplica y á la recomendación, se aplica naturalmente al deseo que el testador expresa de que el legatario conserve los bienes legados para restituirlos á un tercero. Así lo declaró la sala de casación en un caso en que, de hecho, habría podido declararse que el deseo era una orden. Efectivamente, el testador añadía la prohibición expresa de enajenar; ¿no se podría inferir de ello que el deseo estaba sancionado por la prohibición de enajenar y que, por lo mismo, los términos, aunque aparentemente deprecativos, realmente eran imperativos? (2) A nuestro juicio, no había duda acerca de la voluntad del testador. Pero, planteada así, la cuestión de hecho no entraba en las atribuciones de la sala de casación; tampoco se suscitó.

También en el siguiente caso declaró la sala que había

1 Denegada, 19 de Marzo de 1856 (Daloz, 1857, 1, 123)

2 Denegada, 11 de Junio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 447).

habido substitución. Instituyendo la testadora por legatarios universales, entre otros, á un sobrino suyo sometido á la vigilancia de un consejo judicial, declaraba que no le dejaba una parte de sus bienes sino para transmitirla á sus hijos legítimos ó, á falta de hijos, á su hermana, y no á otros. Si hubiese estado aislada aquella disposición, habría debido anulársela como viciada de substitución, puesto que la testadora expresaba una voluntad bien decidida, formulándola como condición. Pero comenzaba por decir que si no se proveía de consejo judicial á su sobrino, suplicaba se tomaran medidas para asegurar la conservación de los bienes que le dejaba, y declaraba que confiaba en los cuidados que pondría aquel consejo para asegurar al sobrino contra su propia debilidad. La sala de casación se valió de esa cláusula para deducir que la testadora no imponía á su legatario la obligación absoluta de conservar y restituir los bienes que le legaba, sino que, lejos de eso, decía que para asegurar la conservación de esos bienes, contaba con el concurso del consejo judicial; de lo cual se puede inferir que no diera carácter imperativo á la *recomendación* hecha por ella al sobrino, y que no hacía más que expresar un simple deseo. (1) Tal apreciación nos parece muy dudosa. Por principio, la testadora no hacía una *recomendación*, palabra que no se encuentra en el testamento, ni su idea tampoco. Y después, si se refería al consejo judicial, era por impedir que su legatario gastara con temeridad; cosa que nada tenía que ver con la voluntad muy resuelta que manifestaba, de que se transmitieran los bienes á los hijos del legatario ó á su hermana, y no á otros.

Si en lugar de servirse de un término deprecativo, el testador dice que su *intención* es que los bienes legados por él á su nieto sean, en el caso de que éste llegue á morir antes sin posteridad, divididos entre sus hermanos y her-

1 Denegada, 14 de Junio de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 437).

manas carnales, con exclusión de cualesquiera otros, á los cuales hermanos y hermanas declara que hace substitución expresa, ninguna duda cabe. La *intención* expresa la *voluntad*, y la palabra *substitución*, de que se sirve el testador para designar á aquellos á quienes llama en segundo orden, completa su pensamiento. Una disposición concebida así fué anulada. (1)

II. De la carga virtual de conservar y restituir.

460. ¿Debe servirse el testador de los términos del artículo 896 para definir la substitución? Todos admiten que esos términos no son sacramentales. No los hay, por regla general, para manifestar la última voluntad. Ciertos es que la de hacer una substitución es ilegal; pero es una razón de más para atacarla de nulidad desde que es muy cierta, aunque el testador no haya dicho terminantemente que imponía á su legatario la carga de conservar y restituir. Es menester no olvidar que la prohibición del art. 896 es de orden público, y que en ella se interesa el bien social. Poco importan, pues, los términos en que esté concebida la disposición; si resulta necesariamente de ella la carga de conservar y restituir, hay substitución. ¿Cuándo se puede decir que es virtual esa carga? Esta es cuestión de hecho. Los autores y la jurisprudencia declaran acordes que hay substitución virtual cuando no se puede ejecutar la disposición si no es conservando y restituyendo la cosa legada. (2) Cuando se trata de puntos de hecho, las reglas de la teoría son de poca monta, pues todo depende de la apreciación que haga el juez de las circunstancias del caso. Todos los ejemplos que vamos á dar están tomados de la ju-

1 Amiens, 29 de Abril de 1826 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 62).

2. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 16, nota 19, pfo. 694, Poitiers, 6 de Mayo de 1847 (Dalloz, 1847, 2, 132).

risprudencia, (1) y prueban que nunca tienen los testadores ánimo de hacer una substitución fideicomisaria, aunque la disposición contenga una substitución prohibida. Esto no impide que no deba anularse la disposición, y aun por el todo, la institución y la substitución. La ley es terminante; no se fija en la voluntad del testador, no tiene en cuenta más que los caracteres de la disposición y los efectos que debe producir. Toca á los que aconsejan á los testadores el ilustrarlos; multitud de pleitos podrían ahorrarse y, lo que es más importante, la voluntad legítima de los testadores se ejecutaría, si se redactaran con cuidado los testamentos. Cuando, sin quererlo, hace el testador una substitución prohibida, los jueces deben anularla, y entonces regularmente se hará la transmisión de los bienes dejados por el difunto en oposición á su voluntad bien expresada.

461. Un oficial instituye por su heredera universal á su prima segunda; y previendo que pueda morir ella antes de tomar estado ó tener familia, quiere que, en ese caso, el beneficio del legado vuelva á la madre de la legataria, prima hermana del testador, sólo en cuanto al goce, y, después de ella, á sus herederos naturales, por la línea paterna y por la materna. Aquel testamento, muy mal redactado, encerraba una substitución no dudosa: la legataria debía conservar los bienes y restituirlos, al morir, á la madre, la cual no tenía más que el goce, en el sentido de que estaba obligada á conservarlos y restituirlos á los parientes del testador. En vano se decía que había legado bajo condición resolutoria; ni una palabra condicional había en el testamento. Lo que probaba hasta la evidencia el orden sucesivo, es que la disposición interrumpía el orden legal de sucesión, primero en favor de la primera legataria, y después en favor de la segunda; sólo después que

1 Compárense los fallos citados por Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 110, 1^o-6^o.

ésta falleciera sería cuando los bienes habían de pasar á manos de los herederos naturales del difunto. Sin embargo, es cierto, como lo dice el tribunal de Colmar, que el testador no dudaba hacer una disposición prohibida. (1) ¿Qué resultó de eso? Que aquella á quien había querido beneficiar el testador antes que á nadie, su legataria predilecta, nada recibió; el testamento fué anulado y la herencia pasó á los parientes más próximos en el orden que establece el código.

Un testador lega su terreno para que de él gocen el legatario y después de él sus descendientes; deseando, añade, que sea el único heredero, él y sus hijos después de él, de generación en generación. Impugnada la disposición como de fideicomisario, la declaró válida el tribunal de Ruan, porque no había en ella carga formal de conservar y restituir. El fallo fué casado, como tenía que serlo. No es necesario, dice la sala, que la carga de conservar y restituir se exprese terminantemente en el testamento, bastando que necesariamente resulte del conjunto de sus disposiciones. Ahora bien, al ordenar la disposición litigiosa que el terreno legado pasara á los hijos descendientes, de generación en generación, prohibía, por lo mismo, que se le enajenara y le ponía fuera del comercio; lo cual implica, necesariamente, la obligación de conservarle y restituirle. (2) La regla que hemos establecido se aplicaba aquí literalmente; para que se recibiera el terreno por los descendientes del legatario, de generación en generación, era menester que éste y, como después de él, cada generación le conservara para restituirle; y esto era una sustitución perpetua, á lo menos en cuanto á las palabras. Quizás no estaba esto en la mente del testador; pero poco importa, no por eso era menos viciada y nula la disposición.

1 Colmar, 24 de Marzo de 1838, y denegada, 21 de Junio de 1841 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 57).

2 Casación, 23 de Enero de 1852 (Daloz, 1852, 1, 48).

una prohibición en favor de un tercero sin que éste deba aprovecharse de ella. (1)

En este sentido se ha formado la jurisprudencia, y se resolvió ya que hay substitución prohibida en el siguiente caso: el testador lega todos sus bienes a su hermana, con la condición de que nunca los venderá, ni enajenará, ni podrá disponer de ellos más que en favor de los hijos de su hermano, quienes tampoco tendrán el goce sino después de su padre y de otra hermana del testador. El tribunal de Caen dice que la intención del testador, de establecer una substitución, es tan evidente, que no sería posible duda formal acerca de ella. Quiere el testador que no se enajenen los bienes por la legataria; ¿debe, pues, conservarlos ésta, y en favor de quién? A su muerte pasa la nuda propiedad á los hijos, en cuyo favor se prohibió enajenar, y el usufructo á las personas llamadas á gozar de los bienes. En el caso, el llamamiento de los hijos del hermano de la legataria resultaba claramente del testamento; el testador preveía el caso de que la legataria quisiera disponer de los bienes legados por testamento, y le prohibía que dispusiera en favor de otro que los hijos de su hermano. Si el legatario no disponía, los hijos debían recibir los bienes *ab intestato*, por no estar llamados su padre y una hermana de la legataria sino á gozar de los bienes. Había, pues, obligación de conservar y restituir en favor de los hijos. (2)

463. La prohibición de enajenar puede no ser absoluta. Antiguamente se consideraba como substitución tal prohibición de enajenar fuera de la familia; siendo general el uso de las substituciones presumíase fácilmente que el testador quería conservar los bienes en favor del mayor de sus hijos, á fin de mantener el esplendor de la familia

1 Aubry y Rau, t. 6°, pág. 17, nota 22, y los autores que citan. Es necesario añadir á Demolombe, t. 18, pág. 173, núm. 148.

2 Caen, 5 de Diciembre de 1860, y denegada, 7 de Mayo de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 289).

Aquello era, pues, substitución presunta. En nuestro derecho actual no puede ya presumirse una substitución, puesto que sería presumir que el disponente quiso ejecutar un acto prohibido por la ley y nulo como tal. Es menester, pues, examinar la disposición en sí misma y ver si presenta los caracteres de una substitución. Ahora bien, uno de esos caracteres, el que principalmente dió lugar á su prohibición, es la imposibilidad de enajenar bienes gravados con substitución. Ese carácter falta en la disposición que prohíbe simplemente enajenar fuera de la familia; las familias son numerosas, puesto que abrazan á todos los parientes hasta el duodécimo grado, y, por lo mismo, no están los bienes fuera del comercio; en realidad, no deben ser conservados y, por consiguiente, no hay substitución fideicomisaria. (1)

464. Con mayor razón no hay substitución cuando el testador se limita á prohibir al legatario que disponga á título gratuito de los bienes legados; el legatario queda en libertad para disponer como le plazca, á título oneroso; y así los bienes quedan en el comercio, porque éste consiste precisamente en vender y comprar, en prestar y en hipotecar. En un caso que ocurrió en casación había un motivo para dudar. Se había dicho en el testamento que, para el caso de enajenar á título oneroso, volvería el precio, muerto el legatario, á los llamados en segundo lugar. Acogiéndose á esa cláusula, dedujo que había obligación de conservar el valor de los bienes legados en favor de los substitutos. El tribunal de Rennes, combinando las diversas cláusulas del testamento, resolvió que no era tal la mente del testador, quien quería dejar á su mujer, legataria universal, un poder absoluto para disponer á título one-

1 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 18, nota 24 y los autores que citan. Compárese á Demolombe, t. 18, pág. 173, núm. 148.

roso; los muebles que se hallaran en especie en la herencia, quedaban afectos al pago de las deudas que hubiera contraído; lo mismo había que decir de las cantidades que procedieran de la venta de los bienes enajenados por la legataria; de suerte que no quedaba á los herederos llamados en segundo orden más que los bienes de que no hubiera dispuesto la legataria y los cuales no serian absorbidos por el pago de sus deudas; era, pues, una substitución *de eo quod supererit*, y más adelante veremos que esas substituciones no están prohibidas por el art. 896. (1)

465. Por igual razón la prohibición de testar no equivale á una substitución, puesto que el legatario á quien se prohíbe queda en libertad para disponer por acto entre vivos, aun á título gratuito, y los bienes quedan en el comercio, lo cual excluye toda idea de substitución fideicomisaria. Se objeta que los bienes de que no dispone el legatario deben restituirse á sus herederos. Es cierto que hay allí un caso de substitución puesto que, al morir, el legatario no puede dejar los bienes por testamento; pero podría dejarlos por donación entre vivos; en todo caso, es uno de aquellos fideicomisos *de residuo* que no entendió prohibir el artículo 896. (2)

466. ¿Implica substitución la obligación de instituir á tal heredero? No hay substitución, si no hay carga de conservar y de restituir. Por consiguiente, para que la obligación de instituir á tal heredero importe substitución, es menester que resulte de allí para el legatario la obligación de conservar la cosa para restituirla á quien debe instituir como heredero. Tal sería de un dominio, con carga de legarle á un tercero. El primer legatario no podría disponer de él entre vivos, ni á título oneroso, ni á

1 Denegada, 11 de Febrero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 232).

2 Denegada, 11 de Agosto de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 468). Compárense los fallos citados por Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 81, y á Aubry y Rau, t. 6º, pág. 18, nota 23 y los autores que citan.

título gratuito, y así el inmueble quedaría fuera del comercio; hay dos agraciados, uno directa y el otro indirectamente, puesto que por la voluntad del primer disponente el segundo legatario recibe la cosa del segundo testador. Pero si la disposición que obliga á instituir á tal heredero recae sobre una universalidad, no impide que el legatario disponga de los bienes entre vivos; sólo por vía de presunción y de conjetura, podría resolverse que la mente del testador es que el legatario conserve los bienes legados para, á su vez, transmitirlos al segundo legatario; más conforme al código civil, ya no se puede tratar de fideicomisos conjeturales. (1)

En este sentido está la jurisprudencia. Un testador instituye á su mujer heredera universal, "para que pueda gozar de los bienes, usar y disponer de ellos al morir en toda propiedad." Después declara el testador que la mujer supérstite "estará obligada á disponer por testamento que la herencia vuelva á los herederos colaterales de quienes proceden los bienes." Citamos los términos incorrectos de aquel testamento. El de la mujer en favor del marido contenía la misma disposición; la intención de los cónyuges era que los bienes que uno de ellos le dejara al otro volvieran á los herederos legítimos después de muerto el esposo legatario; pero tal obligación de instituir á su muerte á los herederos colaterales, no estorbaba al supérstite para disponer en vida de los mismos bienes, puesto que el testamento le reconocía expresamente esa facultad; por tanto, no había, en realidad más que fideicomisos *de eo quod supervenerit*. (2)

El tribunal de Lieja dió la misma resolución por otro motivo que á nuestro parecer es dudoso; cierta mujer ins-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 18. nota 25 y pág. 23, nota 37. Demolombe, t. 17, pág. 174, núm. 155.

2 Colmar, 6 de Febrero de 1824 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 65).

tituyó á su marido legatario universal con esta cláusula: “*Pido* que establezca á todos mis sobrinos y sobrinas indistintamente y por partes iguales, por sus herederos.” El tribunal interpretó la palabra *pedir* en el sentido de *suplicar*. Algo más significa, exigir, mandar, en términos más atentos. Pero el tribunal no necesitaba de argumento tan discutible; aun cuando la testadora hubiese ordenado testar en favor de sus sobrinos, no habría resultado de ahí una obligación jurídica de conservar y restituir, ni, por lo mismo, substitución. (1)

¿Habría ésta si el testador encargara á su legatario universal que al morir dejara á sus dos hijos mayores ciertos bienes, imponiendo á los herederos presuntos de éstos la obligación de transmitir las mismas tierras á sus hijos que estuvieran por nacer por orden de primogenitura, de varón en varón? Esto sería imponer al legatario la obligación de crear un fideicomiso perpétuo; y el tribunal de Bruselas anuló la carga de la institución en virtud del art. 896. Tal resolución fue criticada, y con razón. El testador que ordena á su legatario crear una substitución no hace él mismo una substitución, sólo impone una carga ilícita; es, pues, el caso de aplicar el art. 900 y de borrar la condición, manteniendo la disposición general, y no el art. 896, que anula ambas disposiciones. (2)

467. Había de tiempo atrás una disposición usual en las provincias flamencas. El contrato de matrimonio instituí al cónyuge supérstite heredero universal del difunto, con facultad plena para enajenar los bienes en su vida, pero con la cláusula de que en el caso de que los bienes se encontraran en su herencia, los parientes del finado antes recibirían la mitad de los bienes dejados por el último que hubiese fallecido. Esa cláusula tenía por objeto continuar

1 Lieja, 30 de Mayo de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 119).

2 Bruselas, 10 de Febrero de 1809 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 86). Compárese á Vazeille, t. 2º, pág. 25, núm. 35.

la comunidad después de muerto uno de los cónyuges, investir al supérstite de la facultad ilimitada de enajenar los bienes entre vivos y á título oneroso, pudiendo al morir llamar á los parientes del muerto antes á la mitad de los bienes. Por ese pacto, el que sobrevivía conservaba la fortuna del finado, lo cual le mantenía en la misma libertad ó comodidad de que había disfrutado en vida de su cónyuge; tenía la facultad de enajenar á título oneroso, pero si no enajenaba, los herederos del muerto eran llamados á la mitad de los bienes, al fallecer el último, como si hasta ese momento se hubiera disuelto la comunidad; de suerte que se aprovechaban del aumento que había recibido ésta después de la muerte de uno de los cónyuges, y por lo mismo, era también un medio de conservar los bienes en las familias. Pero esto suponía que el sobreviviente, fiel á tal arreglo de familia, no dispondría sin necesidad. Aquellas cláusulas cayeron en desuso desde la publicación del código civil, que no permite ya estipular que continúe la sociedad conyugal después de muerto uno de los esposos (arts. 1,442 y 1,388). La disposición podría hacerse también por testamento recíproco, lo cual no es más que la obligación de testar, impuesta por dos esposos que disponen el uno al favor del otro. Allí no hay substitución, puesto que el esposo instituido tiene plena facultad para enajenar entre vivos. Sólo que es dudoso que la disposición pudiese comprender la mitad de los bienes legados por el último que falleció, sin distinguir los que provienen del testador de los que pertenecen al heredero instituido; el testador no puede disponer de la cosa de otro, más indirecta que directamente. (1)

1 Bruselas, 7 de Febrero de 1816, y 8 de Marzo de 1821 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 36, y 1821, pág. 320), y Octubre 29 de 1825, con substitución condicional en el caso de que el sirviente volviera á casarse. Resolvióse que, siendo dueño de disponer el sirviente, no había substitución. (*Pasicrisia*, 1825, pág. 506). Compárese á Voet, 33, 1, 56,

1. Aplicación.

I. De la cláusula de restitución.

468. El artículo 951 permite al donante que estipule el derecho de restitución de los objetos donados, para el caso de muerte anterior del donatario, ó de él mismo y de su posteridad. La ley añade que ese derecho no se puede estipular más que en favor del donante. Cuando se estipula en el del donatario, no podría cuestionarse sobre la substitución, por ser una donación hecha bajo condición resolutoria; realizada la cual, la donación queda resuelta, como si nunca hubiera existido; por consiguiente, no hay ningún agraciado, ni transmisión alguna de bienes.

Ocurrió un caso en que era dudoso si realmente se había estipulado en favor del donante el derecho de restitución. Cuatro hermanas, que vivían bajo un mismo techo, hicieron donación á sus sobrinos de la cantidad de 20,000 francos, con la cláusula de que si morían los donatarios antes que las donantes, volverían la cosa donada á éstas ó á la última que sobreviviera. El tribunal de Riom declaró que la restitución se haría conforme al artículo 951. Había alguna razón para dudar: cuando cuatro personas donan la cantidad de 20,000 francos, cada una es donante sólo de 5,000 francos, y no puede estipular la devolución sino de lo que dona; estipulando la de toda la cosa donada, ¿no se excedía del artículo 951? ¿Las donantes que murieran antes no reservaban la restitución en favor de un tercero, cual lo era la hermana que sobreviviera á los donatarios? Conforme á los principios generales, sería menester ciertamente declararlo así. El tribunal de Riom respondió que la donación de 20,000 francos estaba hecha conjuntamente por las cuatro hermanas y por cada una de ellas por igualdad, como se expresaban, lo cual indicaba una *especie de solidaridad* que las identificaba.

Mucho dudamos que sea exacta esa interpretación. Dar por *igualdad*, no es dar solidariamente, sino dar cada uno una parte igual. De modo que el tribunal no se atrevió á decir que habla solidaridad, sino que era una especie de solidaridad: lo cual equivale á no decir nada. La donación ó es solidaria ó no: si no lo es, se divide, y dividiéndose hay tantas donaciones como donantes, y cada una de éstas no puede estipular la restitución sino de lo que ella dona. (1) Citamos este ejemplo para poner alerta á nuestros jóvenes lectores contra las palabras vagas con que á veces se contentan, á guisa de razones, los autores y los tribunales. No basta decir que hay una *especie de solidaridad* para que se tenga derecho de aplicar los principios relativos á la misma. Tampoco basta que se haya hecho la donación por copropietarios, porque puede, sin embargo, donar cada uno por su parte.

469. Si se estipuló la restitución en favor de un tercero, no es el caso previsto por el art. 951. La cláusula de restitución autorizada por la ley no es más que la condición resolutoria que el donante pone á su liberalidad; resuelta la donación, se reputa que nunca existió, y, por lo mismo, el donante sigue siendo propietario. En este sentido vuelven á su poder los bienes, de los cuales, á decir verdad, siempre quedó siendo propietario. No se puede decir lo mismo cuando se estipuló la restitución en favor de un tercero: éste no puede considerarse como habiendo sido siempre el propietario, puesto que jamás lo fué. Si, pues, se le transmiten los bienes, es en virtud de una liberalidad hecha con aspecto de restitución. Por consiguiente, hay un primer agraciado, el donatario, que recibió los bienes con cláusula de restitución; y hay otro que los recibe al morir el donatario, si fallece sin posteridad. Por tanto, hay dos

1 Riom, 25 de Febrero de 1825, bajo la presidencia de Grenier (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 199).

liberalidades hechas sucesivamente con carga virtual de conservar y restituir, que son los caracteres constitutivos de la substitución fideicomisaria.

Tal es la doctrina generalmente seguida. (1) Creemos que es demasiado absoluta. Es menester atender á la intención del disponente. Si quiso agraciar al primer donatario, y después de él, á aquel en cuyo favor estipuló la restitución, no hay duda; la disposición es substitución fideicomisaria en forma de cláusula de restitución. Pero si dijera el donante que en caso de morir sin hijos, la liberalidad quedará resuelta y considerada como no hecha, y que en ese caso donaba los bienes á un tercero que se estimará haberlos recibido desde los principios, tal disposición no sería, á nuestro juicio, substitución. Sería donación en favor del primer donatario bajo condición resolutoria, y en provecho del segundo bajo condición suspensiva. En cualquiera hipótesis, no había más que una liberalidad, y así ni instituido ni substituto, ni substitución (números 443 y 446).

