

SECCION II.—De las substituciones permitidas.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

523. Dice el art. 1,048: “Los bienes de que tienen facultad los padres y madres para disponer, podrán ser donados por ellos en todo ó en parte, á uno ó más de sus hijos, por acto entre vivos ó por testamento; con la carga de restituirlos á los hijos nacidos y por nacer, en primer grado solamente, de los dichos donatarios.

El art. 1,049 contiene una disposición análoga: “Será válida, en caso de morir sin hijos, la disposición que hubie-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 33, nota 64, pfo. 694 y los autores que allí se citan. En sentido contrario, Merlin, *Cuestiones de derecho*, palabra *Substitución fideicomisaria*, pfo. 14.

2 Bruselas, 29 de Julio de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 296).

3 Denegada, 22 de Diciembre de 1814 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 255).

re hecho el difunto, por acto entre vivos ó por testamento, en favor de uno ó más de sus hermanos ó hermanas, de todo ó parte de los bienes que no están reservados por la ley en la sucesión, con la carga de restituirlos á los hijos nacidos y por nacer, sólo de primer grado, de los dichos hermanos ó hermanas donatarios."

La ley no califica esas disposiciones de substituciones. Sin embargo, es un hecho que lo son fideicomisarias de las que la ley permite como excepción de la prohibición del art. 896. El 897 lo dice terminantemente: "Se exceptúan de los dos primeros párrafos del artículo precedente las disposiciones permitidas á los padres y madres y á los hermanos y á las hermanas en el cap. VI del presente título." Las disposiciones exceptuadas tienen, naturalmente, el mismo carácter que las que están comprendidas en la regla; son, pues, substituciones fideicomisarias. Con todo, hay alguna diferencia en la redacción; el art. 896 exige la carga de *conservar* y restituir para que haya substitución; mientras que los artículos 1,048 y 1,049 parecen contentarse con la carga de *restituir*. Pero la diferencia no es más que aparente, porque la carga de restituir implica la de conservar, á menos que el instituido tenga facultad para disponer de las cosas donadas ó legadas; y las disposiciones que la ley permite se hagan en favor de los nietos del donante ó del testador y de los hijos de hermanos y hermanas, tienen por objeto, precisamente, impedir que los instituidos disipen los bienes que se les dan, con la carga de restituirlos á sus hijos y, por tanto, con prohibición de disponer de ellos, con perjuicio de los substituidos.

Puesto que son substituciones las disposiciones de que trata el cap. VI, ¿por qué el legislador no les da ese nombre y por qué las autoriza? En la exposición de motivos, dijo el orador del Gobierno, que la facultad concedida al padre y á la madre para donar á uno ó varios de sus hi-

jos todo ó parte de los bienes disponibles, con la carga de restituirlos á los nietos, tiene tan insignificante relación con el antiguo régimen de las substituciones, que ni siquiera ese nombre se le dió. Bigot-Préameneu confiesa que es una substitución, puesto que hay transmisión sucesiva del hijo donatario á los nietos; y lo que él dice del donatario, también hay que decirlo del donantes. Pero las substituciones permitidas por el código civil, nada tienen que ver con las antiguas substituciones. Estas creaban un orden particular de sucesión é invertían los derechos naturales de aquellos á quienes la ley hubiera llamado. No es tal el objeto de la facultad que se dió á los padres y madres y á los hermanos y hermanas, facultad que tiende más bien á mantener ese orden y esos derechos en favor de una generación que hubiese estado privada de ellos. En efecto, ¿por qué el padre ó el hermano donan sus bienes, con carga de restituirlos á los hijos del donatario? Porque teme que el hijo ó el hermano disipen los bienes en gastos desordenados ó en especulaciones ruinosas; de modo, que el código permite asegurárselos por vía de substitución, para que la segunda generación reciba los bienes que la naturaleza y la ley le destinaran. En las antiguas substituciones había preferencia y privilegio, sacrificándose á toda la familia en favor de la rama del mayor. En las substituciones del código, se trata de salvar y conservar á una rama amenazada con las prodigalidades ó la mala administración del jefe de la misma. (1)