La jurisprudencia anula las disposiciones con cláusula de restitución en favor de un tercero, como inficionadas de substitución. Sobre este punto hay un fallo de la sala de casación dictado según el informe de Chabot. Hácese una donación universal por contrato de matrimonio á los futuros cónyuges; después se exceptúa un inmueble de esa donación; la donante dispone de él con la cláusula de que si el donatario particular muere antes sin dejar hijos, el inmueble que se le donó pertenecerá en propiedad al donatario universal. El documento, como se ve, no habla ni de restitución ni de condición resolutoria; el inmueble donado pura y simplemente pasa al segundo donatario bajo condición suspensiva, sin quedar resuelta la primera do-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 14, nota 14. Demolombe, t. 18, pág. 121 núm. 110.

nación. Resulta que hay dos agraciados: el primer donatario debe conservar la cosa, y al morir él sin hijos, deben sus herederos restituirla al segundo donatario. Por tanto, hay un instituido y un substituto; éste está llamado condicionalmente, pero poco importa, puesto que también está prohibida la substitución condicional. Sosteníase que era una donación con cláusula de restitución, lo cual sería, dice el fallo, alterar el instrumento so pretexto de interpretarla. La donación no decía sino que la cosa donada volvería al donatario universal, y no podía decirlo, puesto que la restitución significa reversion á un propietario precedente, y el donatario universal nunca lo había sido, por estar exceptuado el inmueble de la donación. Objetábase aún que la intención de las partes no había sido la de hacer una substitución. Poco importa, responde el tribunal; no se trata de lo que las partes quisieron hacer; es necesario atender á lo que hicieron, y lo que hicieron fué una verdadera substitución. (1) Lo mismo sería si el disponente hubiese dicho que los bienes volverían á un tercero, sin expresar que la primera donación quedaría resuelta; la restitución á un tercero es imposible, y puesto que no se resuelve la primera liberalidad, hay dos con orden sucesivo, y así con substitución. (2)

470. ¿Es substitución prohibida la restitución estipulada en favor de los herederos? Gran confusión reina entre los autores sobre este punto. La jurisprudencia distingue si la restitución se estipuló para solamente los herederos. Examinemos por principio la primera hipótesis. El art. 951 no permite que se estipule la restitución para el donante y sus

1 Casación, 22 de Junio de 1812 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 203, 2°)

2 Denegada, 18 de Abril de 1849 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 259). Compárese con lo resuelto en Rennes, á 1° de Mayo de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 85); Angers, 24 de Noviembre de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 208).

herederos; dice que tal derecho no se puede estipular más que en favor del donante. La estipulación de la restitución en favor de éste y de sus herederos es, pues, ilícita por lo que toca á los últimos. Pero ¿cuál será el efecto de esa disposición? La dificultad está en saber si la estipulación en favor de los herederos debe considerarse como condición ilícita ó como substitución prohibida. Si es simple condición ilícita, hay que aplicar el art. 900, según el cual se reputan como no escritas las condiciones contrarias á la ley; se hace desaparecer la condición relativa á los herederos y se sostiene la disposición en que se encierra la condición ilícita. Si, por el contrario, se considera la restitución estipulada en favor del donante y de sus herederos como substitución, debe aplicarse el art. 896, el cual anula no solamente la substitución, sino toda la disposición; de suerte que el donatario mismo no se aprovecha de la liberalidad que se le hizo. Creemos que la estipulación de la restitución en favor del donante y de sus herederos no contiene substitución fideicomisaria.

El art. 951, que no permite estipular la restitución sino en favor del donante, no dice que si se estipuló en su favor y el de sus herederos, habrá substitución prohibida. Lo único que se puede inferir del art. 951, es que aquella estipulación está prohibida; pero la ley no dice cuáles serán las consecuencias de la prohibición. El fin del legislador fué impedir que con el nombre de restitución se ocultara una substitución fideicomisaria. Es preciso ver, pues, si la cláusula que estipula que se restituya al donante y á sus herederos ofrece los mismos caracteres que la substitución. A nuestro juicio, es simplemente una condición resolutoria. Si dijera el donante que donaba tal objeto con la condición de que si moría el donatario sin dejar posteridad, quedaría resuelta la donación, sería válida la disposición, puesto que se puede hacer una donación bajo condición resolutoria.

¿Y cuál sería el efecto de esa donación? Si se realiza la condición, quedará resuelta la donación, esto es, se estimará que nunca existió; de donde se sigue que se estimará no haber salido nunca los bienes del patrimonio del donante; la resolución aprovecha, pues, necesariamente al donante y á sus herederos. Y bien, tal es igualmente el efecto de una cláusula de restitución estipulada en favor del donante y de sus herederos. La dicha cláusula no es más que condición resolutoria, y produce los efectos de tal. Quedando resuelta la donación, nunca hubo liberalidad, ¿y cómo se quiere que haya substitución donde no hay instituido ni substituto? Lejos de que haya dos liberalidades hechas en un orden sucesivo, no hay más que una.

¿Será menester inferir de ahí que es permitido estipular la restitución en favor del donante y de sus herederos? Si pudiera resolverse la cuestión con arreglo á los principios, habría que responder afirmativamente sin vacilar. En una estipulación semejante no hay sombra de substitución; es una donación bajo condición resolutoria, y nunca se ha prohibido hacer una donación, como ningún otro contrato, bajo condición resolutoria. Pero el tenor del art. 951 prohíbe lo que los principios permiten; decir que no se puede estipular la restitución más que en favor de *sólo* el donante, es decir que no puede serlo para el donante y sus herederos; la estipulación de la restitución en favor de los herederos es, pues, una cláusula ilícita, y, por consiguiente, es menester hacerle desaparecer conforme al art. 900. No reflexionó el legislador que la cláusula de restitución en favor del donante y sus herederos es una verdadera condición resolutoria fideicomisaria. Resulta del art. 951 una singular anomalía. No se puede estipular la restitución para el donante y sus herederos, mientras que se puede hacer la donación bajo condición resolutoria; sin embargo, en el fondo las cláusulas son idénticas. ¿Se dirá que es menester sacar

otra consecuencia de esa identidad, y es que la prohibición de estipular la restitución en favor del donante y de sus herederos implica la prohibición de hacer una donación bajo condición resolutoria? Esto sería extender el art. 951 más allá del texto y del espíritu de la ley, al mismo tiempo. Lo que entendió prohibir el legislador es una substitución disfrazada con cláusula de restitución; mas una donación bajo condición resolutoria no es, por cierto, substitución.

Tal es el sentido de la jurisprudencia. Se hace por contrato de matrimonio una donación con la estipulación de restituir en caso de morir sin hijos el donatario, *ora al donante, ora á sus herederos*. El tribunal de Burdeos declaró que esa estipulación contenía, no una substitución sino una extensión del derecho de restituir, contra la ley; en consecuencia, la donación era válida, pero declarando como no escrita la cláusula de restitución estipulada en favor de los herederos. En los considerandos del fallo, el tribunal iba más lejos, diciendo en términos absolutos que el artículo 951 preveía un caso absolutamente distinto del previsto por el 896; lo cual implicaba que la cláusula restitutoria nunca encierra substitución. Acabamos de decir lo contrario en el caso de que la restitución se estipule en favor de un tercero (núm. 469); de modo que, al denegar el recurso contra el fallo de Burdeos, la sala de casación se limitó á aprobar el fallo sin apropiarse sus motivos. (1)

El tribunal de Tolosa había anulado en un caso análogo la disposición, teniéndola como substitución fideicomisaria; pero fué casada su resolución. No hay que confundir, dijo la sala de casación, la donación con cláusula de restituir y la substitución. El art. 951 permite la restitución en favor del donante, prohibiéndola en el de cual-

1 Denegada, 8 de Junio de 1836 (Dalloz. palabra *Substitución*, número 201). Compárese con lo resuelto en Montpellier, á 25 de Abril de 1844 (Dalloz, 1845, 2, 36). Compárese á Aubry y Rau, t. 7º, página 24, nota 38.

quier otro; pero cuando él excedió los límites de ese artículo, la ley no declara la nulidad de la donación, sino que será una estipulación ilícita que el código trata como no escrita (art. 900); pero que no entraña la nulidad de la discusión principal. El fallo está concebido en términos demasiados generales; podía creerse que el tribunal entendía que, en cualquiera hipótesis, se había de regir la sustitución por el art. 900; pero no es tal ciertamente su idea, puesto que es de práctica constante que la restitución estipulada en favor de un tercero sea sustitución; es menester, pues, concordar el fallo con el que se dictó y limitarle al de restitución estipulada en favor del donante y de sus herederos.

471. Hay otra restricción que hacer á la doctrina que acabamos de exponer. Suponen los autores que la restitución se estipuló en favor del donante y de sus herederos; ¿qué debería resolverse cuando el instrumento expresara que á falta del donante volverían los bienes á otros que no fuesen sus herederos; ó lo que es igual, cuando se estipulara la restitución para el donante y para un tercero? En ese caso, la restitución en favor del tercero sería verdadera sustitución. Esto no es dudoso, siguiendo la opinión que hemos sustentado. La sustitución es condición resolutoria, y la resolución no puede aprovechar sino a aquel que ha sido y se ha estimado ser siempre propietario, una vez realizada la condición. Tales son el donante y sus herederos; pero como el tercero nunca tuvo la propiedad de la cosa donada, no puede ciertamente reputarse que siempre la conservó. La adquiere, pues, en virtud de la cláusula restitutoria. Falta saber si esto sucede como sustituto ó bien á virtud de haberse resuelto la primera donación. Si como sustituto, quiere decir, si el donante se propuso agraciarse al primer donatario y después de él al segundo, habrá sustitución prohibida y, por consiguiente,

nulidad. En la cláusula, tal como la hemos formulado, la intención del donante no era absolutamente la de hacer dos liberaciones con orden sucesivo, puesto que comenzaba por estipular la restitución para sí, esto es, la resolución de la donación; luego por quedar resuelta ésta pasan los bienes á un tercero, quien, por lo mismo, los recibe, no del primer donatario, que se estima no haber sido nunca agraciado, sino directamente del donante, y esto excluye toda substitución.

Conforme á la opinión general que admite que la restitución en favor de un tercero implica siempre substitución, debe resolverse que la cláusula que estipula la restitución al donante y al tercero es nula por estar inficionada de substitución. No es una extensión ilegal del derecho de restituir, porque no se puede extender la restitución á un caso en que es imposible; ¿concíbese que se restituyan á un tercero bienes que nunca ha poseído? Por lo mismo, es una verdadera substitución con nombre de restitución. No se puede decir otro tanto cuando se estipula ésta en favor del donante y sus herederos, porque en tal caso sí sería posible restituir, toda vez que si los herederos no han sido propietarios lo ha sido el donante, y aquéllos y éste forman una sola personalidad. (1) Esto es justísimo si no se ha resuelto la primera donación, en el cual caso hay dos agraciados con orden sucesivo y, por consiguiente, substitución. Pero no es cierto, á nuestro juicio, cuando la cláusula restitutoria hace que se resuelva la primera liberalidad; y tal es, por cierto, el caso general, puesto que la restitución implica condición resolutoria.

472. Queda la última hipótesis y es la más controvertida. Estípulase la restitución en favor de los herederos, sin haberlo sido para el donante. ¿Es substitución prohibida ó una cláusula nula y, como tal, reputada como no escrita?

1 Demolombe, t. 18, pág. 126, 3º, núm. 112.

A nuestro juicio no hay substitución; es una cláusula de restitución prohibida por la ley y que, por lo mismo, cae bajo la aplicación del art. 900; que será destruida, y la disposición con la cual venía quedará válida. No hay substitución. En efecto, la cláusula restitutoria es una condición resolutoria que, al realizarse, produce la resolución de la donación, después de lo cual los bienes donados vuelven al donante y á sus herederos. Estipular en favor de éstos la restitución es, pues, estipular lo que acontezca de derecho, en caso de resolverse la donación. No hay primer agraciado, puesto que se ha resuelto la liberalidad que se le hizo. Por tanto, no hay instituido. ¿Habrá substituto? Tampoco. Porque, en realidad, no están agraciados los herederos á quienes vuelven los bienes; ellos los habrían recibido á virtud de la resolución, aun cuando no hubiese habido ninguna estipulación en provecho suyo; en todo caso, no reciben como instituidos, puesto que no los hay. Conforme á los verdaderos principios, la cláusula tendría que ser válida por no ser más que condición resolutoria; pero el código la prohíbe y, por tanto, es nula y debe reputarse como no escrita, conforme al art. 900. (1)

Esta opinión no ha encontrado apoyo. Generalmente se enseña que la cláusula restitutiva estipulada en favor de los herederos contiene una substitución prohibida. No es, dicen, una cláusula de restitución, porque nunca se puede estipular que vuelvan los bienes á quien, nunca los poseyó. La cláusula no tiene, pues, de restitución más que el nombre; el donante se despojó realmente de los bienes en favor del donatario, é hizo, en el de sus herederos, una disposición eventual en segundo orden, para el caso de que muriera el donatario sin posteridad. (2) No nos parece

1 Compárese á Demolombe, t. 4^o, pág. 21, núm. 10 bis, 9^o. Duranton, t. 8^o, pág. 109, núm. 93.

2 Aubry y y Rau, t. 6^o, pág. 23, nota 38. Demolombe, t. 18, página 123, núm. 111.

exacto esto. Una donación hecha con cláusula de restitución no es donación pura y simple; transmite, cierto, la propiedad al donatario, pero bajo condición resolutoria; y así, cuando se realiza la condición de morir sin hijos, queda resuelta la donación. ¿Qué sucede entonces con los bienes? Que vuelven al donante ó á sus herederos. No queda ya ninguna liberalidad, y así, no se puede disputar ya acerca de la substitución. Siguiéndose la opinión que impugnamos, para nada se toma en cuenta la cláusula de restitución, sino que se interpreta la donación como si hubiese dicho el donante; "Doy á Pedro, y si muere sin hijos, le substituyo con mis herederos." Esto es alterar la cláusula, porque es hacer que desaparezca la de restitución, y transformar una donación con condición resolutoria en donación sin condición; para lo cual no está facultado el intérprete.

473. La jurisprudencia ha estado por aplicar el art. 896. Cuando se entra al examen minucioso de las resoluciones, algo pierden de su autoridad. Léese en un fallo dictado en Riom, bajo la presidencia de Grenier, que toda restitución que no se hubiere estipulado en favor del donante, es substitución fideicomisaria (1) Hacemos á un lado aquella resolución demasiado absoluta; es inútil combatirla, por no haberla adoptado la jurisprudencia. Hay otras que también es necesario desentenderse; unas por no estar motivadas, (2) y otras por no resolver en forma la dificultad. Así, en un caso tratábase de la restitución estipulada en favor del donatario universal; (3) en otro, la sala de casación insiste en una circunstancia particular, y es la de que se había estipulado la restitución, no en favor de los

1 Riom, 9 de Agosto de 1829 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 200).

2 Denegada, 16 de Julio de 1807 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 203, 1º). Casación, 5 de Marzo de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 123).

3 Casación, 22 de Junio de 1812 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 203, 2º).

herederos en general, sino de un individuo determinado. (1) En cuanto á los fallos de principio, los motivos en que se funda nos parecen convincentes. Muy natural era, en el derecho antiguo, que se tuviera como substitución la restitución estipulada en favor de los herederos, puesto que se veían favorablemente las substituciones hasta el punto de presumirlas con facilidad. (2)

En muchos casos podía sostenerse que no había verdadera condición resolutoria, quiere decir, que si se realizaban la cláusula de restitución ú otra análoga, no quedaba resuelta la donación primitiva, en el cual caso puede decirse con los fallos, que el primer donatario tenía encargo de conservar y de restituir, bajo condición, al segundo agraciado, lo que implica una substitución prohibida. Así, un testador instituye por heredero universal á su hermano, con esta cláusula: "Me reservo, si mi *heredero* llega á morir sin hijos; queriendo, que mis bienes vengán á mis hermanas." No se encuentra en el testamento la palabra restituir: el testador lega pura y simplemente á su hermano, declarándole su *heredero*; por tanto, le gratifica, y si muere sin hijos, no dice que quedará resuelto el legado, sino que quiere que entren sus hermanas á heredarle. Hé aquí dos liberalidades que comienzan sucesivamente; tuvo razón el tribunal de Nimes para resolver que había substitución. (3) Igualmente, si la testadora lega la nuda propiedad de todos sus inmuebles con esta cláusula: "En el caso de que antes muera la legataria sin posteridad después de recibir la propiedad de mis dichos inmuebles, quiero y entiendo que *vuelvan* á mis herederos, á quienes los lego en

1 Casación, 22 de Enero de 1839 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 30).

2 Denegada de la sala de lo civil, 3 de Mayo de 1829 (Dalloz, número 203, 3º).

3 Nimes, 4 de Abril de 1827 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 203, 5º).

cuanto necesario fuere." La palabra *vuelta* se halla en la disposición, pero no se ve que la testadora la empleara como sinónimo de condición resolutoria; por tanto, el tribunal de Amiéns pudo declarar que había dos liberalidades hechas con orden sucesivo. (1) La cuestión es más á menudo cuestión de hecho, en la cual se trata de saber lo que entendió el testador por *volver* ú otra expresión análoga. Si quiso agraciar al primer donatario sin resolver la donación en caso de fallecimiento sin hijos, habrá dos liberalidades sucesivas, y por tanto, substitución. Así se declaró en casación en un caso en que el testador dijo que los bienes legados debían *entrar* en poder del legatario exentos de todo derecho de mutación, y *volver* á la herencia del testador, si moría aquél sin hijos. ¿Era esta una condición resolutoria? ¿era doble liberalidad? La sala declaró que, conforme á la mente del testador, la propiedad de los inmuebles pasaba al primer legatario, quien al morir debía dejarlos á los herederos instituidos. (2) Está por demás decir que, en eso caso, hay substitución.

La jurisprudencia belga está conforme con la francesa, declarando de una manera azás absoluta, según creemos, que la donación es substitución desde que se estipula la restitución en favor de los herederos del donante. Debemos detenernos en un fallo de Bruselas dictado conforme á las conclusiones del procurador general Daniels. La requisitoria establece muy bien la diferencia que hay entre la cláusula de restitución y la substitución. En esta hay dos liberalidades, el disponente no estipula nada para sí. En la restitución, hay sólo una liberalidad que inmediatamente trasladada la propiedad al donatario; pero queda resuelta la donación, si se realiza la condición de restituir; de suerte que el donante estipula en favor propio, mientras que en

1 Amiéns, 7 de Diciembre de 1868 (Dalloz, 1869, 2, 60).

2 Casación, 11 de Diciembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 25).

la substitución, estipula en favor del instituido y del substituto. Esto es muy cierto. Pero de ahí hay que inferir, con Daniels y el tribunal de Bruselas, que la donación con cláusula de restitución en favor de los herederos, necesariamente es substitución. (1) Creemos que esto sería demasiado absoluto. ¿Es cierto que nada estipula el donante á favor de sí? Estipular para sus herederos, es estipular para sí. ¿Y no habrá que aplicar el principio de que la cláusula restitutoria es una condición resolutoria? Puede no serlo, indudablemente; y de aquí inferimos que no hay necesidad de una resolución absoluta; debe verse lo que el donante entendió por la restitución que estipuló: si fué resolución, se aplican los arts. 951 y 900; si no lo fué, hay substitución y nulidad conforme al art. 896.

474. Hemos estado suponiendo, con el art. 951, que la cláusula de restitución se estipuló en una donación. ¿Qué deberá resolverse si el testador lega con cláusula de restitución? Daniels dice que el testador no puede disponer bajo esa condición. En efecto, es una condición resolutoria estipulada en provecho del disponente; es menester, pues, que en el momento en que se realiza, pueda el disponente aprovecharse de la resolución. Ahora bien, las liberalidades testamentarias no comienzan sino con la muerte del que las hace y así es imposible que el disponente se aproveche de ellas; de donde se sigue que no se puede estipular en su favor la resolución. Hé ahí por qué, dicen, nunca tiene lugar en materia de testamentos el derecho de restitución. (2) Es consecuencia evidente del principio establecido por el art. 951 que no permite estipular ese

1 Casación, 5 de Noviembre de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 217). Compárese con lo resuelto en Bruselas, á 31 de Octubre de 1864 (Dalloz, 1866. 2. 172).

2 Amiéns. 25 de Febrero de 1837 (Dalloz, palabra *Minoridad*, número 135). Tolosa, 30 de Junio de 1840 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 203, 8°).

derecho en favor del donante. Pero ese principio no resulta de la naturaleza de la condición resolutoria; nada impide estipularla en un legado; la resolución aprovechará á los herederos del testador. Así, lo que no se puede hacer con el nombre de derecho de restitución, puede hacerse en forma de condición resolutoria. Esto prueba que el art. 951 deroga los principios relativos á las condiciones, como ya lo hemos hecho notar.

II. *Del fideicomiso de residuo.*

1. *¿Este fideicomiso es substitución prohibida?*

475. Entiéndese por fideicomiso *de residuo* ó *de eo quod supererit* la disposición por la cual el donatario ó legatario está encargado de restituir, al morir, lo que le quede de los bienes donados ó legados. ¿Cae esa disposición bajo la prohibición del art. 896? Con alguna vacilación, los autores y la jurisprudencia han reconocido que el fideicomiso *de residuo* no es más que substitución fideicomisaria, que es la única prohibida por el art. 896. La ley anula la disposición por la cual el instituido está encargado de *conservar y restituir* á un tercero los bienes que recibió del disponente. Mas en el fideicomiso *de residuo* no hay carga de conservar, puesto que el instituido sólo tiene deber de restituir lo que le quede, y así tiene facultad ilimitada para disponer como le parezca. Otra cosa era en el derecho romano; el gravado no podía disponer más que para necesidades efectivas, por consiguiente, á título oneroso, y de buena fe; de donde resultaba que el instituido estaba obligado á conservar con ciertos límites; Justiniano fijó en la cuarta parte la de los bienes que tenía que restituir. Había, pues, substitución válida por el cuarto. La traducción romana hizo por de pronto creer á Roland de Villargues que los fideicomisos *de residuo* debían entenderse como en

Roma y que, por lo mismo, estaban prohibidos. Esta opinión enérgicamente combatida por Toullier, no encontró apoyo. La tradición en tal materia, es un guía que ciega. Los romanos buscaban la manera de dar efecto á los fideicomisos, que eran vistos con favor, mientras que el código los prohíbe; y cuando las prohibiciones se fundan en razones de orden público, son de derecho estricto. No toda sustitución, dice Toullier, está prohibida; es menester que tenga los caracteres designados por la ley; ésta exige la carga de conservar, y esa carga no se haya en el fideicomiso *de residuo*, porque las leyes romanas que obligaban al gravado á conservar con cierta medida ya están abrogadas. Ninguna duda deja el espíritu de la ley. La sustitución fideicomisaria del antiguo régimen fué la que quiso abolir el legislador, es decir, la sustitución con carga de conservar, la que ponía los bienes substituidos fuera del comercio afectándolos de inalienabilidad. Pero desde que el instituido puede disponer de los bienes substituidos, no hay sustitución en el sentido del art. 896. (1) Creemos que hay necesidad de ir más allá y decir que el fideicomiso *de residuo* no es sustitución. Más adelante probaremos esto. Por de pronto, empleamos los términos usados de sustitución, gravado, substituto, pero haciendo nuestras reservas.

Lejos de ser nocivo, tiene el fideicomiso *de residuo* una ventaja que ha hecho se le adopte en nuestras provincias flamencas, donde es muy usado entre esposos. Cuando éstos no tienen hijos, el afecto que mutuamente se profesan los obliga á dejar al supérstite de ellos mismos los bienes del que muere antes, para que no por sufrir en cuanto al afecto, padezca en cuanto á los intereses, y para que, des-

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 24, núm. 38, y pág. 25 nota 1. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 18, y nota 27, y los autores que se citan; Demolombe, t. 18, pág. 155, núm. 133.

pués de una vida común de comodidad, atendido el que sobrevive á sus propios recursos, no se vea expuesto á las privaciones. Sin embargo, los esposos tampoco quieren despojar á sus familias de los bienes que recibieran de ellas. No tienen más que dos medios para disponer en favor del cónyuge que sobreviva: por fideicomiso, ó en usufructo, como lo hacían antiguamente, lo cual expone al usufructuario á multitud de enredos y desazones y no le permite disponer, aunque tenga necesidad de hacerlo. El fideicomiso *de residuo* concilia todos los intereses. Asegura al supérstite el goce y la disposición de los bienes del finado, sin despojar á las familias; porque está obligado moralmente el supérstite á administrar bien el patrimonio del difunto y á no dejarle al morir á los herederos del disponente. (1)

Tales son las disposiciones usadas en Bélgica en los contratos de matrimonio: el cónyuge supérstite es instituido heredero del finado, con facultad absoluta para disponer á título oneroso, y ordinariamente los instrumentos expresan que todo lo puede consumir él. Al morir, su herencia se divide por mitad entre las dos familias, de suerte que los parientes del cónyuge finado tienen una parte en los bienes, á menos que el supérstite use del derecho absoluto que tiene para gastar. (2) La misma disposición puede hacerse por testamento, ya en forma de substitución con carga de restituir, ya en forma de institución en favor de un pariente del testador, pariente que no recibirá sino lo que deje el cónyuge que sobreviva. (3)

476. En los primeros años que siguieron á la publicación

1 Demolombe, t. 18, pág. 161, núm. 136.

2 Véase el núm. 467. Gand, 13 de Diciembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 261).

3 Lieja, 31 de Mayo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 134); Bruselas, 25 de Julio de 1827 (*Ibid*, 1827, pág. 256); La Haya, 25 de Julio de 1823 (*Ibid*, 1823, pág. 483); Lieja, 23 de Abril de 1829 (*Ibid*, 1829, pág. 151); Lieja, 7 de Noviembre de 1843 (*Ibid*, 1844, 2, 308).

del código civil, la jurisprudencia anduvo con vacilaciones. El tribunal de Bruselas anuló un fideicomiso *de residuo*, fundándose en que el instituido no podía disponer por testamento de los bienes que le quedarán al morir, los cuales debía, por lo mismo, conservar y devolver al sustituto; el tribunal dedujo de esto que hay substitución fideicomisaria por el resto de los bienes. (1) Es un error palpable. Efectivamente, desde el momento mismo en que el instituido está obligado á conservar, según el tribunal de Bruselas, tiene facultad para enajenar á título oneroso y aun gratuito; ¿y puede decirse que está obligado á conservar el que tiene derecho ilimitado para disponer? Sin embargo, el mismo argumento reprodujo aunque bajo distinta forma, el tribunal de París, en una resolución más reciente. El fideicomiso *de residuo*, dice, contiene una restricción al derecho de propiedad, puesto que debiendo devolver el instituido lo que le queda de los bienes donados ó legados, no tiene facultad para disponer de ellos por testamento. (2) Esto es cierto, pero no toda restricción impuesta al derecho de propiedad es una substitución. La disposición del artículo 896 prohíbe, hace más que restringir la facultad de disponer; prohíbe al gravado que disponga entre vivos, y por causa de muerte, á título gratuito y á título oneroso; pone los bienes fuera del comercio; hé aquí por qué el legislador la prohíbe y anula. ¿Puede decirse que los bienes están fuera del comercio porque el instituido no puede disponer de ellos por testamento? Esto no mira al comercio; y lo único que se puede sostener, es que la obligación de restituir lo que aun queda de los bienes, es opuesto al artículo 900. Más adelante volveremos á esta dificultad.

La sala de casación de Francia ha sostenido siempre que

1 Bruselas, 6 de Diciembre de 1809 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 209).

2 París, 16 de Diciembre de 1833 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 67, 5°).

el fideicomiso *de residuo* no es substitución, y da una razón irrefutable, la de que el donatario ó el legatario encargado de *restituir* no está obligado á *conservar*. De aquí la consecuencia importantísima, desde el punto de vista de los principios, de que los herederos del disponente á quienes deben restituirse los bienes restantes no reciben su derecho del disponente, puesto que éste permitió al legatario ó donatario que lo gastara todo hasta el último sueldo; si los herederos reciben los bienes ó lo que de ellos quede, es porque el instituido no dispuso como tenía derecho de hacerlo; así es que los herederos reciben su derecho del gravado, mientras que, en las verdaderas substituciones, éste no es más que intermediario, por cuyo conducto les llegan los bienes á ellos. (1)

477. La jurisprudencia de los tribunales de Francia y de Bélgica está hoy acorde en este sentido. (2) Fúndase en el texto y en el espíritu del artículo 896, que no prohíbe más que la disposición con carga de *conservar*, y esta obligación no existe en el fideicomiso *de residuo*. De allí nació otra dificultad. Se supone que el testador prohibió al legatario que dispusiera á título gratuito, y en ello hay otra nueva restricción al derecho de propiedad, puesto que el propietario no podrá hacer donación entre vivos. ¿Es esto decir que el fideicomiso *de residuo* se convierte en ese caso en substitución fideicomisaria? Nó, porque los bienes no quedan fuera del comercio; el legatario gravado con la carga de restituir lo que quede tiene derecho de enajenar á título oneroso de una manera ilimitada, y por lo mismo no está obligado á conservar, ni hay substitución. La traba que resulta de la prohibición de donar no basta para que tenga la disposición los inconvenientes de la substitución.

1 Denegada, 14 de Marzo de 1832 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 69, 3º).

2 Véanse los fallos citados por Dalloz, palabra *Substitución*, números 69 y 70. Y, *supra*, núms. 467 y 474.

ción. Lo que al interés general le importa, es que los bienes puedan ser vendidos y comprados; cosa que permite el fideicomiso de *residuo*. Esto es decisivo. (1)

478. La cuestión aumenta en dificultad cuando al encargar al legatario que restituya, le permite el testador que venda *en caso de necesidad*; y esa cuestión divide á los autores. Parécenos que es cuestión de intención; es menester atender á lo que el disponente quiere decir con las palabras *en caso de necesidad*. Si quiso constituir al legatario en juez único de sus necesidades, libertándole de toda inspección y de toda justificación en cuanto al ejercicio de la facultad de enajenar que le concede, entonces no hay carga de conservar, puesto que el legatario puede enajenar como él lo quiera, y esto excluye tal obligación. (2) Pero si la mente del testador fué que el legatario no pudiera enajenar sino en caso de necesidad acreditada, de suerte que en principio el legatario esté obligado á conservar los bienes, aun por esto mismo habrá substitución; el tenor y el espíritu del art. 896 son aplicables, puesto que el instituido no puede enajenar, salvo el caso de imperiosa necesidad debidamente acreditada. Por consiguiente, los bienes quedan fuera del comercio, atacados de incapacidad de enajenarse, (3) que son los caracteres de la substitución prohibida.

2. ¿Cuál es el efecto del fideicomiso de residuo?

479. Esta cuestión da lugar á muchas dificultades. Es

1 La Haya, 25 de Julio de 1823 (Dalloz, 1823, pág. 483). Aubry y Rau, t. 6º, pág. 19, nota 28. Coin-Delisle, pág. 49, núm. 31 del artículo 896, Demolombe, t. 18, pág. 164, núm. 138.

2 Denegada, 24 de Abril de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 224). Coin-Delisle, pág. 49, núm. 30 del artículo 896. Compárese á Aubry y Rau, t. 6º, pág. 20, nota 30. Demolombe, t. 18, pág. 164, núm. 139.

3 Denegada, 28 de Noviembre de 1849 y el informe de Mestadier (Dalloz, 1850, 1, 113). Gand, 13 de Diciembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 261).

menester, ante todo, determinar la naturaleza del fideicomiso *de residuo*. El nombre que se le da es á propósito para inducir á error y, efectivamente, ha engañado á muchos intérpretes. Hase creído, y así se ha resuelto judicialmente, que el fideicomiso *de residuo* es una substitución fideicomisaria; de suerte que habría dos substituciones fideicomisarias, una prohibida por el art 896, y la otra permitida. De donde resultaría que deberían aplicarse al fideicomiso *de residuo* los principios relativos á las substituciones, en tanto que no están modificados por el derecho de enajenar que distingue el fideicomiso *de residuo* de la substitución prohibida. Particularmente habría que decir que en el fideicomiso *de residuo* hay un instituido y un substituto, y que el derecho de éste no comienza sino con la muerte del instituto. Creemos, con M. Demolombe, que el fideicomiso *de residuo* no es substitución fideicomisaria, (1) y es fácil demostrarlo. El art. 896 prohíbe las substituciones fideicomisarias, y sólo hay una excepción respecto de las disposiciones fideicomisarias permitidas á los padres y madres y á los hermanos y hermanas, por los arts. 1,048 y 1,049. Fuera de estas disposiciones, no se puede tratar de la substitución fideicomisaria. Cuando, pues, se dice que el fideicomiso *de residuo* no es substitución prohibida, no quiere decir esto que sea substitución fideicomisaria permitida. De que la ley no la prohíba en el art. 896 no se debe seguir que la autorice á título de substitución. Esto sería ratiocinar muy mal, porque no es la substitución uno de los modos de disponer á título gratuito admitido por el código. No se puede, dice el art. 893, disponer de sus bienes á título gratuito sino por donación entre vivos ó por testamento. Así, toda disposición á título gratuito es necesariamente ó donación ó legado. Cuando, pues, se dice que el fideicomiso *de residuo* no es substitución

ción prohibida, esto quiere decir que tal manera de disponer queda en el derecho común; es una donación ó un legado; por consiguiente, hay que aplicar al fideicomiso *de residuo* los principios de las donaciones y de los legados.

480. Falta deducir las consecuencias de ese principio. Se pregunta por de pronto si la cláusula en cuya virtud el legatario debe restituir lo que le quedare de los bienes es válida. Se resolvió ya que la cláusula debe reputarse como no escrita; pero el tribunal de París no motiva esa resolución. (1) El de La Haya declaró que es válida la cláusula, por no haber ley que prohíba disponer de sus bienes bajo ciertas restricciones. (2) La cuestión está en saber si los herederos del disponente habrán de recibir los bienes de que no hubiere dispuesto el legatario. Si es ilícita la carga de restituir, hay que hacerla desaparecer, en el cual caso pasarán los bienes á los herederos del legatario. Plantada la cuestión así, supone que el fideicomiso *de residuo* es substitución. Si se admite nuestra opinión, la cuestión deja de ser. El fideicomiso *de residuo* no es substitución, y así no puede tratarse de una verdadera carga de restituir, impuesta á un instituido en favor de un substituto. Ni uno ni otro hay, puesto que no hay substitución. ¿Quién recibirá, pues, los bienes? Debe atenderse á lo que el testador quiso y á si lo que quiso es lícito. No podría dudarse de la mente del testador; quiere que el legatario entregue á sus herederos lo restante de los bienes legados, y así prefiere á sus herederos sobre los del legatario, á la vez que prefiere á éste sobre sus herederos. Esto es decisivo; imposible es que reciban los bienes por los herederos del legatario, si se atiende á la voluntad del disponente. Pero se puede discutir que tal voluntad es lícita. Esto estriba en la interpretación que se le dé. ¿Cuá-

1 París, 26 de Enero de 1803 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 69, 2º).

2 La Haya. 15 de Julio de 1823 (*Pasiortsja*, 1823, pág. 483).

les son los herederos á quienes deben restituirse los bienes al morir el legatario? ¿Son los que viven en esa época? ¿ó son los que el disponente deja al morir? Creemos que en este último sentido hay que resolver la cuestión. Si se admite nuestro principio, no es dudosa la consecuencia. El fideicomiso *de residuo* contiene dos liberalidades, pero que á diferencia de la substitución, se abren en el mismo instante al morir el testador; una de ellas produce efecto inmediatamente, esto es, la disposición hecha en favor del legatario; la otra no producirá el suyo sino cuando muera el legatario sin haber enajenado todos los bienes. La primera es un derecho cierto, inmediato; la otra un derecho futuro, eventual; lo cual no impide que los dos derechos comiencen al mismo tiempo. Desde que muere el testador, tienen sus herederos un derecho adquirido á los bienes que deje el legatario á su fallecimiento, derecho que transmiten á sus sucesores si llegan á morir. (1) Siguese de aquí que para tener derecho á los bienes que quedan, es menester que hayan nacido los herederos ó que cuando menos estén concebidos al morir el testador, porque es la primera condición para poder heredar.

Otra cosa habia de ser si se tratara de substitución; los herederos substituidos serían los que existieran al morir el instituido, puesto que en ese momento es cuando se abre la substitución. Poco importaría, pues, que esos herederos estuvieran ó no concebidos al morir el testador, porque la substitución puede hacerse en favor de los hijos por nacer. Precisamente el ser llamados herederos que no eran los del testador ni son los del instituido, es lo que constituye el orden sucesivo, quiere decir, un orden distinto del de la ley, un orden establecido por el testador y

1 Gand, 13 de Junio de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 285). En sentido contrario, la opinión del abogado Balliu, que considera el fideicomiso *de residuo* como una substitución (*Pasicrisia*, 1866, 2, 287 y siguientes).

prohibido en razón de esto por los autores del código civil. En el fideicomiso *de residuo*, el orden de suceder establecido por la ley no se turba, por ser los herederos del testador quienes recibirán los bienes, á quienes no reciben más que aquellos de que no dispuso el legatario; el orden regular suspendido en vida del legatario vuelve á su curso al morir éste por lo que hace á los bienes que quedan. Tal es, en dos palabras, el fideicomiso *de residuo*.

Ahora se comprenderá que el fideicomiso *de residuo* no puede establecerse en favor de los herederos que existieran al morir el legatario; esto sería turbar el orden regular de las sucesiones, puesto que el testador instituiría herederos á los hábiles para suceder, que no lo eran al morir él. Se dirá que es libre para legar sus bienes, ó por lo menos su parte disponible, á quien él quiera. Sí, pero con una condición, y es, que el legatario viva al morir el disponente (art. 905); el testador no puede beneficiar al que no vive. Esto equivaldría á disponer de sus bienes para un momento en que él mismo ya no viviera; más la ley sólo le permite que disponga al morir (art. 895), y únicamente por excepción le concede la facultad de arreglar su herencia para una época en que habrá dejado de existir, en los casos en que autoriza las substituciones fideicomisarias; fuera de esos casos, el derecho del testador cesa en el momento de morir.

481. La cláusula de restituir los bienes que queden al morir el legatario, ha sido impugnada también por otra causa. Dícese que la carga de restituir con facultad para el legatario para que disponga hasta del último sueldo, es una carga puramente potestativa, la cual vicia toda liberalidad. No se puede hacer depender la donación de una condición potestativa, y también está viciado en su esencia el legado, si el testador dice: Lego á mis herederos lo que mi legatario universal quiera dejarles. Respóndese, y la

respuesta es concluyente, que la carga no está sujeta al gusto del legatario. Este puede ciertamente enajenar y no dejar hacer nada á los herederos del testador. Pero si no enajena, ellos tienen derecho á los bienes que queden; derecho eventual que basta para que la liberalidad no dependa de una carga puramente potestativa. (1) Esto es cierto en cuanto al legado, ¿pero lo es también respecto de la donación? Siguiendo la opinión que hemos enseñado, basta que la condición de la cual depende la donación sea en parte potestativa para que ésta resulte nula; (2) y el donante que hace una donación en forma de carga potestativa hace indudablemente una liberalidad subordinada á la voluntad del que debe ejecutar la carga. No insistimos en este aspecto de la dificultad, puesto que no ocurre en la práctica, por hacerse regularmente los fideicomisos *de residuo* en un instrumento de última voluntad, sea institución convencional, sea testamento.

482. ¿Cuáles son los derechos del legatario encargado de restituir, al morir, los bienes legados? Es necesario consultar los términos del fideicomiso. Si el testador permite al legatario que enajene y ejecute cualesquiera otros actos á título oneroso, el legatario no podrá disponer á título gratuito, ni por testamento, ni por donación. Si sólo le prohíbe el testador que testó concediéndole facultad para disponer entre vivos como él quiera, podrá el legatario hacer donación. Pero ¿qué debe decirse cuando el testador simplemente manifestó que el legatario entregaría á sus herederos lo que quedara al morir de los bienes legados? ¿Tendrá derecho para disponer de los bienes por testamento? Los autores y la jurisprudencia enseñan unánimes que ésta es cuestión de intención; pero ¿cómo se interpretará el testamento cuando no haya manifestado su intención el dis-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 120, nota 29, y los autores que citan. Afábase, á Demolombe, t. 18, pág. 159, núm. 135.

2 Véase el tomo II de mis *Principios*, pág. 608, núm. 409.

ponente? Sobre este particular no hay acuerdo. Nos parece que el que dispone con carga de restituir á sus herederos lo que quede, manifiesta claramente su voluntad de preferir á sus herederos sobre los del legatario; la cláusula ó tiene este fin, ó ninguno tiene. Desde ese momento no se puede reconocer al legatario la facultad de disponer á título gratuito, ni por testamento ni por donación; porque si el legatario tiene tal derecho, podrá donar ó legar los bienes á sus propios herederos; ¿y qué sucederá entonces con la cláusula de restituir á los herederos del testador? El derecho ilimitado de disponer á título gratuito estaría en oposición con la intención del testador, puesto que lo estaría con el fin que éste se propuso al hacer un fideicomiso *de residuo*. No se podría admitir ese derecho mientras el testador no le concediera formalmente al legatario. (1)

Hay un fallo de París en sentido opuesto, que se dictó con motivo de una institución recíproca entre esposos, con la cláusula de que los bienes que al morir el supérstite quedaran, se dividirían entre los herederos de ambos. El tribunal admite que el supérstite puede válidamente disponer de los bienes por testamento. (2) Citamos la resolución sin poder combatirla, puesto que no está motivada, y por lo mismo carece de autoridad doctrinal.

483. Queda una dificultad. El fideicomiso *de residuo* implica, á nuestro entender, prohibición de testar; á veces el testador impone en términos generales la prohibición de disponer á título gratuito; ¿es válida tal restricción al derecho de propiedad? En otro lugar hemos examinado la cuestión de si la cláusula por medio de la cual prohíbe el testador á su legatario disponer por testamento de la cosa

1 Donogada, 1º de Febrero de 1827 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 75, 2º), y Agosto 11 de 1864 (Daloz, 1864, 1, 468). Compárese con Aubry y Rau, t. 6º, pág. 20, nota 21).

2 París, 22 de Abril de 1841 (Daloz, palabra *Substitución*, número 75, 4º).

legada es ilícita, ó si debe considerarse como no escrita, por ser una traba puesta al ejercicio del derecho de propiedad. En el caso ocurrido, la validez de la cláusula se admitió en casación, y casi no es dudosa. (1) Creemos, con el tribunal de Gand, que el legado hecho á alguien con la cláusula de substituir á los herederos del muerto antes, lo que quede es un legado á término, quiere decir, que no transmite al legatario más que una propiedad temporal en cuanto á los objetos de que no dispone en vida; ese derecho cesa á su muerte (2); muy natural es, pues, que no pueda disponer por testamento de las cosas que se legaron, porque el testamento no produce efecto sino á la muerte, y en ese momento cesa el derecho del legatario. No se puede, pues, decir que la cláusula litigiosa viola el derecho absoluto de propiedad, porque el derecho de un propietario á tiempo no es absoluto.

484. ¿Cuáles son los derechos que el fideicomiso *de residuo* da á los herederos en favor de los cuales se estableció la carga de restituir? En lo que hemos dicho de ese fideicomiso, hemos supuesto siempre que estuviera establecido por testamento. En otro tiempo, se hacía por contrato de matrimonio, en favor del cónyuge supérstite y con la obligación que acabamos de recordar (núm. 482). Bajo el imperio del código hay que distinguir las dos hipótesis.

En nuestra opinión el fideicomiso *de residuo* no puede establecerse más que en favor de los herederos que deja al morir el disponente. Se pregunta cuál es la naturaleza de ese derecho: ¿es un legado á término, ó uno condicional? Ya hemos contestado á esta pregunta; opinamos que el derecho comienza al morir el testador; que es puro y simple, y, por lo mismo, le adquieren los herederos desde el día de

1 Denegad, 11 de Agosto de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 468). Compárese con lo resuelto en Lieja, á 7 de Noviembre de 1843 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 308).