524. Siendo las substituciones permitidas excepciones del art. 896, que prohíbe las fideicomisalias, hay que aplicar la regla de interpretación concerniente á las excepciones, que siempre son de estricta interpretación, sobre todo cuando lo que derogan es de orden público. Sólo el

1 Bigot-Préameneu, Exposición de los motivos, núm. 70 (Looré, t. 5º, pág. 332). Jauberz, Informe, núm. 71 (Looré, t. 5º, pág. 359).

legislador puede permitir, por excepción, lo que prohíbe en general, por consideraciones de interés social, y basta que no lo permita para quedar bajo el dominio de la prohibición. Esto es cierto, principalmente en materia de substituciones; la palabra nada más, era odiosa para los autores del código, hijos todos ellos de la Revolución y enemigos del antiguo régimen; cuando se leen las discusiones del consejo de Estado, se ve que, por decirlo así, á pesar de ellos, admitieron las excepciones que establece el código. (1) Por consiguiente, este es el caso de decir que, desde que se está en la excepción, se vuelve á la regla, que es la excepción.

Hay otra regla de interpretación. Los arts. 1,053 y 1,054, que determinan los efectos de las substituciones permitidas, fueron tomados casi literalmente del Estatuto de 1747; son, pues, disposiciones tradicionales, para cuya explicación hay que recurrir á la tradición. (2)

§ II.—POR QUIÉN Y EN FAVOR DE QUIÉN SE PUEDEN HACER LAS SUBSTITUCIONES.

Núm. 1. *¿Por quién?*

525. Conforme á los arts. 1,048 y 1,049, no se pueden hacer las substituciones por los padres ni por los hermanos. ¿Por qué no extendió el legislador á otros parientes la facultad de substituir? Podría haber el mismo motivo: la solicitud del disponente para los hijos de su presunto heredero. Si la ley no admite ese motivo sino respecto de los parientes más próximos, apenas si se puede dar otra razón que la repugnancia con que el legislador ve esa institución que reunía todos los vicios del antiguo régimen.

Resulta de ahí que al hacerle el abuelo una liberalidad

1 Sesión del consejo de Estado, del 7 y del 14 pluriviso, año XI (Loceé, t. 5º, págs. 201 y 210). Compárese con Coin-Delisle, página 522, núm. 4 del art. 1048, y todos los autores.

2 El Estatuto de 1747 fué comentado por Fugole (*Obras*, t. 7º):

á su nieto, no podría imponerle el deber de restituir á sus bisnietos, aun cuando por la muerte de su padre, el gravado fuera el heredero de su abuelo. Asimismo, el tío que otorgara una liberalidad á un sobrino suyo no podría gravarle con la carga de conservar y restituir á sus sobrinos nietos. Esto es aplicación del principio de interpretación que acabamos de establecer y que todo el mundo admite. (1) Sin embargo, sostuvose la opinión contraria, y en ese sentido resolvió el tribunal de Dijón; pero fué casada, como tenía que serlo, su resolución. (2) El texto no autoriza esa cuestión, y así está prohibida. En vano es decir que hay identidad de razones; por absoluta que fuera la analogía, no bastaría para permitir substituciones fuera del tenor literal de la ley. Hanse querido establecer del testamento; la palabra *hijos*, dice el tribunal de Dijón, comprende á los descendientes; luego el abuelo está en el caso del art. 1,048. Respóndese, y la respuesta es concluyente, que se trata de saber quién puede substituir. La ley responde: los padres y madres. Luego otros que no sean ellos no lo pueden; y si á veces la palabra *hijos* se aplica á los descendientes, jamás la palabra *padre* comprende al abuelo. Es inútil insistir en esto.

526. La ley exige una condición especial para que los herederos puedan substituir: es menester que mueran sin hijos. ¿Por qué tanto rigor? Desde el momento en que tuvieran hijos, podrían disponer de su parte disponible: ¿por qué no pueden hacerlo con la carga de conservar y restituir? Puede decirse que el padre debe dejar sus bienes á sus hijos; pero no basta esta respuesta, porque la ley permite al padre que tiene hijos que haga lo que quiera de su

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 37, nota 3 del pfo. 695 y los autores en sentido opuesto que allí se citan. Añádase á Demolombe, t. 22, página 392, núm. 411.

2 Casación, 29 de Junio de 1853 (Daloz, 1853, 1, 283), y, en apelación, Besangón, 2 de Diciembre de 1853 (Daloz, 1855, 5, 425). París, 23 de Agosto de 1850 (Daloz, 1851, 2, 41).

parte disponible, mientras que no le permite que substituya en favor de sus sobrinos. Lo odioso de las substituciones entra por algo en esta prohibición, pero debe, por lo menos, tener una razón ó un pretexto. Conviene precisar el motivo, porque sirve para resolver cuestiones controvertidas. Las substituciones están autorizadas por la consideración de que importa mantener en la segunda generación los bienes á los cuales llama la ley y que amenaza disipar su autor (núm. 424); este motivo falta cuando el hermano tiene hijos, porque, en ese caso, los bienes no van á manos de su hermano ni de sus sobrinos, y así no se puede tratar de conservarlos por vía de substitución. El principio es, pues, que há lugar á la substitución cuando el hermano y los hijos están llamados á la herencia conforme á la ley. (1)

Síguese de ahí que si renuncian los hijos puede hacerse la substitución. En efecto, entonces reciben los bienes los hermanos y hermanas y sus descendientes, y, por tanto, se está dentro del espíritu de la ley. El testador, diga cuánto quiera Troplong, (2) no resuelve la dificultad, porque se reputa que nunca fueron herederos los hijos que renuncian, los cuales se consideran, respecto de la herencia, como si no existieran. En tal virtud, puede decirse que muere sin hijos aquel cuyos hijos renuncian. Por el contrario, el que tiene uno adoptivo no puede substituir, porque el hijo adoptivo sucede en los bienes del adoptante, y así la herencia de éste no va á manos de su hermano ni de sus sobrinos. Desde ese momento no es el caso que tuvo en mira el legislador; no se pueden conservar los bienes para una rama que no los debe recibir. (3)

El que tiene hijos naturales puede substituir, porque sus

1 Marcadé, t. 4º, pág. 152, núm. 2 del artículo 1,048.

2 Troplong, t. 2º, núm. 2,220, pág. 282.

3 Marcadé, t. 4º, pág. 152, núm. 2 del artículo 1,048. Véase en sentido contrario, á Aubry y Rau y á los autores que citan, t. 6º, pág. 37, nota 4.

hermanos y sobrinos le heredan; son los que tienen la posesión de la herencia; el hijo natural no es heredero, no tiene derecho más que á una parte de los bieues. (1)

Si en el momento de hacerse el instrumento hay hijos y mueren antes que el disponente, muere éste sin hijos, y, en tal virtud, es lícita la substitución. Pero si en el momento de hacerse la donación con substitución, no tenía ningún hijo el donante, pero le sobreviene uno, quedaría revocada de pleno derecho la donación, y lo quedaría aun cuando llegara á morir el hijo. El art. 964 es terminante, y un error la opinión contraria de Toullier; es un error que escapó á ese excelente ingenio, siendo inútil impugnarle, pues nos basta con remitirnos al texto del código. (2)

Núm. 2. ¿En favor de quién?