2 Gand, 13 de Junio de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 285).

la muerte del testador; si mueren antes que el legatario encargado de restituirles los bienes, transmiten su derecho á sus sucesores. En este sentido se resolvió la cuestión en Gand. En sentido contrario, hay un fallo de Poitiers que considera el legado como condicional, pero es un fallo más bien de caso especial que de principios. No dijo el tribunal que el legado era condicional en todo caso, sino que se fundó en la intención de la testadora; siendo de notar que ésta no había llamado á sus herederos á los bienes que quedaran, sino que llamó á su sobrino por afinidad; lo cual cambia por completo la naturaleza del fideicomiso; la testadora prefiere á un sobrino por afinidad, es decir, á un extraño, sobre su familia: quiere esto decir que prefiere también á los parientes de ese extraño sobre sus parientes? Cuestión de intención que el tribunal resolvió negativamente, conforme á las circunstancias del caso. (1)

Se podría objetar, y se ha objetado, que el derecho de los herederos es condicional por su naturaleza, puesto que no ha de existir sino muriendo el legatario sin haber dispuesto de todos los bienes que recibió, lo cual implica una condición. El tribunal de Gand responde, y con razón, que la objeción confunde el derecho condicional cuya existencia misma es incierta con el eventual que existe, pero subordinado á una probabilidad, de suerte que se puede reducir á nada. Tal es el derecho de los herederos en el fideicomiso *de residuo*. Reciben ese derecho del testador, es un legado que se hace exigible al morir el legatario, lo cual es un término, y no una condición, pues es uno de esos términos de que habla el artículo 1,041, que suspenden solamente la ejecución de la disposición según la mente del testador. Tal intención no sería dudosa, puesto que el testador prefiere á sus herederos sobre los del legatario, en-

1 Poitiers, 24 de Mayo de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 35).

tendiendo así legar un derecho cierto. Sin embargo, prefiere al legatario sobre sus herederos, y esto es lo que hace incierto el derecho de los herederos, en cuanto á que se reducirá á medida de las enajenaciones hechas por el legatario, y puede aún reducirse á nada si nada queda de los bienes legados. Mas no por ser aleatorio el derecho, es menos cierto: está en el patrimonio de los herederos y pasa tal cual es á sus sucesores. (1)

485. Pasemos al fideicomiso *de residuo* estipulado por contrato de matrimonio. La primera cuestión que ocurre está en saber si los futuros cónyuges todavía pueden establecer un fideicomiso en favor del que sobreviva de ellos, bajo el imperio del código civil. Es preciso distinguir. El fideicomiso, tal como se usaba en Francia y Bélgica, ya no puede tener lugar. No era aquel simple fideicomiso, sino un convenio sobre una herencia futura. Véanse los términos del fideicomiso tradicional: "Los futuros declaran hacerse mutua donación, el que muera antes al que le sobreviva, de todos los bienes muebles é inmuebles de que sea propietario el difunto, para que el supérstite disponga de ellos como de cosa que le pertenezca, partiendo desde el día del fallecimiento; pero con la condición de que todo aquello de que sea propietario el que sobreviva se dividirá por mitad entre sus herederos y los del finado." Esta es la cláusula cuya nulidad se declaró en casación. (2) Hemos dicho ya, que formulada así la cláusula, implica la continuación de comunidad entre el supérstite y los herederos del difunto; lo cual es primera causa de nulidad (núm. 480). Hay otra causa, y es que la cláusula contiene un pacto he-

1 Gand, 13 de Junio de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 285).

2 Denegada de la sala de lo civil, 10 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 336). Lo mismo sería si se hubiese hecho una disposición semejante por testamento (Rennes, 29 de Mayo de 1861, Dalloz, 1862, 2, 5). La disposición sería nula cuando recayera sobre los bienes del legatario, puesto que tal cosa sería legado de cosa ajena y una derogación del orden natural de las sucesiones.

reditario; en efecto, los futuros esposos, haciendo una masa de la herencia del que muera antes y de la del que le sobreviva, dividen esa masa entre los herederos que han de existir al morir el primero de aquéllos. Ese pacto sucesorio es al mismo tiempo una derogación del orden legal de las sucesiones, por disponer en favor de dos familias de los bienes que deje el que sobreviva, sin distinguir de qué familia han de provenir y á cuál han de pasar los bienes; cosa que contraviene al artículo 1,389 que prohíbe á los esposos celebrar convenio alguno cuyo efecto sea cambiar el orden de las sucesiones. Agrega la sala de casación que esa donación mutua hecha en un mismo acto viola el artículo 968, que no permite que en un mismo acto dispongan dos personas para un tiempo en que ya no han de vivir. Sobre este punto, hacemos nuestras reservas, y volverémos á él cuando tratemos de las donaciones hechas en el contrato de matrimonio.

Siendo nula la cláusula de restituir estipulada en tales términos, ¿qué sucede con la disposición que se hace en favor de los herederos? Es menester aplicar el artículo 900 que, concebido en términos generales, se aplica á las donaciones hechas por contrato de matrimonio, lo mismo que á las ordinarias. Se reputará, pues, la cláusula de restituir como no escrita y la donación recíproca seguirá siendo válida; será una substitución convencional en favor del supérstite. ¿Quiere decir esto que no se pueda estipular por contrato de matrimonio el fideicomiso *de residuo*? Puede hacerse por institución convencional, tanto como por legado, y en los mismos términos; quiere decir que el supérstite recibirá los bienes del finado con obligación de restituir al morir lo que le quede. Este fideicomiso convencional producirá el mismo efecto del testamentario.

§ III.—DE LA INTERPRETACION DE LAS SUBSTITUCIONES.

*ARTICULO 1.—Reglas de interpretación.**Número 1. De la interpretación conjetural.*

486. El derecho romano favorecía los fideicomisos, dejando á la prudencia del juez la cuestión de si había fideicomiso en una disposición y hasta dónde era menester extenderle, y permitiéndole recurrir conjeturas para establecer los fideicomisos por presunción. Los intérpretes encargaron las leyes y multiplicaron las conjeturas y presunciones, al grado, dice Furgole, de que de una materia fácil y sencilla cuando se ajustaban á las reglas del derecho romano, llegaron á hacer una hidra y un monstruo casi incomprensible y en el cual había naufragado tristemente la recta razón. D'Aguesseau quiso poner término á aquellas interpretaciones arbitrarias, obligando á las partes á que explicaran su voluntad de una manera más expresa. De ahí la primera regla de interpretación que prohíbe las substituciones conjeturales. Esa regla, admitida ya en el derecho antiguo, debe seguirse con mayor razón vigente el código. Como lo dice muy bien Toullier, habíase introducido el uso de las conjeturas en las substituciones, para hacer valer la voluntad del testador; hoy no tendrían más que á imaginar medios para destruirla ó impedir que se ejecutara. (1) El Estatuto de 1747 dejaba subsistentes las conjeturas sacadas del texto de las leyes romanas; la de 30 ventoso, año XII, abroga el derecho romano, así como toda la legislación antigua. Más aún: hasta los autores antiguos deben ser consultados con prudencia en este punto; escribieron con un ánimo que no es ya el nuestro, é interpretaban favorablemente disposiciones que el legislador veía con favor en tanto que el código las prohíbe y las anula.

1 Furgole, *Comentario del reglamento de 1747*, Prólogo, Obras, t. 7º, pág. 6). Toullier, t. 3º, 1, pág. 15, núm. 25.

La jurisprudencia está de acuerdo con los autores para proscribir las substituciones conjeturales. Es un principio, dice el tribunal de Bruselas, que, á diferencia del fideicomiso tácito, no puede establecerse la substitución fideicomisaria, fuera de los términos del testamento, con el auxilio de las presunciones. (1) El tribunal entiende por fideicomiso tácito la disposición hecha por interpósita persona ó en favor de un incapaz; hay, en ese caso, fraude contra la ley, y el fraude se puede probar con todo género de pruebas. No se puede decir que la substitución sea un fraude contra la ley, cuando ésta la prohíbe; pero el legislador no prohíbe y anula más que las disposiciones que ofrezcan los caracteres é inconvenientes de las substituciones fideicomisarias. Por tanto, si una disposición no tiene esos caracteres é inconvenientes, no está prohibida y queda bajo el dominio del derecho común. ¿Cómo se probará que una disposición es substitución prohibida? Por las cláusulas del instrumento.

487. Esta primera regla es cierta, mas no debe abusarse de ella. Hay peligro de caer del exceso de que se quejaba Furgole en la jurisprudencia antigua, al exceso opuesto. Ya no se invocan las conjeturas para probar que hay substitución, sino que se recurre á una interpretación forzada para probar que no la hay. Más de un ejemplo veremos de ello. Descuidase demasiado, á lo que nos parece, la voluntad del disponente. Indudablemente sucede que éste no quiso hacer una substitución prohibida, sin embargo de lo cual se anula la disposición por contener una substitución. Pero de aquí no debe inferirse que es menester abstracción de la mente del que dispone. Ora se hagan por donación las substituciones, ora por testamento, siempre son ellas la expresión de la voluntad del disponente,

1 Bruselas, 3 de Mayo de 1854 (*Pasierisia*, 1855, 2, 288). Aix, 10 de Febrero de 1825 (Dallos, palabra *Substitución*, núm. 312).

quien desea lo que no tiene derecho de desear, y lo que desea es una disposición contra el orden moral, contra los intereses económicos, contra las bases de nuestro orden social. ¿Se mantendrá esa voluntad porque, recurriendo á una interpretación forzada, se llegue á darle otro sentido? Esto sería mantener una disposición haciendo decir al disponente otra cosa de lo que quiso decir. Si está probado que quiso hacer una substitución debe anularse el instrumento, porque no hay que permitir á los particulares que violen una ley de orden público con la esperanza que tienen de eludir la prohibición, dando á su pensamiento un giro erróneo que permita se le mantenga por interpretar el juez en otro sentido. Esto será violar la ley tratando de eludirla, y los tribunales no deben dar la mano á semejantes cálculos.

Núm. 2. ¿Qué debe resolverse en caso de duda?

488. En caso de duda hay que interpretar la disposición en el sentido de que no presenta substitución prohibida. ¿Cuándo hay duda? Los términos de la disposición litigiosa pueden ser susceptibles de dos interpretaciones, una según la cual la disposición reuniría los caracteres constitutivos de la substitución, y la otra según la cual no los contendría; en ese caso hay que adoptar de preferencia la última. La regla es cierta é incontestable; pero importa precisar los motivos en que se funda, para impedir que se abuse de ella. Según el art. 896, la disposición que contiene una substitución es nula en todo, aun con respecto al instituido. ¿Puede presumirse que el donante ó el testador hayan querido hacer lo que les prohibía la ley, so pena de nulidad de toda la disposición? No por cierto. (1) Pero de que no se pueda presumir tal cosa no se debe concluir que jamás tuvo esa idea el disponente. Dia-

¹ Aubry y Rau, t. 6º, pág. 25 y nota 40, y pfo. 624. Demolombe, t. 18, pág. 179, núm. 157 y los autores que citan.

riamente se eluden leyes prohibitivas; hay cuerpos morales que viven de fraudes, aunque todo lo que se hace para defraudar la ley es nulo. Si consta, pues, la intención de hacer una substitución, no es posible decir que no se presume; está probada, y cuando lo está, la voluntad del disponente viola una ley de orden público; debe ser anulada si se quiere que las leyes sean respetadas, y sin ese respeto no hay sociedad posible.

Invócase también en favor de la regla que examinamos, el art. 1157 que la formula en estos términos: "Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, debe entenderse la más bien en aquel con que pueda producir algún efecto que en el que no pueda producir ninguno." Esto supone que la cláusula presenta en realidad dos sentidos y que es imposible saber cuál es el verdadero, porque si el sentido es cierto, debe aplicarse una regla más fundamental, y es la de que los convenios hacen veces de ley. En materia de substitución hay otra consideración que es menester tener en cuenta, y la repetimos porque se la olvida; á saber: que toca al orden público el sentido en que el instrumento no produce ningún efecto; quiere decir que el intérprete tiene una obligación que cumplir y no debe mantener una disposición que tuvo por objeto violar una ley de orden público. Para que la pueda mantener es menester que haya en ella verdadera duda, no sólo en cuanto á los caracteres de la disposición, sino también en cuanto á la intención del disponente.

489. La jurisprudencia consagra la regla de interpretación formulada por los autores. (1) Sin embargo, los últimos fallos dictados en casación son mucho menos absolutos que los primeros; se ve que los tribunales han abusado de la regla, imaginando dudas donde no las había, y raro

1 París, 4 de Diciembre de 1827 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 95).

es, cuando se buscan motivos para dudar, no encontrar algo. En un fallo de 1832 se lee: "Considerando que por no estar literalmente expresa en el testamento la obligación de conservar y restituir, no podría anularse ese mismo testamento sino en el caso de que, continuando una substitución, *fuera imposible darle otro sentido*, por deber interpretarse la duda *siempre en favor de la disposición*." (1) Si basta que sea *posible* interpretar el instrumento en el sentido de que no contenga substitución prohibida, no la habrá ya; siempre se tropezará con dudas y siempre se invocará la máxima de que en caso de duda hay que mantener la validez del acto. Esa duda sistemática es opuesta á la razón, como lo decía Furgole al hablar de las conjeturas de los intérpretes antiguos. Chabot señaló el peligro de esa interpretación desde 1812, como consejero informante. Para substraer al instrumento de la anulación, decía, desnaturalizarle so pretexto de interpretarle; de ese modo no habría substitución fideicomisaria que no pudiera sostenerse. La sala de casación se apropió esas prudentes consideraciones y dijo al final de la resolución: "Cuando se trata de determinar la naturaleza de un instrumento, en los casos en que la ley prohíbe y anula una falsa interpretación que tiende á mantener lo que la ley prohíbe y anula, descubre una verdadera violación de la ley." (2) Los tribunales no tuvieron presentes esas prudentes máximas, y la misma sala de casación las olvidó á veces. Sintió ella la necesidad de limitar la regla que servía con harta frecuencia para mantener substituciones prohibidas, á pesar

1 Denogada, 5 de Julio de 1832 (Daloz, palabra *Substitución*, número 70, 3°). El fallo de la denegada de 14 de Junio de 1865 (Daloz, 1865, 1, 437), dice: "Si la carga de conservar y restituir no es *imperativa y literalmente* expresada, ó si no se deduce *necesariamente* de los términos de la cláusula testamentaria, *la duda debe interpretarse en favor de la disposición*."

2 Casación, 22 de Junio de 1812 (Daloz, palabra *Substitución*, número 203, 2°).

del art. 896. El tribunal de Pau había nulificado un instrumento, como inficionado de substitución, bien que, en rigor, se le hubiese podido interpretar como substitución vulgar; y recurrido el fallo, la sala de casación le sostuvo dando una explicación de la regla que se invocaba. "La ambigüedad y una cláusula que tiene á primera vista dos sentidos diferentes no autoriza al juez para admitir la interpretación favorable á la validez del instrumento sino en tanto que la duda que resulte de esa ambigüedad sea invencible y resista á todos los esfuerzos de la interpretación." (1) Véase una regla muy diferente de la que consagró la sala en 1832; no basta ya que haya dos interpretaciones *posibles*, una de las cuales pueda mantener el instrumento y la otra anularle, para que esté autorizado el juez para admitir la primera; todo lo que resulta de esa posibilidad es que hay cierta duda en cuanto al sentido de la disposición; mas cuando el sentido de una disposición es dudoso, toca al juez disipar la duda investigando el verdadero sentido, y no puede por sólo el hecho de que haya dos sentidos, declararse inmediatamente y sin examen por aquel que hace válido el instrumento. El tribunal de Metz reprodujo esta regla y debe servir de base para la interpretación de las disposiciones que se impugnan por contener una substitución prohibida. Siempre queda como cierto que cuando una cláusula testamentaria ofrece duda acerca del punto de si constituye ó no substitución prohibida, debe interpretársela en el sentido de la validez; pero hay que entender esta regla en el sentido de que la duda sea verdadera, y no sistemática, ó mejor aún, como lo dice la sala de casación, cuando la duda es invencible y no se puede disipar por la interpretación. (2)

1 Denegada, 4 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 38). Compárese á Demolombe, t. 18. pág. 190, núm. 169.

2 Metz, 7 de Julio de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 226).

*ARTICULO 2.—Aplicación.**Núm. 1. Substitución vulgar y substitución fideicomisaria.*

490. La disposición puede estar concebida en términos tales que impliquen una substitución, sí, pero sin precisar si es substitución vulgar ó fideicomisaria; ambas interpretaciones son admisibles. Antiguamente, esas substituciones se llamaban *compendiosas*, porque en la fórmula abreviada iban comprendidas ambas. Poco importaba lo relativo á la validez de la disposición, puesto que la substitución fideicomisaria era tan permitida como la vulgar; (1) pero actualmente es importantísimo resolver si se trata de substitución vulgar permitida, ó de la fideicomisaria que está prohibida. En general, la jurisprudencia se declara por la validez de la disposición, con tal que pueda interpretarse como substitución vulgar. Creemos que se muestra demasiado fácil. No basta que sea posible interpretar una disposición como substitución vulgar, para que sólo por esto deba revalidársela; hay que ver también si tal fué la mente del testador. Si éste quiso en realidad hacer una substitución fideicomisaria y se mantiene la disposición á título de substitución vulgar, interpretase el acto contra la voluntad de su autor y, además, se le da un efecto que él no previó ni quiso; alentándose, por último, á los testadores para que usen de términos ambiguos, con el fin de escapar á la nulidad que declara el art. 896 y eludir así una prohibición de orden público.

491. Hay un carácter esencial que distingue la substitución vulgar de la fideicomisaria: en la primera no hay más que un agraciado; en la segunda hay dos. Cuando conforme á la disposición, no hay más que un agraciado, el sentido de la misma no es dudoso; no es substitución fideicomisaria, ni se le puede aplicar el art. 896. Un tes-

1 Thévenot, pág. 142, núms. 437, 441 y 442. Aubry y Rau, t. 6°, pág. 25, nota 42 y los autores que citan.

tador lega la nuda propiedad de todos sus bienes á una sobrina, si toma estado antes de los treinta y seis años de edad, y si al morir deja hijos ó descendientes que la hereden; en el caso en que la doble condición con que se llama á la legataria no se realice, lega el testador sus bienes á un hospital, que, en tal caso, dice, será su heredero universal. El testamento fué impugnado por contener substitución fideicomisaria, y se resolvió que no había substitución prohibida. El testador había explicado su idea de modo que no quedara duda. “En el caso, decía, de que mi sobrina no recibiere el legado por no realizarse las *dos condiciones suspensivas* á las cuales queda rigurosamente sujeto el legado de la nuda propiedad que le hago, lego esa nuda propiedad al hospital de Condom.” Así la legataria había sido instituida bajo condición suspensiva, realizada la cual, la sobrina recibiría los bienes, quedando sin derecho alguno el hospital. Si, por el contrario, dejaba de realizarse la condición, caducaría el legado, nada recibiría la legataria y sí, todo, el hospital. En cualquier hipótesis no había más que un legatario; por tanto, no era aquello substitución fideicomisaria; el segundo legatario estaba llamado para cuando el primero no pudiera recibir el legado, que es el caso de substitución vulgar previsto por el art. 898 (1)

492. En aquel caso, era cierta la voluntad del testador, como lo eran los términos de que se había servido. Frecuentemente esa intención es dudosa, por serlo también los términos. Dice el testamento: “Doy á Pedro y á Pablo, nietos míos, la mitad de mis bienes, y *en el caso de que uno de ellos muera sin hijos*, le substituyo con el otro que le sobreviva.” ¿Qué quieren decir las palabras *en el caso de que uno de mis nietos muera sin hijos*? ¿Se trata del fallecimiento

1 Agén, 25 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 174), y denegada, 8 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 13). Compárese con la denegada de 26 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 282).

anterior al del testador y, por consiguiente, anterior á la recepción del legado? Entonces hay substitución vulgar, por no haber más que un agraciado, que es el que sobreviva. ¿Se trata del fallecimiento después del del testador y de recibido el legado? Entonces hay dos agraciados en orden sucesivo, y por tanto, substitución fideicomisaria. Ambas interpretaciones son posibles, dice el tribunal de Limoges, y debe elegirse la que da efecto á la disposición y deshechar la que la anularía; el tribunal declaró, en consecuencia, que había substitución vulgar, y la sala de casación confirmó, por razón de que podían prestarse á una y otra interpretación los términos en que estaba concebida la disposición. (1) El citado tribunal no se preocupó con la mente del testador, ni tampoco la sala de casación, que sólo se contentó con una simple posibilidad de duda. Mas probable era, ciertamente, la interpretación contraria, porque si hubiese previsto el caso de que uno de sus nietos muriera antes que él, habría hablado el testador de *fallecimiento* anterior, siendo así que sólo preveía que llegara á morir sin hijos. En vano se dice que la disposición era compendiosa, y debía por ende, valer como substitución vulgar, puesto que se podía interpretar en ese sentido. Antiguamente sí era tal, entonces se podía hacer una substitución compendiosa, puesto que ambas substituciones eran válidas; pero hoy, es nula una de ellas, la fideicomisaria. ¿Qué hace, pues, el testador que redacta su disposición de modo que pueda tener dos interpretaciones? Tiende un lazo al juez, busca la manera de eludir la ley, cosa que puede hacer sin riesgo alguno; si se ataca su disposición, resolverá el juez que es una substitución vulgar; si no la atacan, producirá efecto su disposición con substitución. ¿Debe el juez estimular semejantes cálculos? A nuestro pa-

1 Denegada, 11 de Junio de 1817 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 219).

recer, no basta que sean posibles dos interpretaciones, es menester que el juez examine cuál de ellas corresponde á los términos del instrumento y si la intención del testador (núm. 470) no debe mantener la disposición como vulgar si no es cuando la duda sea invencible. Tal es lo que la sala de casación dijo en un fallo más reciente. "En caso de duda, es facultad y obligación del juez investigar *cuál pudo ser la intención del testador* y determinarse por la regla de interpretación: *potius valeant quam pereant*." La sala dijo que el fallo impugnado lo había resuelto así; pero ni una palabra de la *intención del testador* dijo en su fallo el tribunal de Poitiers, que ni siquiera se informó, pues se contentó con decir: Hay dos interpretaciones posibles, y escojo la que hace válido el instrumento. (1)

Los tribunales superiores se aprovecharon de esta latitud para mantener disposiciones atacadas como inficionadas de substitución, por la única razón de que no debía admitirse la interpretación que anula el instrumento sino cuando fuera absolutamente imposible darle otro sentido. (2) Véase el caso en que el tribunal de Limoges revalidó el instrumento invocando aquel principio. Decía el testamento: "Instituyo á mi sobrino por mi legatario universal, con obligación de entregar al mayor de sus hijos varones todo lo que reciba en virtud del dicho legado. En el caso de que muera mi legatario sin hijos varones, le substituyo con mi cuñado." La primera disposición contenía una substitución fideicomisaria permitida por la ley francesa de 17 de Mayo de 1826, durante la cual se había hecho el testa-

1 Denegada, 29 de Febrero de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 213).

2 Estos son, poco más ó menos, los términos del fallo denegatorio de 24 de Marzo de 1829: "La obligación de conservar y de restituir no está literalmente expresada; la disposición no puede ser anulada más que en el caso de que conteniendo evidentemente una substitución *no seria posible darle otro sentido*; la duda debe siempre interpretarse en favor de la disposición." (Dalloz, palabra *Substitución*, número 258, 2º).

mento ¿Cómo debía interpretarse la segunda disposición en que el testador substituíla con su cuñado, á su sobrino, si éste moría sin hijos? ¿Preveía que el sobrino moriría antes que el testador y sin hijos varones? Entonces era una substitución vulgar. ¿Preveía que el sobrino moriría después que él? Entonces era substitución fideicomisaria. El tribunal de Limoges se declaró por la primera interpretación que permitía revalidar el acto; su resolución fué confirmada en casación, fundándose la sala en los términos de la disposición que no imponían formalmente al primer legatario la carga de conservar y restituir, y tal carga, dice el tribunal, no se hallaba tampoco virtual y necesariamente expresada. Había que buscar, pues, la intención del testador, y eso fue lo que hizo el tribunal de Limoges, y tal intención quedaba determinada por la aplicación del principio de que, en caso de duda, deben interpretarse las disposiciones *potius ut valeant quam ut pereant*. ¿Había realmente duda? ¿Y esa duda no quedaba disipada por la mente del testador? El recopilador advierte, y con razón, que ha sido menester *forzar mucho* el sentido directo de la cláusula litigiosa, para negarse á reconocer en ella los caracteres de una substitución fideicomisaria. ¿Qué quería el testador? Claramente lo decía el testamento. Comenzaba por establecer una substitución fideicomisario, y después, en el caso de faltar ésta, establecía otra; la palabra *substituto* no podía dejar duda, usada por un hijodalgo que tenía que conservar su patrimonio en la familia masculina que llevara su apellido. Tenía un hermano; ¿por qué no lo había instituido? Lo dijo: porque estaba descontento con su matrimonio y descontento con sus capitulaciones matrimoniales en que el citado hermano daba todos sus bienes á su futura esposa. Por tanto, á falta de descendientes varones de su hermano, él no quería que sus bienes volvieran á la familia de éste; y por eso substituíla á su sobrino

con un cuñado. Luego los términos del testamento y la voluntad del difunto concurrían á probar que se había propuesto hacer una doble substitución. (1) *

La sala de casación aprobó una interpretación tan forzada, y natural era que los tribunales superiores se guiaran por ese ejemplo. En un fallo del tribunal de Tolosa, vese que ellos no tomaban para nada en consideración la intención del disponente. "Poco importa, dice el tribunal, que el pensamiento del testador haya podido extenderse á lo que pudiera verificarse después de muerto para arreglar el orden de suceder que debía observarse al ir muriendo cada uno de los agraciados" *¡Poco importa!* Mucho importa, porque si tal fué la mente del testador, se propuso hacer una substitución prohibida, se propuso establecer un orden de suceder distinto del establecido por la ley; y con eso, hay que anular lo que quiso hacer. Basta, añade el tribunal, que también hayan tenido por objeto las previsiones del testador lo que debería hacerse en el caso de que falleciera antes que él uno de los legatarios, para que valga su disposición como substitución vulgar. (2) Si el testador realmente hubiese previsto los dos casos, habría debido limitar su disposición al del fallecimiento del legatario, puesto que sabía que en el otro había de ser nula. ¿Por qué, pues, prefirió la fórmula llamada *compendiosa*? Sólo un objeto pudo tener, que fué eludir la ley haciendo una substitución fideicomisaria que rigurosamente pudiera equivaler á una vulgar. ¿Deben los tribunales favorecer semejante intención de defraudar la ley, manteniendo una disposición que tiende á violarla?

1 Denegada, 23 de Julio de 1834 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 120). Compárese á Besançon, 29 de Marzo de 1811 (Dalloz, palabras *Substitución*, núm. 217).

2 Tolosa, 4 de Julio de 1840 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 158, 4º). Compárese con lo resuelto en París, á 17 de Diciembre de 1836, y en lo resuelto en Nancy, á 4 de Julio de 1844 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 105, 3º y 5º).

493. Creemos que la jurisprudencia se había apartado de la doctrina; á las resoluciones que hemos creído deber censurar, opondremos otras que nos parecen más conformes con los principios. Después de instituir por su legataria universal á una mujer casada, añade un testador: "Si llega á morir antes que su esposo, quiero que el legado *vuelva* y pertenezca para siempre, á sus cuatro hijos, á quienes instituyo para que gocen y dispongan de mis bienes *desde el fallecimiento de su madre.*" Impugnóse el testamento como si contuviera substitución prohibida. ¿Era una compendiosa que pudiera valer como substitución vulgar? En el caso no había duda formal. Los términos del testamento implicaban una *restitución* después de haber recibido el legatario, y *después*, también, *de su fallecimiento*, sería cuando recibirían sus hijos. Por tanto, había un primer agraciado que gozaría durante su vida, y al morir él entrarían los segundos agraciados. Ni una palabra había en el testamento de donde se pudiera inferir que los hijos de la legataria no habían sido instituidos sino para cuando ésta muriera antes que el testador; ni apariencia, pues, de substitución vulgar. La sala de casación resolvió que el tribunal de París había interpretado con justicia el testamento, concluyendo que no contenía una substitución fideicomisaria. (1)

Una señorita instituye por sus herederas á sus dos hermanas, queriendo que muerta una de ellas, *pasen* los bienes á la otra, en el cual caso la instituye por su heredera universal; ¿hay substitución compendiosa, y puede valer la disposición como substitución vulgar? En casación se declaró que había substitución prohibida, y son notables los términos de su resolución. Podría decirse, con todo rigor, que había substitución compendiosa. "La disposición,

1 Denegada, 15 de Enero de 1812 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 106, 2º). Compárese con lo resuelto en Agén, á 1º de Junio de 1838 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 15).

dice la sala, no está restringida al caso único en que una de las herederas instituidas muriera antes que la testadora, sino que también abraza el en que una de ellas muriera después de recibir el beneficio de la institución" ¿No es esto decir que la substitución llamada compendiosa está prohibida por el art. 896, lo mismo que la fideicomisaria pura? En nuestro caso, ni siquiera había previsto la testadora el fallecimiento anterior de una de sus hermanas, é inútil habría sido preveerle, puesto que, instituidas conjuntamente, estaba por demás decir que, á falta de una, recibiría toda la herencia la otra. Con decir que en caso de morir una de las hermanas, *pasaría* la herencia entera á la que sobreviviera, la testadora expresaba suficientemente que la muerta antes había recibido los bienes, puesto que debían *pasar* de ella á la supérstite; lo cual constituye una liberalidad doble con orden sucesivo. (1) Siempre tendremos que aquella resolución está en pugna con las que hemos combatido. Podía decirse, como se había dicho, que no había carga formal de conservar y restituir, ni carga virtual, visto que la disposición podía interpretarse como substitución vulgar. A nuestro juicio, la última jurisprudencia tiene mayor valor que la primera.

Una testadora instituye por su heredera á su sobrina, y si esta moría sin hijos, instituye por herederos á las tres hijas de su hermano. El tribunal de Tolosa anuló la disposición como inficionada de substitución. Comprendía, en efecto, dos instituciones, la primera pura y simple, y la segunda condicional; la condición estaba en que la primera legataria muriera sin hijos, lo cual implica que había recibido, no habiendo en el testamento nada que indique una substitución vulgar. Sin embargo, se impugnó el fallo en el punto en que había anulado una disposición que conte-

1 Denegada de la sala de lo civil, 26 de Diciembre de 1836 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 218).

nía la substitución permitida por el art. 898. La sala de casación desechó el recurso previa, deliberación en la del consejo, fundándose en la intención de la testadora que no llamaba á heredarla á las hijas de su hermano sino en el caso de que la primera legataria muriera antes y sin hijos, después de recibir el beneficio de la institución. ¿Y de dónde sacó esa intención? De las cláusulas del testamento y de las circunstancias de hecho reveladas por el fallo que se impugnaba. (1) Absolutamente basta, pues, que sea compendiosa una disposición y que pueda interpretarse como substitución vulgar, para que se la pueda mantener. Hay que ver cuál fué la mente del testador, que es el elemento decisivo que por mucho tiempo no había tomado la jurisprudencia en consideración.

Hay un último fallo del tribunal de casación que resuelve claramente la cuestión en ese sentido. Un testador legó sus bienes á dos hermanos, por partes iguales, con la cláusula de que si uno de ellos moría antes de su mayor edad, otro tercer hermano heredaría su parte. ¿Habría substitución vulgar ó fideicomisaria? La solución, dice el tribunal de Pau, depende de saber si el testador entendió disponer para el caso de que uno de los hermanos instituidos muriera antes que él, ó para el de que muriera después. Si se hubiese aplicado el principio tan largo tiempo seguido por la jurisprudencia, de que es de mantenerse el instrumento consólo que haya posibilidad de interpretarle como substitución vulgar, habría debido estar el tribunal por sostener el instrumento. En lugar de eso, inquiere con cuidado el pensamiento del testador y llega á la conclusión de que no es posible que el testador tuviera en mira el fallecimiento de uno de sus dos legatarios antes que el suyo propio. Impugnóse el fallo como violatorio de la regla de interpre-

1 Denegada, 7 de Mayo de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 289). Compárese con lo resuelto en Burdeos, á 13 de Agosto de 1873 (Dalloz, 1874, 2, 129).

tación consagrada por el art. 1,157, regla que frecuentemente ha servido para mantener substituciones fideicomisarias á título de substituciones vulgares; parece ser decisivo el proverbio romano de que es menester interpretar el testamento *magis ut valeat quam ut pereat dispositio*. La sala de casación, sin rechazar la regla, le dió una interpretación que la concilia con los verdaderos principios. No basta, dice, que haya duda, para que sólo por esto se mantenga el instrumento. Cuando hay duda, el juez debe disiparla, recurriendo á la intención del testador. La sala confiesa que tan fácil era entender los términos del testamento como substitución vulgar cuanto como fideicomisaria, cosa que, en la jurisprudencia antigua, habría bastado para revalidar la disposición. El tribunal de Pau no se detuvo ante la duda, sino que del conjunto del testamento y de la combinación de las diversas cláusulas que encerraba, concluyó que era imposible que el testador hubiese previsto únicamente el caso de que muriera antes que él uno de los hermanos; luego también preveía el caso de que falleciera él mismo antes, de que, por consiguiente, los dos hermanos recibieran el legado y de que, muriendo uno de ellos, le substituyera el tercer hermano. (1) Esto es repudiar la doctrina de la substitución compendiosa con todas las consecuencias á que da lugar, para volver á la verdadera interpretación, que es lo que busca el pensamiento del testador.

Núm. 2. Substitución y disposición del usufructo y de la nuda propiedad.

494. El artículo 899 dice que la disposición en que se dona á uno el usufructo y á otro la nuda propiedad, no es substitución. Cuando, pues, dos personas son llamadas, una después de otra, á una cosa, es menester ver si el primer agraciado es legatario del usufructo ó de la propiedad. En

1 Denegada, 4 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 38).

el primer caso, es válida la disposición; en el segundo nula. Cuando se duda si quiso el disponente dar al primer legatario la propiedad de los bienes legados, ó si no quiso darle más que el usufructo, debe interpretarse su voluntad en el segundo sentido, que permite mantener el instrumento, mientras que la otra interpretación le anularía. (1)

Vese que, en substancia, esta segunda hipótesis es lo mismo que la primera. La dificultad consiste siempre en saber si hay duda, y si la duda basta por sí sola para interpretar la disposición de modo que se la sostenga. Ya hemos contestado á esta pregunta. Nó, no basta la duda. Si la que hay es formal, deber del juez será interpretar el testamento inquiriendo la mente del testador. Si éste quiso hacer una substitución, el juez debe anularla, aun cuando fuera posible interpretarla como disposición de la nuda propiedad y del usufructo. Conforme á este principio vamos á examinar la jurisprudencia.

495. La substitución prohibida por el artículo 896 y la disposición permitida por el artículo 899 difieren en un punto esencial. Cuando hay substitución, hay dos agraciados, y cada uno lo es de la nuda propiedad; pero el segundo no recibe los bienes sino después que el primero, al morir éste, y por su mediación. Ninguno de esos caracteres ofrece la disposición del artículo 899; hay dos agraciados, pero de cosas distintas, uno del usufructo y otro de la nuda propiedad; ambos reciben su liberalidad directamente del disponente; el segundo no recibe los bienes por mediación del primero, y así no hay ni orden sucesivo, ni obligación de conservar y restituir. Siendo esencialmente diferentes las dos disposiciones, parece que es cosa fácil distinguirlas. En efecto, la distinción sería fácil si no buscaran los intérpretes el mantener á todo trance las disposiciones que se atacan como inficionadas de substitución,

1 Anbry y Rau, t. 6º, pág. 28 y nota 48, y los autores que citan.

yendo en busca de algún motivo para dudar; ¿y qué no se presta para dudar en ese mar de dudas que se denomina derecho? Si allí se deja la duda sistemática, desaparecen las dificultades.

Hay casos en que evidentemente es aplicable á la disposición el art. 899. Dice el testador: "Doy á mi hermana el usufructo de la quinta que tiene en su poder Pedro y otra quinta que tiene Pablo y, al morir ella, la propiedad á la familia B." Se impugnó el testamento por causa de substitución; pero se declaró que la hermana sólo del usufructo era legataria; lo cual era indudable respecto de la primera quinta, pues lo decía el testador; y aunque no lo decía expresamente respecto de la segunda, resultaba así del conjunto de la cláusula. De modo que había legado de usufructo á una, y de la nuda propiedad á otra. Nó, decían, toda la propiedad fué legada á la segunda legataria, y no lo fué sino después que muriera la primera, y aquélla la recibió por lo mismo de ésta, y no del testador; por tanto, hay dos liberalidades de la propiedad con orden sucesivo. La respuesta era fácil: el primer legatario no era propietario, puesto que el testador sólo le había legado el usufructo; y así el segundo legatario no recibía la propiedad del primero, sino directamente del testador. Si éste le legaba la propiedad al morir el primero, era para designar que hasta entonces se completaría su propiedad por la extinción del usufructo concedido al primer legatario. (1)

496. La duda puede provenir de la mala redacción del testamento. Cuando el testador ignora el derecho, puede emplear términos que no correspondan á su pensamiento, confundiendo el usufructo con la propiedad, y el derecho de gozar con el de disponer. En ese caso, la cuestión es

1 Denegada, 24 de Junio de 1823 (Dalloz, palabra *Substitución* núm. 174, 4º). Compárese con la denegada de 11 de Julio de 1870 (Dalloz, 1871, 1, 333); Lieja, 9 de Junio de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, página 172).

de intención, y será menester atender á lo que quiso decir el testador; no basta que las expresiones de que se sirvió sean más ó menos dudosas, para que sólo por esto se interprete la disposición en el sentido del art. 899; la duda no es razón para mantener el testamento, cuando puede aclararse por el intérprete; y entonces será el caso de interpretar la voluntad del difunto. Así se resolvió en casación confirmandose un fallo dictado en Ruan que rivalizó una disposición con apoyo del art. 899, no fundándose en que era dudosa aquélla, sino buscando con diligencia la intención de la testadora según el conjunto de sus disposiciones y la naturaleza de los objetos que legaba. (1) Tal es, á nuestro juicio, el verdadero principio.

497. Los tribunales ordinariamente se deciden por la máxima de que debe interpretarse el instrumento *magis ut vacet quam ut pereat*. Es una decisión muy peligrosa, porque no está allí el verdadero motivo para resolver. Un testador dice: “Dejo á mi primo la casa denominada *Hotel d'Arenberg* para que *goce de ella durante su vida*, bien entendido que al morir, *volverá la casa á Pedro ó á sus herederos*.” Los términos son dudosos. *Dejar* quiere decir *legar*, y *legar* una casa quiere decir transmitir su propiedad. Pero el testador añade: “para que *goce de ella durante su vida*.” Esta expresión indica un usufructo. Después dice que la cosa debe *volver á Pedro*; lo que supone que el primer legatario era propietario de ella. En Lieja se declaró que la casa había sido legada al primer legatario en usufructo y al segundo en nuda propiedad. El tribunal invocó desde luego la máxima de que, en caso de duda, no es presumible que el testador haya querido violar la ley y otorgar una disposición nula; pero cuida de agregar que la verdadera idea del testador fué no dar más que el goce

1 Denegada, 25 de Enero de 1827 (Dalloz, palabra *Disposición*, núm. 175).

al primer legatario, lo cual hacía que volviera la disposición al art. 899. (1)

Cuando los tribunales interpretan el testamento fundándose en la mente del testador, están en su derecho. (2) Pero ordinariamente se contentan con la duda que nace de la mala redacción del testamento para mantenerle conforme al art. 899. Hé ahí una jurisprudencia que no podríamos admitir, y que conduce á la singular consecuencia de que los testamentos mal redactados son los que tienen más probabilidades de validez. Un testador comienza por nombrar un ejecutor testamentario, encargándole que cobre todas las rentas de sus bienes y se las tome en unión de su sobrina, *su única heredera*, y de los hijos que deje ella hasta que lleguen todos á la edad de veinte años. Después añade que ni la madre ni los hijos podrán enajenar ni hipotecar los bienes, y que si redimiere algún capital, deberá el ejecutor emplear el dinero en la compra de tierras. Se declaró, en ese caso, que la madre era simple usufructuaria y los hijos nudos propietarios, lo cual hacía válido el testamento. El tribunal se fundó en los términos de la cláusula que no llamaba á la sobrina á la propiedad de los bienes, puesto que el testador había dispuesto que solamente percibiera sus rentas; lo cual era, por tanto, un usufructo, y si hubiese duda, habría sido menester interpretar la disposición en ese sentido. (3) Hay en el testamento una palabra que nos parece que excluye toda duda: el testador llamaba á su sobrina *heredera universal*; por consiguiente, la llamaba á la propiedad de sus bienes; prohibiéndole que dispusiera de ellos; implícitamente la obligaba á conser-

1 Lieja, 25 de Febrero de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 337). Compárese con lo resuelto en Lieja, á 25 de Febrero de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 71).

2 Compárese la denegada de 16 de Julio de 1838 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 179, 2°).

3 Bruselas, 6 de Mayo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 112).

varlos para restituirlos á sus hijos: ¿no son esos los caracteres de una substitución fideicomisaria?

498. Hay disposiciones que son ambiguas, no sabemos, si intencionalmente ó por ignorancia. Una testadora lega á su tía y á su marido, si éste sobrevive á su mujer, la propiedad de la herencia mobiliaria, deseando que el que sobreviva de los dos, ora sea la tia, ora el tio, disfrute de tal herencia como lo tenga á bien, para lo cual los instituye legatarios universales. Se impugnó el testamento como conteniendo una substitución prohibida. Decíase que cada uno de los legatarios estaba en posesión de la mitad de los bienes, con obligación de conservarla durante su vida, y restituirla, al morir, al que sobreviviera. El tribunal de Caen y la sala de casación declararon que no había substitución. Toullier aprueba y justifica esa resolución. Cada uno de los dos legatarios, dice, debe considerarse únicamente como usufructuario de la mitad hasta que se realice la condición; el usufructo se consolidará con la propiedad del todo en favor del sirviente; hasta que muera el primero queda en suspenso la propiedad, lo cual vuelve condicional el legado en cuanto á la propiedad, sin que haya substitución. (1) Véase una serie de suposiciones, de las cuales en vano se busca una huella en el testamento; ni una palabra de usufructo se dijo en él, ni una palabra de alguna condición que suspenda el legado de la propiedad. El usufructo y la condición suspensiva, fueron imaginados para explicar la disposición en el sentido del art. 899. ¿Basta hallar una explicación cualquiera, una interpretación forzada, para resolver que no hay substitución, porque hay duda, y porque, en caso de haberla, debe estarse por la validez del instrumento? Recházanse, y con razón, las substituciones conjeturales; también deben re-

1 Denegada, 26 de Julio de 1808 (Daloz, palabra *Substitución*, número 214). Toullier, t. 3º, l. pág. 35, núm. 46).

chazarse las interpretaciones que sólo descansan en conjeturas.

Un testador lega sus bienes á sus sobrinos menores, con la cláusula de que si uno ó varios de ellos mueren antes de la mayor edad, los que les sobrevivan serán sus legatarios universales en toda propiedad. ¿Es ésta una substitución prohibida? Hé aquí la interpretación que el tribunal de París dió al testamento. El testador previó dos casos distintos. Primero: el de que los cuatro hijos llegaran á la mayor edad; en ese caso, los instituyó sus legatarios universales en toda propiedad. Después, el de que varios de ellos murieran en la menor edad; en ese caso, redujo al ó á los que llegaran á la mayor edad, á un legado de simple usufructo, y dió á los que sobrevivieran la parte á que habrían tenido derecho los muertos si se hubiera verificado el primer caso. Así hay dos legados condicionales, uno de toda la propiedad y el otro del usufructo, lo cual hace que se aplique el art. 899. (1) La explicación es ingeniosa; pero convenimos en que se debe al talento del intérprete y que ni trazas de doble condición hay en el testamento. Si uno de los hijos muere después que el testador, ¿de quién recibirá los bienes? Del que falleció antes. ¿Y no es ese el carácter de una substitución fideicomisaria?

499. Hay una cláusula que con gran frecuencia ocurre y acerca de la cual difieren las opiniones. El testador dice: "Instituyo á Pedro heredero de todos mis bienes inmuebles, para que goce de ellos sólo durante su vida; siendo mi intención que, una vez muerto él, *vuelvan* á Pablo, y en caso de que muera éste sin hijos, le substituyo con Santiago." Se declaró que esa disposición contiene una substitución prohibida. En casación, Merlin emitió la mis-

1 París, 19 de Julio de 1870 (Dalloz, 1870, 2, 215), y denegada de la sala de lo civil, 19 de Marzo de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 55).

ma opinión. La razón que hace dudar está en que el testador, después de instituir á Pedro por su heredero, añade que no debe gozar de aquellos bienes sino *durante su vida*: ¿no es ese un usufructo? Y si Pedro es simple usufructuario, ¿no debemos concluir que los otros legatarios á quienes tienen que volver los bienes son nudos propietarios? Merlín responde que esta interpretación se opone á los términos del testamento. Cuando el testador dice que *instituye* ó que *lega*, hace una transmisión de propiedad. Si añade que para gozar de los bienes legados durante la vida, ¿puede esta segunda disposición destruir ó desnaturalizar la primera? Semejante interpretación sería contraria á los principios: todas las cláusulas de un testamento deben explicarse de modo que cada una produzca efecto; mas la primera disposición no tendría el que importan los términos en que está concebida si estuviese restringida por la segunda á un simple usufructo. Interpretando la primera disposición como un legado de usufructo, se hace decir al testador lo que no dijo. No dijo: "Instituyo á Pedro heredero del usufructo de mis bienes;" sino que comenzó por legar sus inmuebles á Pedro, lo cual comprende la propiedad y el usufructo; si añadió que Pedro no tendría el goce sino durante su vida, fué para indicar que no era propietario incommutable; en efecto, muerto Pedro, los bienes deben *volver* á Pablo; es decir, que tales bienes están gravados de substitución, y hé aquí por qué el testador dijo que el primer legatario, el instituido, no gozaría de ellos sino durante su vida. La sala de casación resolvió en este sentido. (1)

El tribunal de Lieja interpretó en el mismo una disposición en que dos esposos se institúan recíprocamente herederos universales, con la condición, empero, de que el

1 Deuogada, 19 nivoso, año XII, (Merlín, *Cuestiones de derecho*, palabra *Substitución fideicomisaria*, t. 15, pág. 49, pfo. 5º).

que sobreviviera tendría la mitad de los bienes simplemente en usufructo, y que esa mitad volvería, después de su muerte, á los legatarios designados en el testamento. En ese caso, la razón para dudar era más seria que en el primero. Podía decirse que los testadores restringían la disposición en que se habían instituido herederos, limitándola á una mitad de los bienes, y que en cuanto á la otra, no hacían más que un legado de usufructo. El tribunal de Namur, por un fallo perfectamente motivado, estableció, respecto del pretendido legado de usufructo, el mismo razonamiento que Merlin hizo para explicar el goce vitalicio del primer legatario. Hay que conciliar las dos disposiciones y no destruir una de ellas con la otra; mas sería destruir la institución de heredero que comprende toda la propiedad de los bienes, reducirla á simple usufructo por la mitad de los mismos bienes. Hay otra interpretación más natural, y es la de que los testadores, al hablar de usufructo, han entendido que la mitad de los bienes estaría vinculada en poder del heredero instituido, porque debía volver á otras personas, muerto él. Los testadores dicen, en efecto, que esa mitad de bienes debe volver, al morir el instituido, á otros legatarios; indicando claramente con ello que los bienes deben pasar del heredero instituido á los legatarios substitutos. Prueba de que la propiedad ha residido en el instituido; por deber conservarla él, se le califica de usufructuario; pero si no fuera más que tal, jamás podría transmitir los bienes, puesto que, al morir, se extinguiría su derecho. Es, pues, propietario, pero con carga de conservar y restituir. (1)

500. Esta doctrina no encontró apoyo; la jurisprudencia gusta de mantener los actos de última voluntad; cuando, tomándolos al pie de la letra, parecen contener una subs-

1 Lleja, 23 de Octubre de 1806 (Dalloz, palabra *Substitution*, número 172).

titución, las interpreta de modo que encuentra dudosas las disposiciones, y hasta la duda para mantener el testamento, sin cuidarse de inquirir la voluntad del difunto. Sin embargo, la jurisprudencia no es tan decisiva como se dice. (1) Las circunstancias difieren de un caso á otro, y también difieren las razones por resolver.