527. La substitución no se puede hacer más que en favor de los hijos de los gravados, pues para ellos está admitida. Con razón se declaró ya que si se estableciera la substitución al mismo tiempo en favor de los hijos del gravado y de los de un tercero, sería nula, pues estaría fuera de los términos de la ley y, por tanto, sería prohibida. (3)

Por la palabra *hijos* hay que entender los legítimos, que son los únicos herederos, pues los naturales no lo son; mas como lo dijo el orador del Gobierno, la substitución permitida tiene por objeto conservar la rama de la familia amenazada de perecer, y así en provecho de la familia fué autorizada y los hijos naturales no pertenecen á la familia. Se ha objetado con el derecho romano; pero respondemos, con la sala de casación, que las leyes romanas que conciernen á los hijos naturales no han pasado ni en nues-

1 Discutido, Demolombe, t. 22, pág. 400, núm. 417, y Aubry y Rau, t. 6º, pág. 37, nota 5.

2 Durantón, t. 9º, pág. 521, núms. 527 y 528 y todos los autores.

3 Casación, 27 de Junio de 1811 (Dalloz, núm. 303).

tro derecho ni en nuestras costumbres. (1) Síguese de aquí que no se puede hacer la substitución en favor de los hijos naturales, y que si comprendiera á éstos y á los legítimos, sería nula en todo, aun respecto de los legítimos; porque hecha fuera de los términos de la ley, la substitución está viciada en su esencia y cae bajo la prohibición del artículo 896. (2)

528. La ley dice que la substitución debe hacerse en favor de los hijos *nacidos ó por nacer*, sin preferencia de edad ni de sexo (arts. 1048-1050). Aun en esto, las substituciones que permite el código difieren de las antiguas substituciones. Estas se hacían por interés de vanidad aristocrática, en favor del hijo mayor de la familia, con carga de restituir al mayor también. El código mantiene la igualdad, hasta en las substituciones; debía permitir que se instituyera á uno ó más hijos, porque el motivo de la substitución permitida no es aplicable en lo general; pero quiere que todos los hijos del instituido se aprovechen de la substitución, por hacerse ésta en favor de toda la rama amenazada, y deber aprovechar, por consiguiente, á todos, aun á los hijos que estén por nacer. (3) Aplicando este principio, se anuló en Bruselas una disposición por la cual el testador instituía á uno de sus hijos, con la carga de dejar los bienes raíces á sus dos hijos (4) Esto es riguroso, pero también jurídico. El padre no tenía ciertamente intención de excluir á los hijos por nacer; pero los términos del testamento los excluían, y eso bastaba para viciar la disposición, la cual debía ser anulada por estar prohibida.

¿Es necesario llamar á los hijos en los términos de que se sirve el art. 1,050? Nō, no hay términos sacramentales;

1 Denegada, 21 de Junio de 1815 (Daloz, núm. 304).

2 Caen, 2 de Diciembre de 1847 (Daloz, 1849, 2, 84). Aubry y Rau, t. 6º, pág. 39 y nota 11. Demolombe, t. 22, pág. 403, núm. 428.

3 Toullier, t. 3º, 1, pág. 403, núm. 728.

4 Bruselas, 14 de Julio de 1808 (Daloz, núm. 303).

con tal que se haga en favor de todos los hijos nacidos y por nacer, la substitución, cualesquiera que sean sus términos, será válida. Por tanto, se trata de un punto de hecho que los jueces resolverán conforme á las circunstancias del caso. El testador lega su parte disponible á su hijo, con obligación de restituirla á sus nietos *descendientes* de él. Según el sentido gramatical, la palabra *descendientes* quería decir que *fueran procedentes*, y no comprendía por lo mismo, á los hijos por nacer. Así se resolvió en primera instancia. Mal resuelto, porque los testadores no son gramáticos, y nada indicaba en aquel caso una restricción; lo contrario probaba el testamento, puesto que añadía que si antes moría el hijo, el testador instituía á sus nietos que hubiera al tiempo de esa muerte, y así á todos los hijos nacidos y por nacer. En apelación y en casación se aceptó esa interpretación. (1)

529. Los arts. 1,048 y 1,049 añaden: *sólo en el primer grado*. De aquí resulta que no puede hacerse la substitución en dos grados, quiere decir, con obligación para los substituidos de dejar los bienes á sus hijos. La ley restringe á un grado la substitución que permite, á fin de que no queden largo tiempo los bienes fuera del comercio. Si se hiciere la substitución para más de un grado sería totalmente nula conforme al art. 896, porque sería una substitución no permitida, y, en consecuencia, prohibida y afectada de nulidad absoluta. (2)