El tribunal de París lo ha hecho, diciendo que no había sustitución prohibida en el siguiente caso. Un testador *legar* sus bienes á sus primos "*para que gocen del usufructo, queriendo que el todo sea incapaz de enajenar* en su poder, para que los dichos bienes pasen á sus hijos; y, en el caso de que no los tuviere, al pariente más próximo en grado." Esto, dice el tribunal, es un legado de usufructo en favor de los primos y un legado de nuda propiedad en favor de los hijos. La segunda proposición emana de la primera, y aunque discutida ésta, es admisible; en efecto, *legar sus bienes para gozar de ellos en usufructo*, es legar el usufructo; en ello no hay dos disposiciones sino una que recae sobre el usufructo de los bienes; y desde que los primeros legatarios no son más que usufructuarios, no hay sustitución. (2)

Más dudosa es la siguiente cláusula, que semeja á la que Merlin consideraba como sustitución prohibida; pero hay un elemento de interpretación que el gran jurisconsulto no tomó en consideración, sin embargo de ser decisivo, y es la intención del testador. Un testador comienza por nombrar é instituir á su hermano su heredero universal y general, pero añade que para que goce de las rentas de los bienes durante su vida, lo cual indica que es legado universal en usufructo; no hay que tomar al pie de la letra las palabras *heredero é institución*, palabras que en nuestro derecho actual han perdido su importancia; hay que ajus-

1 Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 173.

2 París, 16 de Abril de 1811 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 174. 1°). Compárese con lo resuelto en París, 28 de Mayo de 1821 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 174, 2°).

tarse á la voluntad del testador, y en el caso claramente la dió á conocer, diciendo que su heredero *gozaría de las rentas*. En seguida examina el tribunal las otras cláusulas del testamento, y en ninguna parte halla la intención de disponer de la propiedad en favor del primer legatario; esto bastaba para resolver la dificultad. Añade que si hubiese duda, sería menester estar por mantener el testamento. (1) Los principios que invoca el tribunal son indiscutibles; pero hay un escollo que debe evitar el juez en esta materia; á saber, el deseo de interpretar el testamento de modo que tenga efecto. Si examina el testamento con ese deseo preconcebido, siempre hallará motivos para dudar; mejor aún, interpretará las cláusulas del testamento de manera que la intención del testador esté en armonía con las disposiciones de la ley.

Citaremos, en apoyo de esta observación, un fallo del tribunal de Bastia. El testador instituye por su única y universal heredera, á su hermana, enferma de ceguera, nombrando un ejecutor testamentario encargado de administrar los bienes y de suministrar á la legataria todo lo que necesite. Después declara que al morir su hermana, los bienes que *se halle que existan* serán heredados por los sobrinos del testador. El tribunal resolvió que aquella disposición encierra un legado de usufructo para la hermana y un legado de nuda propiedad para los sobrinos; fundándose en la intención del testador y en las circunstancias del caso. (2) Los principios son excelentes, pero véase á lo que conducen. Ni una palabra había en el testamento de la cual se pudiera deducir que la hermana era

1 Montpellier, 12 de Marzo de 1830, y denegada, sala de lo civil, previa deliberación en la del consejo, 25 de Julio de 1832 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 174. 5°).

2 Bastia, 20 de Mayo de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 135). Compárese con lo resuelto en París, á 10 de Diciembre de 1838, y con la denegada de 20 de Enero de 1840 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 178. 2°).

legataria en usufructo; los términos del testamento probaban, por el contrario, que ella tenía facultad para disponer, lo que excluye un simple usufructo; el testador decía que los bienes que se hallara que existían al morir la hermana, serían heredados por sus sobrinos; por tanto preveía que podrían no hallarse todos en la herencia, lo cual supone que la hermana tenía facultad para enajenar. Era, pues, uno de aquellos fideicomisos que se llaman *de residuo*, los cuales, como ya lo hemos dicho, no están prohibidos, y se les aplican los principios relativos á los legados (números 475 y siguientes).

501. La sala de casación se reserva un derecho de registro en materia de substitución, y dió en la cuestión que examinamos, un fallo muy cuidadosamente motivado que establece con evidencia la existencia de una substitución prohibida en una disposición que se pretendía hacer válida aplicando el art. 899. El testador quiere que su herencia inmueble se divida por mitad entre dos legatarias, y que al morir una de ellas, los bienes que se le devuelvan pertenezcan á dos personas designadas. Sosteníase que los primeros legatarios no tenían más que el usufructo de los bienes y que los segundos eran nudos propietarios. Los términos del instrumento repugnaban con esa interpretación; ni una palabra se decía en él de usufructo ni de nuda propiedad. En el caso de que el primer legatario hubiese sobrevivido á los que estaban llamados, al morir él, á recibir su parte, ningún derecho habrían tenido, prueba cierta de que no eran legatarios de la nuda propiedad. Recibían los bienes después que el primer legatario, y así como substitutos; por consiguiente, el primero estaba virtualmente encargado de conservarlos y restituirlos al morir; había, pues substitución. (1) Creemos que los tribunales

1 Denegada de la sala de lo civil, 25 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, I, 821).

deberían desplegar siempre el mismo rigor en la apreciación de los instrumentos de última voluntad, y examinarlos por sí mismos, haciendo abstracción de la cuestión de saber si tendrán ó no validez.

Núm. 3. Disposiciones condicionales y substitución fideicomisaria.

502. Los legados condicionales y las substituciones fideicomisarias tienen aparentemente gran analogía. Con todo, esas disposiciones se distinguen por un carácter esencial; el legado condicional no contiene más que una liberalidad, mientras que la substitución contiene dos. Es, pues, difícil hacer valer como legado condicional una disposición que se pretende estar inficionada de substitución; cosa que no puede tener lugar sino en los casos en que realmente hay sólo una liberalidad, señal cierta de que aquello no es substitución. (1) Darémos un ejemplo tomado de la jurisprudencia.

Una mujer instituye á su marido heredero, con la cláusula de que, en el caso de contraer segundo matrimonio, quedará obligado á *devolver* la mitad de aquello de que se le instituyó y lo cual se distribuirá entre los pobres. El tribunal de Estrasburgo anuló esa disposición como que contenía una substitución por estar encargado el heredero instituido de restituir la mitad de la herencia y, por consiguiente, de conservarla. Había también otra interpretación posible, y era la de considerar el legado como hecho bajo condición resolutoria. En ese sentido el tribunal de Colmar interpretó la disposición. Su fallo se funda en la naturaleza de la condición bajo la cual el legatario estaba obligado á restituir, condición que dependía de él y que debía realizarse en su vida, lo cual caracteriza la

1 Compárese á Aubry y Rau, t. 6º, pág. 27 y nota 45.

condición resolutoria. Creemos que habría sido menester inquirir la mente de la testadora para ver si había querido hacer una substitución condicional, ó un legado bajo condición resolutoria; era, pues, cuestión de hecho y no de derecho. Lo que el tribunal añade en cuanto á los efectos de la condición resolutoria, es evidente: quedando resuelta la liberalidad como si nunca hubiese sido hecha, no podía haber substitución (1) En el mismo sentido hay un fallo del tribunal de Caen (2):

En el siguiente caso había alguna duda: el tribunal de Lyon declaró que había substitución, y en casación se resolvió que la disposición litigiosa era condicional. Después de legar el usufructo de todos sus bienes á su mujer, el testador instituía por sus legatarias universales, conjuntamente y con derecho de acrecer en caso de fallecer alguna de ellas, á sus dos sobrinas, las cuales serían propietarias desde que muriera él. Después añadía que el legado á sus sobrinas quedaba hecho con la condición de que llegaran á la mayor edad ó alguna de las dos, y de que si ambas morían antes de esa edad y sin hijos, quería que, en ese caso, el legado aprovechara á sus herederos naturales.

El tribunal de Lyon, fundándose en los términos del testamento que declaraban formalmente que las dos sobrinas serían propietarias á contar desde su fallecimiento, concluyó de ahí que la propiedad residía en cabeza de ellas, que estaban encargadas de conservar y restituir los bienes á los herederos naturales del testador, lo cual constituía el orden sucesivo, carácter distintivo de la substitución. Ciertamente el testador añadía que sus dos sobrinas estaban llamadas bajo condición; el tribunal hace á un lado la

1 Colmar, 8 de Agosto de 1819 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 116, 1º).

2 Caen, 11 de Agosto de 1825 (Dalloz, núm. 185).

objeción, antes que todo porque le parece muy discutible que puedan invocarse los principios de las condiciones en materia de testamento, y que admitiendo que los legados puedan ser condicionales, no se puede, bajo forma de disposición condicional, hacer una substitución prohibida. Aquí está el error del tribunal. Indudablemente no se puede eludir la prohibición de las substituciones haciendo en apariencia una disposición condicional que ofrezca todos los caracteres de la substitución fideicomisaria. Pero ¿tiene los mismos caracteres la disposición litigiosa? ¿Habría orden sucesivo? ¿una doble transmisión? La disposición, dice la sala de casación, no tendría los caracteres de la substitución prohibida sino en tanto que el testador hubiera manifestado ánimo de producir dos transmisiones sucesivas y hacer así dos liberalidades que vinieran, no una á falta de la otra, sino una después de la otra, y confiscando la propiedad á los primeros agraciados, en cabeza de los cuales siempre continuaría, con la carga de conservar hasta que murieran y de restituir en ese momento; de suerte que sólo entonces pasa la propiedad á los agraciados en segundo orden. Ahora bien, en el caso nada implicaba en los términos de la disposición la institución de dos órdenes sucesivos de legatarios que debieran transmitirse el objeto de una doble liberalidad. No había más que un legado, puramente condicional y subordinado á una eventualidad incierta, la de una condición suspensiva ó resolutoria, cuyo cumplimiento tiene por efecto restituir como no hecho el legado sometido á una condición tal. La consecuencia es que los herederos naturales del testador existentes el día de su fallecimiento estaban llamados á los bienes, no como substitutos, sino á título de herederos. (1)

1 Casación, 18 de Junio de 1873 (previa deliberación en la sala del consejo. Dalloz, 1873, 1, 283).

Núm. 4. Fideicomiso de residuo y substitución fideicomisaria.

503. El fideicomiso *de residuo* tiene alguna semejanza con la substitución fideicomisaria, en los términos que emplea el testador; pero con la diferencia esencial de que el instituido sólo está obligado á restituir lo que le quede; lo cual implica que no está obligado á conservar, habiéndole conferido el testador facultad para enajenar, ya de una manera absoluta, ya á título oneroso. Así, aunque hecha en los términos de una substitución, la disposición litigiosa debe revalidarse como substitución fideicomisaria cuando el testador dió al instituido facultad para disponer. (1) Comienza un testador por decir: "Doy y lego mis bienes á mi sobrino para que disponga de ellos en toda propiedad y goce desde que yo muera." Después añade: "Quiero y entiendo que, en el caso de que antes llegue á morir mi sobrino, sin posteridad, *vuelvan* los bienes que le acabo de legar á mis herederos naturales, excepto, sin embargo, etc."

Al parecer, hay allí una substitución hecha bajo condición, puesto que, conforme á la opinión general, la *restitución* estipulada en favor únicamente de los herederos equivale á una substitución fideicomisaria. Mas para que haya substitución, es menester que el instituido esté obligado á conservar; y en nuestro caso, el testador no le impone esa obligación, sino que antes bien, deja al legatario absoluta libertad para disponer de los bienes. La cláusula en que quiere que los mismos bienes vuelvan á sus herederos que después de esa autorización general y absoluta acaben de disponer, no puede considerarse como donación de lo que todavía haya en posesión del legatario al verifi-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 28 y nota 51, pfo. 694.

carse su fallecimiento. Esto es decir que hay fideicomiso *de residuo*. Tal fué lo que se declaró en casación. (1)

La sala de casación declaró también que hay fideicomiso *de residuo* cuando el testador prohíbe al legatario que disponga de los bienes por testamento, pero dejándole en libertad para disponer de ellos entre vivos. En el caso de que se trataba, el testador había instituido por legatario universal á su mujer, con la cláusula de que gozaría de los bienes legados á voluntad, sin perjuicio de restituir la mitad de lo que le quedara después de su muerte á los parientes próximos del testador. El tribunal de Montpellier interpretó esa disposición en el sentido de que la legataria no tenía derecho para disponer por testamento; pero como estaba facultada para gozar de los bienes "á su voluntad," no estaba obligado á conservar, y así sólo había fideicomiso *de residuo*. La sala de casación confirmó tal interpretación. (2)

504. La carga de restituir, cuando está concebida en términos absolutos, implica obligación de conservar, porque no es posible restituir lo que no se conserva. Pero si al encargarle que restituya, el testador permite al legatario "que goce y disponga como buen padre de familia," no hay carga de restituir de conservar, y la carga sin la de conservar equivale á un fideicomiso *de residuo* (3)

La única dificultad está en saber si el testador dió á su legatario facultad plena para disponer. Lega á su nieta lo disponible en plena propiedad, consistiendo el legado en valores muebles. Después añade el testador: "Si muere antes mi nieto sin dejar hijos, su padre heredará su parte y le substituyo en lugar de mi citado nieto." Conforme á los

1 Denegada, 27 de Febrero de 1843 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 69, 6º), y 17 de Febrero de 1836 (*Ibid.*, núm. 69, 9º).

2 Denegada, 11 de Agosto de 1844 (Daloz, 1864, 1, 468).

3 Denegada, 12 de Mayo de 1819 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 119), y 2 de Marzo de 1864 (Daloz, 1864, 1, 214).

términos del testamento, había institución, pero la facultad para disponer resultaba de la naturaleza de las cosas legadas y de la cláusula de que lo estaban en *toda propiedad* al legatario. Aquel que es propietario de valores muebles sin que se le imponga ninguna garantía para su empleo y conservación, tiene derecho de disponer de ellos; si, pues, está obligado á restituir, no lo está á conservar, y, por lo tanto, la substitución aparente no es más que fideicomiso *de residuo*. La sala de casación aprobó tal interpretación. (1)

Núm. 5. Derecho de acrecer y substitución fideicomisaria.

505. Se hace conjuntamente á varias personas un legado, con la cláusula de que en caso de morir antes uno ó más de los legatarios, los que sobrevivan recibirán la totalidad del legado. Esa disposición puede tener dos sentidos. Si el testador previó el caso de que muriera después que él uno de los colegatarios, es decir, después de recibir los bienes, hay substitución prohibida, puesto que hay dos liberalidades con orden sucesivo. Pero si previó que muriera antes que él uno de aquellos, y así antes de recibir los bienes, há lugar al derecho de acrecer en favor de los otros legatarios. ¿Cuál interpretación es la preferible? Hay dos principios en conflicto. Por una parte, se dice que los testamentos deben interpretarse de modo que produzcan efecto, y conforme á este principio, hay que hacer á un lado la interpretación que anularía la disposición como conteniendo una substitución prohibida. Pero si se declara que sólo hay derecho de acrecer, está por demás la cláusula, porque la acrecencia entre colegatarios conjuntos hace veces de derecho. ¿Qué había de hacerse en semejante conflicto? A nuestro juicio, consultar la mente del testador y, por consiguiente, las circunstancias del

1 Denegada, 28 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1850 I, 113).

caso; es una cuestión de hecho, de interpretación de voluntad. (1)

La jurisprudencia, siguiendo el principio que gusta de aplicar, está por la validez de los testamentos cuando hay posibilidad de no ver en ellos una substitución prohibida. Una testadora nombra como sus legatarios á título universal y por partes iguales, á los tres hijos de su hermano, queriendo, dice, que si muere antes y sin posteridad cualquiera de ellos, la parte del finado aproveche entera al ó á los que le sobrevivan, para dividirla entre ellos por partes iguales. Quedó resuelto que la testadora no había querido establecer el derecho de acrecer entre sus legatarios si alguno de ellos llegaba á morir antes que ella. El tribunal confiesa que, interpretada así, salía sobrando la cláusula, puesto que la acrecencia hace veces de derecho; pero en la duda, dice, los jueces deben interpretar los testamentos en un sentido favorable á su sostenimiento, y deben también presumir que los testadores quisieron conformarse á la ley antes que apartarse de ella. (2) Motivos de derecho són estos, que no bastan, á nuestro entender. ¿Había realmente duda? Casi no dan lugar á ella los términos, los cuales implican una substitución; la testadora supone que uno de los colegatarios muera antes que el otro, no supone que uno de los colegatarios muera antes que ella misma. El tribunal dió, pues, lugar á una duda para interpretar el testamento en un sentido que permite mantenerle; creemos que habría debido inquirir el pensamiento de la testadora y mantener el testamento únicamente en el caso de que hubiera tenido alguna duda verdadera é invencible (número 489).

1 Compárese á Aubry y Rau, t. 6º, pág. 27, y Demolombe, t. 18, pág. 288. núm. 166.

2 Denegada, 19 de Julio de 1814 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 221), y 10 de Enero de 1821 (*Ibid.*, núm. 222).

§ IV.—CONSECUENCIA DE LA PROHIBICIÓN.

Núm. 1. Principio.

506. Después de prohibir las substituciones, el artículo 896 añade en un segundo párrafo: “Toda disposición por la cual el donatario, el heredero instituido ó el legatario estuviere encargado de conservar y restituir á un tercero, será nula, aun respecto del donatario, del heredero instituido ó del legatario.” Merlín dice que causa asombro que se haya discutido el sentido de esta disposición; á primera vista convendrá á todo hombre de buena fe en que la ley anula toda la disposición, es decir, no sólo la substitución, sino también la institución. Tal es el sentido literal y natural de los términos de que la *disposición* es nula, *aun respecto del donatario, del heredero instituido ó del legatario*. Cuando es claro y evidente el texto legal, el deber del intérprete es ceñirse á él, en lugar de ir á buscar dificultades donde no las hay. Esto se ha hecho en cuanto al artículo 896; hase dicho y resuelto que la ley anulaba solamente la substitución manteniendo la institución. Eso es hacer decir al legislador lo contrario de lo que dijo. El primer párrafo del artículo 896 prohíbe las substituciones y las anula. ¿Por qué añadió otro párrafo el legislador? Precisamente para atacar de nulidad la *disposición* entera, la liberalidad que se hizo al instituido lo mismo que la que se hizo al substituto. Tal es el sentido de la palabra *aún*, el mismo de todo el párrafo; ó si no, hay que decir que ninguno tiene el párrafo. Eso mismo enseña Merlín con una evidencia á la cual nada hay que añadir; y nos remitimos á su requisitoria.

¿Qué se objeta contra el texto? Un pasaje del discurso del orador del tribunado. Si algo decimos de él, es para poner alerta á nuestros lectores contra los trabajos preparatorios, de que muy frecuentemente se sirven para sostener las opiniones más heterodoxas. Hé aquí las pala-

bras de Jaubert: "Para que sea válida una disposición á título gratuito, tendrá que obrarse la transmisión directa é indirectamente del autor de la liberalidad en favor de quien sea objeto de ella..... Doy ó lego mi casa á Pedro con carga de sustituirla á Juan; esta disposición será nula, *aun en favor de Pedro.*" Significa esto, dicen, que Pedro, ó sea el donatario gravado, aproveche la nulidad de la substitución, y así, mantienen la institución. Merlín responde que se hace decir al informante del Tribunado, lo mismo que á la ley, lo contrario de lo que dicen. ¿Qué es lo nulo, según Jaubert? La *disposición* con carga de restituir. Si añade que esa nulidad es en favor del instituido, esto quiere decir que la disposición será nula, aun hecha en favor de Pedro. Después de todo, si Jaubert hubiese dicho realmente lo que se le hizo decir, se habría puesto en pugna con el texto de la ley y, por consiguiente, su opinión no tendría valor.

Invócanse además los principios, quiere decir, el espíritu de la ley. Cuando es ilícita una condición, ¿qué hace el legislador en las donaciones y testamentos? La reputa como no escrita y mantiene la disposición (art. 900). ¿Por qué no aplicaría el mismo principio á la obligación de conservar y de restituir? Porque es ilícita. Pues bien, que se la borre. El que la substitución esté viciada no es razón para anular la institución. Merlín nos va á decir cuáles son las razones especiales á la substitución que obligaron al legislador á anular toda la disposición. Si la ley hubiese mantenido la institución no obstante anular la substitución, con harta frecuencia habría dado efecto á una liberalidad que el testador no entendió hacer sino en favor del substituto. ¿Quién sabe lo que quiso el disponente? ¿Se propuso mejorar al instituido hasta en el caso de que la substitución fuera nula? No tenía más que declarar que esa había sido su voluntad, para que se sostuviera la institución.

Pero si guarda silencio no puede el legislador testar por él, á riesgo de testar contra su voluntad. No le quedaba, pues, más que anular toda la disposición. Debía hacerlo si quería conseguir su fin. La ley de 1772 no anulaba más que la substitución; ¿qué resultaba de esto? Que el instituido se creía obligado por la voluntad del disponente, voluntad que ejecutaba por conciencia, por delicadeza, aunque no estuviese obligado á ello. No había más que un medio legal para hacer eficaz la prohibición, que era anular toda la disposición. Tanto los autores como la jurisprudencia están acordes en este punto, y hasta es inútil citar autoridades, por no ser dudosa la cuestión. (1)

507. La aplicación del principio da lugar á una cuestión asaz difícil. Supónese que la disposición que contiene la carga de conservar y restituir no obliga al instituido á restituir al substituto más que una parte de los objetos que se le donaron ó legaron. ¿Esa substitución parcial producirá el efecto de anular toda la disposición, aun respecto de los objetos no gravados con la carga de restitución? Hay fallos que claramente resuelven que no siendo más que parcial la substitución, también es parcial la nulidad. Encarga el testador al legatario que conserve y restituya los inmuebles á un tercero, sin imponerle esa carga respecto del mobiliario legado. Se declaró que la substitución prohibida por la ley no anula más que la disposición á la cual se refiere, y que, en consecuencia, no pueda alcanzar á la disposición de los efectos muebles, puesto que el heredero instituido no está obligado á conservarlos y restituirlos. La sala de casación confirmó esa interpretación, (2) que es la que generalmente siguen los tribunales. Anular toda la disposición, dice el Deagen, es añadir algo al artículo

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Substitución fideicomisaria*, sec. 1.^a, párrafo 14, núm. 2. Véanse los fallos citados por Dalloz, núm. 230.