Resulta, asimismo, de los arts. 1,048 y 1,049, que el disponente que dona á uno de sus hijos obligándole á substituir no puede llamar á los descendientes del tercer grado omitiendo á los del segundo. Esta disposición se opondría á la ley, estaría prohibida y sería nula. Lo sería también

1 Denegada, 31 de Marzo de 1807 (Daloz, núm. 300). Tal es la opinión de todos los autores (Daloz, núm. 306).

2 Es la opinión general; menos de Toullier (t. 3º, 1, pág. 404, número 729).

si hubiesen muerto los hijos del gravado dejando descendientes? ¿Podría el disponente substituir en favor de éstos? No lo creemos; el texto es restrictivo, y fuera de él, toda disposición con carga de restituir se convierte en substitución prohibida. Objétase que la substitución no siempre será más que en un grado. Es cierto, pero la ley no prohíbe únicamente las substituciones en muchos grados, sino substituir en favor de otros hijos que no sean los del primero. Esté ó no fundada la substitución, importa poco, se encuentra en los términos, y desde que se sale de ella cae bajo la prohibición del art. 896. (1)

530. La substitución se hace en favor de los hijos nacidos y por nacer sólo en el primer grado, pero al morir el gravado los hay de segundo y hay descendientes de un hijo muerto con anterioridad. Estos, dice el art. 1,051, recibirán por derecho de representación la parte del hijo muerto. Se abre la substitución, puesto que hay hijos de primer grado, y sería injusto que en ese caso los que sobrevivieran recibieran la parte que habría recibido el muerto si hubiese sobrevivido; la ley, debió, pues, conceder á los descendientes del muerto el derecho de representarle. Pero ¿qué deberá decirse cuando lleguen á morir todos los hijos del primer grado? En ese caso caduca la substitución, puesto que ya no hay llamados. Los descendientes no pueden invocar el beneficio de representación para ejercer el derecho resultante de la substitución, puesto que no la hay. Sin duda la ley pudo haber extendido á ese caso la ficción de representación, pero no lo hizo por repugnancia á las substituciones. En materia de sucesión, se admite hasta lo infinito la representación, por ser favorables las sucesiones y ser el ejercicio de un

1. Toullier, t. 3º, 1, pág. 402, n.º 726, seguido por Coin-Delisle y Troplong. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 6º, pág. 39, nota 10, y los autores que citan.

derecho que los descendientes traen de la naturaleza y de la ley; pero en materia de substitución, la ley limita el beneficio de representación, porque las substituciones son desfavorables. Así opinan casi todos los autores; (1) y esta opinión la consagra un fallo del tribunal de Ruán. (2)

Núm. 3. Consecuencia. Nulidad.

531. Hemos dicho que las disposiciones no conformes con los arts. 1,048-1,050 están afectadas de nulidad; debemos añadir que son nulas en su totalidad, tanto la institución como la substitución. La ley no lo dice, ni siquiera declara la nulidad de una manera expresa, pero resulta así del principio establecido por el art. 869. Las substituciones están prohibidas, con excepción de las disposiciones que permiten los arts. 1,043 y siguientes. Por tanto, cualquiera disposición que no se haga conforme á la ley, es una substitución y se le aplica, por lo mismo, el art. 896; lo cual conduce á la absoluta nulidad de toda la disposición. A lo opinan todos los autores, con excepción de Toullier en un caso particular, en el que es inútil insistir, por haber reconocido todo el mundo el error. (3)

532. Es menester, pues, aplicar los principios que hemos expuesto acerca de la nulidad de las substituciones (núms. 506-520). Si un testamento contiene varias disposiciones con obligación de conservar y restituir, una de ellas de acuerdo con la ley, y la otra contra ella, ¿será nulo en su totalidad el testamento? Si son distintas e independientes las disposiciones, la nulidad de una no será parte para que produzca su efecto la otra. (4) Pero si son

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 56, nota 73, y los autores que citan.