2 Burdeos, 21 de Agosto de 1813, y denegada, 3 de Agosto de 1841 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 234).

lo 896 y excederse, por lo tanto, del rigor de la ley. Esta declaró la nulidad de la disposición gravada con la carga de conservar y de restituir; pero no dice que la disposición sea nula desde que se encuentre en ella una cláusula que obligue al donatario á restituir una parte de los objetos donados. Es menester, pues, dividir la liberalidad, como lo hace el disponente mismo, anulando lo que él no tenía derecho de hacer, y conservando lo que legalmente hizo. (1)

503. Los más de los autores enseñan la misma opinión. (2) Coin-Delisle opone una objeción muy formal que ha seducido á otros autores y hasta, según se cree, á la sala de casación. ¿Por qué, dicen, anula el legislador la institución al mismo tiempo que la disposición? Porque no se sabe si el testador habría conservado la liberalidad que hizo al instituirlo, si hubiese previsto que se anularía la otorgada al substituto. ¿No existe la misma incertidumbre desde que se grava con restitución una parte de la liberalidad? ¿Quién puede asegurar que el disponente habría dado al instituido los bienes que no grava con restitución, á haber sabido que la liberalidad resultaría nula en cuanto á los bienes que gravó con la carga de conservar y de restituir? Luego en el espíritu de la ley está que toda la disposición debe ser nula. (3)

Sin duda hay siempre cuestión de intención en los instrumentos de última voluntad, y si pudiese probarse que el difunto se propuso subordinar la eficacia de toda la liberalidad á la ejecución de la carga parcial de conservar

1 Agén, 13 de Diciembre de 1811 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 235). Compárese con lo resuelto en Bruselas, 18 de Febrero de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 46).

2 Véanse los autores citados por Demolombe, t. 13, pág. 206, número 179, y por Dalloz, 1865. 1, 439, nota 1.

3 Coin-Delisle, pág. 53, núm. 44 del art. 896, seguido por Marcadé.

y restituir, habría sido menester anular toda la disposición. Pero cuando el testador no expresó su voluntad, hay que interpretar el instrumento conforme al art. 896. Ahora bien, el texto limita la nulidad á la disposición que comprende los bienes que debe restituir el instituido, y no se puede invocar el espíritu de la ley para extender una excepción ni se podría discutir que el art. 896 no consagra una excepción.

509. Examinemos ahora los fallos que parecen haber consagrado la opinión que combatimos. Hemos citado el de casación que sostiene la nulidad de un testamento en que la testadora, después de instituir á su sobrino por su legatario universal, añade que si éste no tuviere algún descendiente legítimo, toda la fortuna que dejara ella, tanto muebles como inmuebles, volverá á su hermano segundo ó á su descendencia. Sostúvose en casación que la substitución de valores muebles, á falta de empleo prescriptos para asegurar su representación, debía considerarse como *fideicomiso de residuo*, y de aquí se infería que debía mantenerse la substitución, en el caso, respecto de los inmuebles. La sala declaró que era inútil examinar si la substitución de valores muebles era válida á título de *fideicomiso de residuo*, porque la institución, anulada por el fallo impugnado como inficionado de substitución prohibida, resultaba de una sola disposición, la cual comprendía en su generalidad todos los bienes legados, muebles é inmuebles. Ahora bien, dijo la sala, una disposición así está sujeta en todas sus partes á la misma condición; es, pues, indivisible, no puede dividírsela sin exponerse á desconocer y violar la voluntad de la testadora, manteniéndola por una parte y anulándola por la otra. Hasta aquí, la sala resuelve en cuanto al hecho, fundándose en la intención de la testadora tal como resultaba de la cláusula litigiosa. Pero la sala va más allá, porque añade que el art. 896 resiste á la dis-

tinción que se pretendía establecer. Ese artículo, dice el fallo, absoluto en sus términos, no permite suponer que en caso de substitución parcial haya entendido restringir á los bienes substituidos que comprende ella los efectos de la nulidad que decreta contra la disposición principal; interpretarla así, dice el fallo, sería enervar sus prescripciones inspiradas en condiciones de orden público que exigen su aplicación rigurosa. (1)

Ateniéndose á esos considerandos, la sala de casación rechaza en términos formales toda nulidad parcial. Pero los considerandos no deben separarse de la parte dispositiva. Teniendo en cuenta circunstancias del hecho, la resolución de la sala nos parece muy jurídica. En efecto, la testadora no había dicho: Substituyo mis inmuebles y lego mis muebles sin substitución, sino que declaraba expresamente substituir sus bienes *muebles é inmuebles*; declaraba, pues, su voluntad. ¿Con qué derecho había de dividírsela cuando ella misma disponía de una manera indivisible? Otra cosa sería si hubiese dicho la testadora: Substituyo mis inmuebles y lego mis muebles sin substitución: en ese caso, ella misma dividía y hacía en realidad dos disposiciones, una con substitución y la otra sin ella, una válida y la otra nula. ¿Por qué se había de anular la parte válida? Esto sería excederse del art. 896. Las consideraciones de orden público que el tribunal invoca, están fuera de su lugar en cuanto á una disposición que el testador no gravó con la carga de conservar y restituir.

510. La cuestión volvió á presentarse en casación, y tuvo una solución que se acerca á la opinión que acabamos de enunciar. En su primera resolución, la sala parecía negar que pudiera ser parcial la nulidad. En la segunda dijo que puede admitirse que la substitución que no grava más que en parte la disposición principal no entraña su nu-

1 Denegada, 31 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1865, I, 438).

lidad sino en la proporción en que hay carga de conservar y de restituir; pero pone la condición la sala de que, en cuanto al excedente, se desprenda con claridad la disposición; no gravada con substitución y bajo ningún concepto sufra la influencia de la principal. Empero cuando por voluntad del testador ó por la naturaleza de las condiciones á quien está sometida la substitución, obra ésta sobre toda la disposición, en tal caso, aunque sólo afecte á una parte de los bienes directamente, vicia toda la disposición; la razón de ello es que la propiedad del gravado queda incierta por el todo hasta que se abra la substitución puesto que no se puede fijar definitivamente su derecho á ninguna de las partes. Ahora bien, esa incertidumbre de la propiedad es la que constituye uno de los grandes inconvenientes de las substituciones y que dieron lugar á su prohibición absoluta. Tal era el caso que difería del que acabamos de examinar: en el primero, la voluntad del testador era la que hacía indivisible la substitución y traía su nulidad en cuanto al todo; en el segundo, la naturaleza de la condición que el testador puso en ella. Decía el testamento: "Doy á los dos hijos de M., por partes iguales, mi terreno de..., y en el caso de que uno de los hijos llegue á morir antes de la mayor edad, quiero que M., el último nacido, herede su porción." El substituido no estaba llamado á todo el terreno, pues sólo tenía que recibir la parte del que muriera antes, y por lo mismo, en ningún caso más que la mitad; si esa mitad se hubiese determinado, habría podido dividirse la substitución, y por consiguiente, habría sido parcial la nulidad; pero la mitad quedaba incierta hasta que se realizara la condición con que debía haber lugar á que se abriese la substitución; sólo hasta ese momento quedaría fijada la porción que hubiera de venir al substituto; hasta entonces la parte de los dos instituidos quedaba afecta á la substitución, puesto que no

se podía saber quién de los dos moriría primero, y así cada uno de ellos estaba obligado á conservar su parte para, llegado el caso, restituirla al sustituto; por tanto, á las dos porciones afectaba la sustitución y ambas estaban en la imposibilidad de enajenarse, por más que sólo una de ellas hubiera de ser la restituida al sustituto. En ese estado de cosas, tuvo razón el tribunal para concluir que la disposición principal formaba, en sus relaciones con la sustitución, un todo indivisible, y caía, por cada una de sus partes, bajo la aplicación del art. 896. La disposición era, pues, nula en el todo, como lo había declarado el tribunal de Pau. (1)

511. Hemos supuesto que no había más que una disposición gravada, en una parte, con sustitución. Si hay varias en un testamento, unas gravadas con sustitución, y las otras no sometidas á la carga de conservar y de restituir, no cabe duda; siendo distintas é independientes las disposiciones, forman como otros tantos testamentos distintos, y la nulidad de una no puede entrañar la de la otra: la ley no anula todo el instrumento en que se contiene una sustitución, sino sólo la disposición que está afectada con la carga de conservar y restituir. En esto los autores y la jurisprudencia están de acuerdo. (2)

Siguese de allí que si el heredero instituido está gravado con la carga de conservar y restituir los bienes que se legaron, los legados que haya en el mismo testamento y que él tenía obligación de pagar, no caen con el suyo propio. Es un principio que los legados son carga de la herencia; el que los recibe es quien los debe pagar. Por tan-

1 Denegada, 4 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1366, 1, 33). Compárese con la denegada de 9 de Julio de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 187).

2 Ruan, 24 de Agosto de 1812 (Dalloz, palabra *Sustitución*, número 155). Caen, 2 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1849, 2, 226). Aubry y Rau, t. 6º, pág. 30 y nota 56; Demolombe, t. 13, pág. 206, número 178.

to, el que reciba los bienes á falta del instituido, será el obligado á pagar los legados. (1)

El principio supone que las disposiciones son independientes entre sí. Si las hay accesorias que sean consecuencia ó dependencia de la institución viciada y nula, se aplica el principio elemental de que lo accesorio sigue á lo principal. La substitución, al mismo tiempo que mejora al substituto, turba el orden natural de las sucesiones, privando de la herencia á los que estaban llamados á ella en virtud de la ley. Si la disposición excluye en forma á los mismos parientes á quienes deberían volver los bienes, dicho se está que la exclusión cae con la disposición de que es consecuencia. (2) Más adelante veremos á quién aprovecha la nulidad de las substituciones.

Ocurrió un caso muy singular. Ordenaba el testador que se tomaran de la masa de la herencia los gastos del pleito que se hubiera de sostener eventualmente para defender una disposición que podía ser impugnada por causa de substitución. El testamento fué atacado y anulado, ¿quién debía sufragar los gastos: el defensor, ó la herencia? Por lo general, la parte que pierde sale condenada personalmente en costas (código de procedimientos, art. 130). ¿Podía ella prevalerse, en aquel caso, de la cláusula que dejaba los gastos á cargo de la sucesión? Así se declaró en primera instancia: el testador, dijo el tribunal, previendo que serían atacadas sus disposiciones, quiso poner á sus legatarios en condiciones de sostener la validez sin exponerse al peligro de gastos considerables que hubieran tenido que soportar. Esta resolución se reformó en apelación, y con razón. La disposición litigiosa era ilegal, puesto que estaba viciada por una substitución; siendo de orden público la nulidad,

1 Angers, 7 de Marzo de 1822 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 121).

2 París, 16 de Diciembre de 1833 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 67, 5°).

la cláusula que tendía á mantenerla estaba igualmente viciada. Habiendo obtenido los herederos legítimos en el litigio, había sido injusto obligarlos á los gastos de una instancia que tendía á sostener una institución contraria al orden público. (1)

512. ¿Pueden considerarse como disposiciones independientes la institución que se halla en el primer testamento y la substitución que hay en el segundo? Enseñan que no teniendo efecto los dos testamentos sino al morir el testador, deben considerarse como la misma y única disposición, lo cual entraña la nulidad de la substitución y de la institución conforme al art. 896. ¿No es esto demasiado absoluto? Hay sin duda casos en que el segundo testamento no forma con el primero más que uno solo y en que, por consiguiente, se debe aplicar la nulidad que establece el artículo 896. Por testamento ológrafo, lega una testadora 30,000 francos á su sobrino nieto, haciendo después testamento público en que figura la siguiente disposición: "He legado á mi sobrino nieto la cantidad de 30,000 francos para llenar sus derechos en mi sucesión. Confirmo ese legado, pero con la carga de conservar y restituir los 30,000 francos á sus hijos nacidos y por nacer." Se resolvió que los dos testamentos formaban un todo indivisible y que la substitución inscripta en el segundo había llegado á ser la condición esencial de la liberalidad que la tía quería hacer á su sobrino nieto. (2) Casi no era dudoso esto, por más que el pleito se haya llevado hasta casación.

Pero no siempre y necesariamente son indivisibles los dos testamentos. Desde el momento en que hay varios, debe examinarse si el último revoca el primero, lo cual es

1 Metz, 7 de Julio de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 226).

2 Denegada, 2 de Marzo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 308). Compárese con la denegada de la sala de lo civil, 21 de Junio de 1841 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 57, 2º). Aubry y Rau, t. 6º, pág. 29 y nota 55.

cuestión de intención, y esas cuestiones se resuelven conforme á las circunstancias del caso. Pueden, pues, declarar de hecho los jueces que la intención del testador, al hacer el último testamento, con carga de conservar y restituir, no fué la de revocar el primero, que contiene una substitución pura y simple. Una testadora lega todos sus bienes á su cuñado, pura y simplemente, y después hace otro testamento por el cual reproduce la institución con la carga de conservar y de restituir en favor del hijo del legatario. En otro tercer testamento hace un legado en favor de su criada, repitiendo que, excepto ese legado, todo lo deja á su cuñado. Esa voluntad reiterada de mejorar á éste, excluye toda idea de revocación de la liberalidad que le había otorgado; desde ese momento debía mantenerse la primera institución pura y simple. (1)

Núm. 2. Excepciones.

513. En tesis general, la institución y la substitución forman una sola disposición indivisible: he ahí por qué la ley afecta de nulidad la disposición entera. Sin embargo, no es posible establecer como principio que la substitución y la institución forman siempre y necesariamente un todo indivisible: esto no es cierto sino cuando en sí mismas son válidas ambas liberalidades, puesto que hay dos, siendo dos los agraciados. Ahora bien, una de esas liberalidades puede ser nula, en virtud de los principios generales relativos á las donaciones y á los legados; ¿habrá, en ese caso, substitución prohibida? No, porque falta una de las condiciones requeridas para que haya substitución; no hay más que una liberalidad, un solo agraciado. Falta saber si es válida esa única liberalidad. Casi no hay duda en el caso de ser válida la institución y no serlo la substitución. Supongamos que aquélla se encuentra en el primer testamento, y que, el segundo, en que se contiene la subs-

1 Ruan, 9 de Enero de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 248).

titución, es nulo en cuanto á la forma: ¿la nulidad de la substitución entrañará la de la institución? Nó, el segundo testamento, nulo en cuanto á la forma, se reputa como no hecho; no hay, pues, ni institución ni substitución; hay una liberalidad primera que es válida y debe ejecutarse. En vano se objetaría que el testador quiso subordinar la primera liberalidad á la carga de conservar y restituir; la voluntad que no se expresa en la forma que la ley exige, no es voluntad, y ella no la toma en consideración.

La cuestión se hace dudosa cuando la institución es nula y válida la substitución. ¿Puede ésta valer como liberalidad en sí misma é independientemente de la substitución? Así lo enseñan, por el motivo que acabamos de dar en la primera hipótesis. También la substitución es liberalidad; cuando es válida la institución, el segundo agraciado no recibe los bienes sino después que el primero. Cuando es nula, el substituto se convierte en donatario ó legatario ordinario: ¿por qué no recibiría los bienes que se le donaron ó legaron? Ciertó que por su naturaleza misma, la substitución es una liberalidad en segundo orden, en el sentido de que no produce efecto sino después que la primera; pero de ello no resulta que sea independiente de ésta y que deba caer con ella. Lo único que se puede decir es que la voluntad del disponente está dividida, puesto que no se ejecuta más que en parte; pero esto proviene de que otorgó una institución nula, y la nulidad de una de las liberalidades no puede entrañar la de la otra, puesto que son distintas é independientes. Objétase con la voluntad del testador: si hubiere previsto la nulidad de la institución, ¿habría mantenido la substitución? Respondemos que el juez no tiene derecho de entrar en estas consideraciones. Debe respetar una liberalidad válida, sin que pue-

da buscar lo que habría hecho el testador si hubiese previsto la nulidad de la institución. (1)

514. Puede caducar una de las dos liberalidades por la muerte del instituido ó del substituto. En ese caso no hay substitución, puesto que no queda más que una liberalidad. Esto supone que la disposición con carga de conservar y de restituir se hace por testamento; si el instituido muere antes que el testador, cae la substitución y subsiste la institución. No hay ya substitución, puesto que no hay substituto. Subsiste la institución, puesto que en sí misma es válida la liberalidad. No se puede objetar con la voluntad del disponente, pues que durante su vida llega á morir el substituto; habría debido, pues, cambiar sus disposiciones, revocar la institución, y la confirma con no hacer nuevo testamento. Lo mismo acontece cuando el instituido llega á morir antes que el testador; no hay ya substitución, puesto que no hay ya instituido. La substitución subsiste como liberalidad distinta é independiente de la institución. Se ha objetado que no estando llamado el substituto sino en virtud de una substitución y á título de substituto, la caducidad de la institución debe traer consigo la de la substitución. Ya hemos respondido á esta objeción (núm. 513); el testador quiso mejorar al substituto lo mismo que al instituido; y en el caso de que se trata, confirmó esta liberalidad, puesto que habiendo muerto antes el instituido, pudo haber adoptado nuevas disposiciones si se hubiese propuesto que no recibiera los bienes el substituto inmediatamente. Como no cambió su primera disposición, debe inferirse que las quiso mantener. Los autores y la jurisprudencia están de acuerdo en esto. (2)

1 Coin-Delisle, pág. 54, núms. 46 y 47 del art. 806. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 30 y nota 58.

2 Véanse los autores citados por Aubry y Rau (t. 6º, pág. 38, nota 59), por Demolombe, t. 18, pág. 212, núm. 184), y por Dalloz,

515. La substitución puede ser condicional, lo cual no impide que sea prohibida y nula. Si faltara la condición en vida del testador, ¿sería nula la disposición? N6, puesto que no existe la disposición sino á la muerte del testador; mas en ese momento, ya no hay segunda liberalidad, toda vez que no se puede realizar ya la condición con que se hizo. Se ha objetado con la regla catoniana, según la cual es nulo el testamento viciado, únicamente por no poder producir ningún efecto en el momento de su confección. Esta opinión, sostenida en una consulta de Coin Delisle, no ha prevalecido. El tribunal de Amiéns ni siquiera responde á la objeción, y para nada la tomó en cuenta la sala de casación. (1) Nuestro código ignora la regla catoniana. Si prohíbe las substituciones, es porque el instituido está encargado de conservar y restituir, y por ser incierta la propiedad afectada de incapacidad de enajenarse. Y cuando, vivo el testador, se desvanece la carga de conservar y de restituir, ¿se puede decir que la propiedad queda por un momento incierta? Si se dejara el derecho romano para no atenerse más que al texto y al espíritu de nuestra legislación, se evitaría multitud de pleitos y de controversias. La sala de casación añade, y estaba por demás decirlo, que si llega á faltar la condición después de muerto el testador, no dejará de ser nula la disposición. En ese caso, es aplicable el artículo 896, puesto que hay una disposición con carga de conservar y de restituir; lo cual basta para que sea nula.

516. Conforme al mismo principio, hay que resolver la cuestión de si la disposición inficionada de substitución llega á ser válida cuando el instituido ó el substituto renun-

núm. 142. Hay que añadir lo resuelto en París, á 19 de Julio de 1870 (Dalloz, 1870, 2, 215). Denegada, sala de lo civil, 19 de Marzo de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 35).

1 Amiéns, 6 de Abril de 1854, y denegada, 26 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 1, y 1855, 1, 229)

cian el beneficio de la liberalidad hecha en su favor. No puede tratarse de una renuncia anterior á la apertura de la disposición, puesto que tal cosa sería un pacto acerca de una sucesión futura, pacto que el código prohíbe de una manera absoluta (art. 1,130). Si se hace la renuncia después de la muerte del testador, es improductiva, porque la disposición está atacada de nulidad desde el momento en que se abre, y la nulidad es radical, como lo diremos más adelante. Por tanto, en el momento en que el instituido ó el gravado renuncian su derecho, éste no existe ya; la renuncia queda sin efecto, y la substitución es nula. Objétase que la renuncia es causa de caducidad, lo mismo que lo es el fallecimiento anterior del legatario (art. 1,043), y que debe producir igual efecto. En los legados ordinarios, quiere decir, cuando es lícita la liberalidad, es cierto esto, pero la substitución es una liberalidad ilícita, y en el momento en que debería abrirse es anulada, y no hay ya derecho que pueda renunciar uno de los agraciados. Si pasa otra cosa en el caso de fallecimiento anterior, es porque no estando abierta en ese caso la disposición, todavía no hay substitución, ni puede haberla, precisamente á causa del fallecimiento anterior del instituido ó del substituto. (1)

517. Temiendo el testador que se ataquen y anulen sus disposiciones como inficionadas de substitución, declara que si no pueden tener lugar las substituciones que él establece, es su ánimo que se ejecuten las que no se opongan á la ley. ¿Borra esta cláusula el vicio de la substitución? La sala de casación declaró la validez de una disposición concebida en los términos que acabamos de indicar, á pesar de que el testamento contenía substituciones prohibidas; y creemos que lo declaró bien. Puede encontrarse el

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 31 y nota 60. Demolombe, t. 18, página 213, núm. 185.

testador en la incertidumbre de si son ó no válidas sus disposiciones; no quiere violar la ley; ¿qué tiene que hacer? Declara que si se oponen á ella sus disposiciones, las deja sin efecto y las retira. Desde luego, pues, ya no hay substitución. En efecto, para que la haya es necesario que el instituido esté obligado á conservar y á restituir; mas habiendo expresado el testador que no quiere que se ejecuten más que aquellas de sus disposiciones que no se opongan á la ley, tal declaración hace desaparecer para el instituido toda obligación, aun moral, de conservar y restituir. Se preguntará qué sucede con las disposiciones que contengan substituciones prohibidas. La sala responde que al renunciar el testador la substitución manifestó su intención de preferir la institución á la substitución, en el caso de que no pudieran ejecutarse ambas; con lo cual, pues, quedan libres de toda carga los bienes en manos del instituido, y esto hace desaparecer todos los inconvenientes, en razón de los cuales prohibió la ley las substituciones. (1)

También puede estar concebida la cláusula en otros términos. Supónese que el testador dice que, en el caso de que la disposición fuere atacada por contener una substitución, quiere que la disposición surta efecto como liberalidad pura y simple, sin carga alguna, ó que se mantenga la substitución como liberalidad directa, abandonándose la substitución. ¿Vale la cláusula formulada así? MM. Aubry y Rau enseñan que se le debe reputar como no escrita, porque tiende á eludir la prohibición de las substituciones. (2) Otros autores la declaran válida. Parécenos que esta última es la preferible, á lo menos como regla. Es indudable que no se puede permitir al testador que eluda la prohibición legal, sobre todo cuando la ley es de orden

1 Denegada, 5 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, I, 36).

2 Durantón, t. 8º, pág. 101, núm. 81, Aubry y Rau, t. 6º, pág. 32 y nota 61).

público, porque eludirla es violarla, y la violación debe traer consigo nulidad de la cláusula. Es menester, pues, ver si la cláusula litigiosa implica necesariamente fraude. Este no se presume, en general; ¿por qué se le había de presumir en materia de substitución?

El intérprete, á lo menos, no lo puede, puesto que la ley no establece ninguna presunción, ni de buena ni de mala fe. Por tanto, el juez deberá investigar la mente del testador, teniendo en consideración las circunstancias del caso y las cláusulas del testamento: anulará la substitución, á pesar de la cláusula que tendía á prevenir la anulación, si hubo fraude contra la ley; pero la mantendrá si el testador no tuvo intención de violar la prohibición del artículo 896. Teóricamente, hay probabilidades de la buena y la mala fe. Es un hecho que muchos testadores buscan la manera de escapar á la prohibición que establece el artículo 896, y esto también que hay algunos que ni piensan en eludir una ley que no conocen, y que, aun conociéndola, pueden estar en error de buena fe: ¿no los mejores jurisconsultos se han dividido en cuestiones espinosas? Y si el testador obra de buena fe, ¿por qué no se le había de permitir agregar una cláusula que, al modificar sus disposiciones, les diera efecto? (1)

En este sentido se ha formado la jurisprudencia; y, fuerza es decirlo, ninguna apariencia de fraude había en los casos que ha tenido que resolver, por no decir que era cierta la buena fe que había en ellos. Un testador otorgó varias disposiciones por las cuales estipulaba la restitución de las cosas que daba á sus herederos, en el caso de que murieran los legatarios sin posteridad. Las cláusulas de restitución son más dudosas; previendo ó temiendo que

1 Bayle-Mouillard comentando á Grenier, t. 1º, pág. 251. Coin-Delisle, pág. 57, núm 51 del artículo 896. Demolombe, t. 18, página 216, núm. 159.

quedaran sin efecto sus disposiciones, añadía: "En el caso de que se pretenda que yo no pude asegurar la restitución á mis herederos, y que de hecho, por cualquier motivo, no tenga lugar esa restitución, libro de toda pensión mi herencia con respecto á la madre, etc." El testador mantenía la institución y suprimía la substitución. El tribunal de París dió efecto á la cláusula; no se suscitó cuestión acerca del fraude, ni era dudosa la buena fe del testador. (1) Mucho menos dudosa lo era en un asunto que se resolvió en Poitiers. Cuidó la testadora de tomar parecer á varios consultos y abogados distinguidos, y declaró que de acuerdo con los consejos que se le habían dado, estaba en el caso de creer que sus intereses se acomodaban á la ley; pero que si, contra lo que esperaba, se atacaban las disposiciones que acababa de formalizar en favor de su sobrino nieto, y se atacaban so pretexto de que contenían una substitución prohibida, otorgaba una liberalidad pura y simple en favor de su legatario, á quien amaba con predilección y con la mayor ternura, queriendo, por consiguiente, que recibiera su herencia con preferencia á cualquier otro. (2)

518. No sucedería lo mismo si el testador hubiese añadido una cláusula penal para estorbar que los herederos atacaran las disposiciones por causa de substitución. En esto puede aplicarse literalmente lo que los autores enseñan acerca del carácter de la prohibición y de la necesidad de declarar la nulidad de las cláusulas que tendieren á eludirla. Por eso la jurisprudencia declara la nulidad de las cláusulas penales añadidas á una substitución con el fin de mantenerla. Nos remitimos á lo dicho ya sobre este punto. (3)

1 París, 3 de Marzo de 1820 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 246).

2 Poitiers, 30 de Julio de 1830, y denegada, 20 de Diciembre de 1831 (Dalloz, núm. 149).

3 Denegada, sala de lo civil, 30 de Julio de 1827 (Dalloz, palabra

Núm. 3. Efecto de la nulidad.

519. El art. 896 declara la nulidad de toda la disposición. ¿Cuál es el carácter de esa nulidad? Importantísima es la cuestión en razón de las consecuencias que se desprenden del principio, según que se admita que la nulidad es ó no de orden público. Creemos en la sala de casación que ella es esencialmente de orden público. (1) El carácter de la nulidad que sanciona una prohibición, depende de la naturaleza de la disposición que está prohibida. Recuérdense los motivos que hicieron prohibir las substituciones: éstas se oponen al interés económico de la sociedad, porque dejan los bienes fuera del comercio; se oponen al principio democrático, base de nuestro orden social; hieren por fin, el orden moral estableciendo la desigualdad entre los hijos de un mismo padre. Si alguna prohibición y, por consiguiente, alguna nulidad ha habido que sea de orden público, es sin duda la consignada en el art. 896. Sin embargo, se ha discutido acerca de ella. La substitución, se ha dicho, es opuesta al interés general, pero nada tiene la institución que comprometa los intereses de la sociedad, es una liberalidad ordinaria. (2) Es indudable; mas cuando esa liberalidad se liga con una liberalidad prohibida, está inficionada con los mismos vicios; si se quieren impedir las substituciones, hay que atacar la institución; esos dos elementos de las substituciones se comprenden, pues, al grado de no poder dividir, para decir que uno es de orden público y el otro no; por eso la ley declara la nulidad de la disposición.

Creemos que hay necesidad de ir más lejos; si se admite la doctrina de los instrumentos no existentes, debe decirse *Disposiciones*, núm. 185. 2º). Compárese lo dicho en el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 620, núm. 475.

1 Dunegada, 12 de Marzo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 308).

2 Berthauld, *Cuestiones practicas y doctrinales del Código Napoleón*, t. 1º, pág. 395, núms. 489 y 490.

dirse que las substituciones están afectadas de una nulidad radical, en el sentido de que no pueden producir ningún efecto. Conforme al artículo 1,131, no le puede producir la obligación cuando tiene una causa ilícita; y el artículo 1,133 dice que la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, ó es contraria á las buenas costumbres ó al orden público. Estas disposiciones, como lo hemos dicho en otro lugar, se aplican á las donaciones y á los testamentos, con la excepción que establece el artículo 900 en cuanto á las condiciones ilícitas que se reputan como no escritas. (1) Habiendo conformidad respecto á estas premisas, no podría disputarse respecto de la consecuencia. ¿Cuál es la causa de las substituciones? Un motivo jurídico que la ley reprueba, ya un móvil aristocrático, ya una preferencia y un privilegio, ya la imposibilidad para disponer de los bienes. Bajo cualquier concepto, pues, la substitución reconoce una causa ilícita; puede decirse que reúne todos los vicios que constituyen una causa ilícita conforme al artículo 1,131: está prohibida por la ley, es contraria á las buenas costumbres y al orden público. Por cierto que si algún acto merece los golpes del legislador, es aquel que hiere todos los intereses, todos los derechos. Y ¿cuál es el medio más enérgico para impedir que se ejecuten las substituciones contra la prohibición de la ley? Declararlas como no existentes; no teniendo existencia á los ojos de la ley, jamás podrán producir ningún efecto. Mientras que, conformándose con declararlas nulas, tendrán existencia jurídica, podrán ejecutarse, confirmarse y llegar á ser plenamente válidas. Volveremos á la teoría de los actos inexistentes, en el título de las *Obligaciones*; muchas ocasiones lo hemos expuesto y explicado ya. Por de pronto,

1 Véase el tomo II de mis *Principios*, pág. 564, núms. 427 y siguientes.

suponemos demostrados los principios y no hacemos aplicación de ellos á los substitutos.

520. Una de las consecuencias más importantes de la inexistencia de un acto jurídico, es que no puede confirmarse; mientras que la nulidad se cubre con la confirmación del que tenía derecho de pedir esa nulidad. ¿Puede confirmarse la substitución? Entendemos que no, porque los actos no existentes no son susceptibles de confirmarse. No puede haber confirmación expresa ni tácita por la ejecución del acto, lo cual sería dar efecto á una disposición que ninguno puede producir, según la expresión enérgica del artículo 1,131. Inútil sería prevalerse de la ejecución que los herederos dieran á la disposición, pues éstos podrán, á pesar de ello, oponer la inexistencia del testamento. Ni siquiera puede concebirse la confirmación, haciendo abstracción de la teoría de los instrumentos inexistentes. La confirmación se retrotrae en el sentido de que borra el vicio que inficiona el testamento, de suerte que se considera como si nunca hubiera estado viciado éste. Y ¿se concibe que una disposición contraria á las leyes, á las buenas costumbres y al orden público sea jamás purgada de vicios? La confirmación es una renuncia al derecho que tiene la parte interesada para pedir la nulidad del instrumento; ¿y concíbese que los particulares renuncien á lo que es de interés general?

La sala de casación consagró esta doctrina, pero sin admitir todas sus consecuencias. Esto se debe á la incertidumbre que reina en la jurisprudencia acerca de los caracteres y efectos de los instrumentos que llamamos inexistentes. Debemos limitarnos aquí á hacer constar el estado de la jurisprudencia, para discutir sobre ella en el título de las *Obligaciones*. La sala de casación formula el principio en los términos más absolutos. “Atento que la nulidad que resulta de una cláusula de substitución pro-

hibida es de orden público y no puede, por consiguiente, subsanarse con ninguna ratificación, ya expresa, ya tácita." En el caso ocurrido, el legatario universal había ejecutado un legado con substitución; ¿era eso una confirmación tácita? La ejecución voluntaria equivale á la confirmación, conforme al art. 1.338, el cual supone que los instrumentos son simplemente nulos; si son inexistentes, no puede tratarse de confirmarlos por medio de la ejecución. La resolución de la sala de casación no es tampoco clara; insiste en la naturaleza de los actos de ejecución que se oponían al legatario universal para declarar que no era de admitirse su demanda de nulidad; esos actos mantenían la substitución escrita en el testamento; al remitir al instituido los objetos legados, había dicho terminantemente que estaban gravados con la carga de conservar y restituir; por tanto, la ejecución dejaba subsistente el vicio de la substitución; por mejor decir, la ejecución estaba atacada del mismo vicio, y era consiguientemente nula, y no podía, por cierto, estorbar la acción de nulidad. (1) Esto es cierto, pero implica que puede haber actos de ejecución que hagan inadmisibles la acción de nulidad; en lo cual no podríamos estar de acuerdo; en la doctrina de los instrumentos inexistentes, la cosa es evidente; no se confirma la nada, y la nada nunca podría producir ningún efecto.

Un testamento contiene un legado universal inficionado de substitución, y uno particular en favor del sobrino, heredero legítimo del testador. Este pide la entrega de su legado al legatario universal, y después intenta una acción de nulidad contra el testamento; opónesele como excepción la demanda de entrega, que implica una renuncia á impugnar el testamento que voluntariamente ejecutaba. La sala de casación declaró que las nulidades de orden público no

1 Denegada, 2 de Marzo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 308).

se podían subsanar con la ratificación, y que tal era evidentemente el carácter de la nulidad con que la ley hiere á las substituciones. Se objetaba, en favor del recurso, que las partes pueden renunciar válidamente prevalerse de una nulidad de orden público en lo que mira á sus intereses pecuniarios. En nuestro concepto, esta objeción es una herejía; si el instrumento es inexistente por razón de orden público, no puede producir ningún efecto (art. 1,131). Ni en lo tocante á intereses pecuniarios ni en lo tocante á otros, por mejor decir, en materia de substitución, sólo hay de por medio intereses pecuniarios; permitir que se confirme el instrumento desde el punto de vista pecuniario, sería revalidarle completamente; ¿y qué sucedería entonces con el principio proclamado por la sala de casación, de que las nulidades de orden público no pueden subsanarse con ninguna ratificación? La sala hace á un lado la objeción con otra consideración, y es la de que, en el caso, admitida la renuncia, mantendría el testamento en todas sus partes y no tan sólo en lo relativo al legado cuya entrega pedía al heredero; por tanto, la confirmación tendería á revalidar toda la substitución. Síguese de ahí que la renuncia dejaba subsistente el vicio de la substitución y estaba realmente atacada del mismo vicio; lo cual la hacía nula y, por consiguiente, no podía resultar de ella una excepción contra la acción de nulidad. (1) La resolución nos parece mejor que los considerandos en que se funda. Si las partes pueden celebrar convenios acerca de sus intereses pecuniarios, á pesar de tratarse de una nulidad de orden público, ¿por qué no podrían transigir acerca de todos los intereses pecuniarios que resultan de una substitución? Los considerandos van más allá que la parte dispo-

1 Denogada, 24 de Abril de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 224). Compárese con lo resuelto en Amiéus, 6 de Marzo de 1866 y 7 de Diciembre de 1868 (Dalloz, 1869, 2, 41, 59).

sitiva y conducen á consecuencias que no podríamos admitir.

Resolvióse, en materia fiscal, que la ejecución de la substitución, una vez abierta ésta en favor del substituto, cubre su nulidad; de suerte que la recaudación de rentas puede exigir los derechos de translación en razón de una disposición que la ley declara nula, cuando la jurisprudencia resuelve que es de orden público la nulidad. Esto nos parece inadmisibile; el orden público protesta contra cualquier efecto que se quisiera dar á una substitución; y prueba también que el principio proclamado en casación es insuficiente, y que es menester ir más lejos declarando la inexistencia del testamento. (1)

521. ¿A quién aprovecha la nulidad, al legatario universal ó al heredero *ab intestato*? Excusado es decir que si el legatario universal está encargado de conservar y restituir, siendo nulo el legado el heredero tiene derecho de pedir esa nulidad. Pero si sólo está obligado el legatario á conservar y restituir una cosa comprendida en su legado, ¿á quién aprovechará entonces la nulidad del legado, al legatario universal ó al heredero legítimo? Esto equivale á preguntar también: ¿quién puede intentar la acción? Porque sólo el que tenga interes puede obrar. La cuestión ha sido objeto de prolongados debates; vamos á comenzar por traer á la memoria las vicisitudes de la jurisprudencia.

Una testadora instituye por su legataria universal á su prima, con obligación de conservar y restituir un terreno comprendido en el legado, á su hijo mayor, quien igualmente le conservará para restituirle el suyo también mayor. Esta substitución estaba permitida en el momento de formarse el testamento, conforme á la ley de 17 de Mayo de 1826; pero al morir la testadora, el 2 de Septiembre de

1 Casación, 5 de Marzo de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 123), y 11 de Diciembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 26).

1849, la citada ley estaba ya abrogada por la de 11 de Mayo del mismo año 1849. El testamento se regía, pues, por el código civil. A los ocho años de abierta la sucesión, una parienta de la testadora impugnó el testamento como viciado de substitución. Se le opuso la excepción de falta de interés, puesto que la nulidad, si la había, no debía aprovechar más que al legatario universal. El tribunal de Caen lo declaró en ese sentido. Por principio, el legado universal inviste al legatario de todos los derechos que pertenecen al testador al tiempo de morir; luego el terreno que la testadora encargaba á la legataria universal que conservara y restituyera, estaba comprendido en el legado; y era un hecho que el legado de este terreno estaba gravado con substitución, pero ese legado estaba afectado de nulidad. ¿A quién había de aprovechar esa nulidad? No al legatario universal, puesto que estaba llamado á todos los derechos de la difunta, con exclusión de los herederos legítimos. El legado nulo se estima que no ha existido, y así el terreno gravado con substitución quedaba comprendido en la masa de bienes que se había devuelto al legatario universal. El tribunal añade que tal había sido la mente de la testadora, puesto que había instituido á su prima por su única heredera; lo cual implicaba que si algunas de sus disposiciones llegaban á no tener efecto por esta ó por aquella causa, deberían volver los bienes legados al legatario universal. (1)

La sala de casación casó aquella resolución, colocándose en el terreno del art. 896. ¿Por qué declara nula el legislador toda la disposición, institución y substitución? Para dar una sanción enérgica á la prohibición que hace. ¿Qué sería de esa prohibición si el derecho de pedir la nulidad estuviese reservado al heredero testamentario, con exclu-

1 Caen, 21 de Julio de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 105). Demolombe había dado una consulta en ese sentido (compárese con el tomo 18, pág. 221, O., núm. 191).

sión de los herederos que lo son por la sangre? Que el legatario universal se colocaría entre dos deberes contrarios: a ley le daría derecho para pedir la nulidad, y el difunto le impondría el deber de ejecutar la liberalidad, conservando la cosa para restituirla al substituto. ¿Y no es de temerse que no proceda á esa nulidad, como de hecho, en nuestro caso, no había procedido la legataria universal? Y si el único que tiene derecho é interés para obrar no lo hace, ¿qué será de la prohibición de las substituciones? Que se ejecutarán éstas á pesar de la ley. No hay más que un medio para obtener la anulación de las substituciones prohibidas, y consiste en dar derecho al heredero legítimo para pedir la nulidad, atribuyéndole el beneficio de la misma. (1)

¿Fundada esta interpretación en el espíritu de la ley, no excede á su texto? El texto dice claramente que el instituido no puede recibir el beneficio de la nulidad, puesto que la disposición es nula en el todo; pero no dice que si viene abajo ésta, el heredero *ab intestato* deba aprovecharse de ella, aunque haya un legatario universal. Hay, pues, conflicto entre el espíritu y el texto. ¿Cómo allanarle? La teoría de la inexistencia de la substitución conduce al mismo resultado que la jurisprudencia de la sala de casación. ¿Por qué la ley hiere con la inexistencia la substitución? Porque ésta lastima los intereses más graves de la sociedad; substituir es violar la ley que lo prohíbe, es sublevarse contra el orden social que reprueba las substituciones, es atentar contra las buenas costumbres, sembrando el trastorno y la desunión en las familias. La ley no puede reconocer ningún efecto en una disposición como esa. ¿Qué hay que decir? Se estima que el difunto no dispuso de la cosa que substituyó, y así queda ella en la herencia *ab intestato*, por lo cual los herederos legítimos son quienes de-

1 Casación, 6 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 43), y en apelación, 25 de Junio de 1863 (Dalloz, 1864, 2, 219).

ben aprovecharse de la nulidad. En vano dirá el legatario universal que allí donde hay legado universal no hay herencia *ab intestato*; que, por consiguiente, el legado nulo queda en las sucesión testamentaria. Esto es cierto tratándose de los legados que pudo hacer el testador y que caducan ó se hacen nulos sin que esté de por medio el orden público. Pero cuando el legislador declara que la substitución no podría tener efecto, con esto mismo está diciendo que se estima no haber sido legada la cosa substituida, y las cosas no legadas pertenecen al heredero legítimo.

522. El que demanda la nulidad de una substitución debe probar que hay carga de conservar y restituir á un tercero; ¿cómo formará tal prueba? Los que impugnan un testamento como viciado de substitución, ¿deben probar esta substitución con el testamento mismo, ó pueden formar su prueba conforme al derecho común, prestando el juramento ó haciendo que se interrogué al instituido acerca de hechos y artículos, ó aun por medio de testigos y presunciones? La opinión casi general es que no puede formarse la prueba de la substitución sino por el testamento mismo. Resulta del artículo 896, combinado con los artículos 893-895, que la substitución debe hacerse, ya por donación, ya por testamento; y uno y otro son actos solemnes, y los actos solemnes no se prueban sino con las solemnidades prescriptas por la ley. Es más: á nuestro juicio, se establece mal la cuestión preguntando cómo se prueba una substitución; las solemnidades de una donación se prescriben, no para probarla, sino para que exista; y lo mismo pasa con el testamento. ¿Quién pensó jamás el probar por medio de juramento ó de testigos la existencia de una liberalidad entre vivos ó testamentaria? Tampoco se puede probar, conforme á las reglas generales de las pruebas, la existencia de una substitución, porque ésta ó es una donación entre vivos, ó es un testamento.

La opinión contraria tiene en su favor la autoridad de Merlín; hay, pues, que detenerse en ella y contestar las objeciones. Sólo una es, en realidad, la que se hace, pero no carece de peso. Dícese que el instituido puede estar encargado de conservar y restituir los bienes á un tercero, sin que lo diga el instrumento, sea donación ó testamento; habiéndose obligado oralmente ó por escrito el instituido á conservar y restituir; y esa obligación de honra le llevará á ejecutar la substitución, con lo cual se eludirá la prohibición del artículo 896. Respondemos que la obligación de que se trata no constituye la carga de conservar y restituir exigida por la ley, y que, en tal virtud, no habrá substitución. Supongamos que el disponente dice, en el instrumento mismo, que se remite á la honradez, á la delicadeza, á la conciencia del instituido para la ejecución de sus disposiciones; supongamos también que añade que su deseo es que los bienes sean conservados y restituidos al tercero que él designa; el instituido acepta el legado formulado así; véase la obligación de honra probada por el testamento mismo. ¿Será decir esto que habrá substitución? Indudablemente que no, porque no la hay sino cuando el tercero tiene acción civil contra el instituido ó sus herederos para compelerlos á restituirle los bienes. Ahora bien, toda obligación, excepto la carga jurídica de conservar y restituir, no es más que una obligación de honra; y desde que el instituido no está civilmente obligado, no hay substitución. ¿Se dirá que de hecho los bienes serán conservados y restituidos y que en lugar de una substitución legal habrá substitución fraudulenta? Nó; esa pretendida substitución, que descansa en un deber moral, no es substitución, pues no presenta ninguno de los inconvenientes que motivaron la prohibición de la fideicomisaria. El instituido no está civilmente obligado á conservar y restituir; si restituye, hará una li-

beralidad, que será donación ó legado, y el tercero la recibirá, no del disponente primitivo, sino del instituido; habrá dos transmisiones de bienes distintas, y así por orden sucesivo, mas no doble liberalidad procedente de un solo disponente, ni, por tanto, substitución. ¿Se dirá que los bienes quedarán no obstante fuera del comerci? N6, porque están en el dominio del instituido, que puede disponer de ellos como le parezca. Si no dispone, no por eso estarán más fuera del comercio que sus otros bienes, y estarán afectos á la hipoteca legal, pudiendo los menores y las muj-res casadas hacer que se registren esos mismos bienes; los acreedores podrán embargarlos, y todos esos actos serán válidos, definitivos, sin quedar resueltos con la apertura de una substitución á la muerte del propietario; si éste no dispuso de los bienes, pasarán á sus herederos. Esto quiere decir que quedan bajo el imperio del derecho común.

La última objeción que se hace es ésta: el fideicomiso fraudulento, que tiene por objeto transmitir los bienes á un incapaz, puede probarse por testigos y hasta por presunciones. ¿Por qué? Porque implica un fraude á la ley, Lo mismo debe suceder con la substitución fraudulenta, porque también ella se hace para defraudar la ley, para defraudar una prohibición de orden público. El argumento confunde dos hechos de naturaleza esencialmente distinta. Cuando el fideicomiso es fraudulento, no hay liberalidad: el donatario ó legatario nominal es persona interpósita; el verdadero agraciado es el tercero, y éste no puede recibir, puesto que es incapaz. ¿Sobre qué recae, en ese caso, la prueba? Sobre la interpósición de persona y sobre la incapacidad del agraciado. Por lo demás, la liberalidad es válida en cuanto á la forma, como se supone; para defraudar la ley se escribió en el instrumento el nombre de un donatario ó legatario que no es el verdadero agraciado; véase el único objeto de la prueba. En el caso de una subs-

titución fraudulenta, preténdese probar la existencia de una liberalidad hecha sin observar las formalidades de la ley, lo cual es una imposibilidad jurídica. Hay, por lo demás, una liberalidad perfectamente válida; la que se hizo al instituido. ¿Qué se pide que se pruebe? Que está encargado de conservar y restituir; y ¿qué resultaría de esa prueba? Una simple obligación de honra; mas un deber moral no engendra substitución, y así el instituido quedaría siendo lo que es, propietario irrevocable. ¿A qué, pues, admitir una prueba que á nada ha de conducir? (1)

Hay un fallo de Bruselas conforme á la opinión general. El tribunal dice muy bien que si no se hizo la substitución con las formalidades del art. 893, no la habrá. (2) La sala de casación de Francia declaró que basta la confesión del legatario, relativa á que el legado se le hizo con carga de conservar y restituir y que entiende ejecutar esta obligación, para que se haya de anular el legado como viciado de substitución. (3) El fallo no está motivado y no formará jurisprudencia.