2 Ruán 23 de Junio de 1848 (Daloz, 1^{er}49, 2, 162).

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 39 y nota 12; Demolombe, t. 22, página 412, núm. 432. Compárese con Toullier, t. 3º, 1, pág. 404, número 729.

4 Compárese la denegada de 3 de Agosto de 1814 (Daloz, número 234).

indivisibles las disposiciones, no es posible aplicar el antiguo axioma: *Utile per inutile non vitiatur*; todas las disposiciones serán nulas. (1)

§ III. — CUÁLES BIENES PUEDEN SER SUBSTITUIDOS.

533. Los arts. 1,048 y 1,049 no permiten que se substituyan los bienes de que tienen derecho para disponer el padre ó la madre ó los hermanos. Cuando disponen el padre ó la madre, no hay más que una fracción del matrimonio que puede ser gravada con la carga de conservar y restituir; los hermanos pueden substituir todos sus bienes en no dejando descendientes. Por lo demás, puede darse lo disponible, ó en plena propiedad; de suerte que el ins tituido no tendrá el goce de la misma sino hasta que muera el usufructuario. Así se resolvió ya, y no cabe duda en ello; el art. 899 se aplica á las substituciones, tanto como á/cualquiera otra liberalidad. (2)

534. Si excede de lo disponible la disposición, se sujeta á reducir, conforme al derecho común. No há lugar á nulidad, porque la disposición no está viciada; no se convierte en substitución prohibida, sólo por haber gravado el disponente con substitución una parte de la reserva; la disposición es válida, salvo que sea excesiva. (3) Cuando un hijo único está gravado con substitución, puede pedir, si cree que es excesiva la disposición, que se justiprecien los bienes y se tome de la masa de ellos la parte reservada que debe quedar libre de substitución. (4)

535. ¿Puede el disponente, al dar la parte disponible, imponer la carga de conservar y restituir la reserva? In-

1 Denegada, 9 de Julio de 1851 (Daloz, 1851, I, 187).

2 Denegada, 7 de Febrero de 1831 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 307).

3 Duranton, t. 9º, pág. 524, núm. 533, y todos los autores.

4 París, 14 de Junio de 1836 (Daloz, palabra *Substitución*, número 370).

dudablemente no podría insertarse una cláusula así en una donación entre vivos, puesto que sería una renuncia, por parte del reservatario, del derecho de sucesión, y por tanto, un pacto que prohíbe el código. Pero los más de los autores admiten que puede insertarse esa condición en un testamento, por ser libre el reservatario, en el momento de comenzar su derecho, para hacer los convenios ó renuncias que él quiera. M. Demolombe ha discutido esta doctrina, diciendo que el heredero en reserva no puede renunciar un derecho establecido por interés público, y todo lo que mira á las substituciones es de orden público, y así no pueden las partes, ni en testamento, ni en donación, sujetar á la carga de conservar y restituir una parte de bienes mayor que la permitida por la ley. A primera vista parece contraria esta opinión al derecho que todo heredero tiene para disponer de la herencia como le parezca; si puede renunciarla en favor de sus hijos ¿por qué no habrá de poder obligarse á conservarla para ellos? No lo puede, porque la ley prohíbe las substituciones, limita el derecho de los padres para substituir, y no pueden ellos gravar con substitución más que la parte disponible; fuera de esos límites recobra su imperio la prohibición de substitución. ¿Se dirá que ese límite fué impuesto únicamente en favor de los reservatarios y que se les permite renunciar lo que está establecido en su favor? Respondemos que todas las condiciones, todas las restricciones que impone la ley á los padres que quieren substituir, son de orden público.

El legislador quiso impedir que se pusiera en condiciones de no poderse enajenar una gran parte del terreno y quedara así fuera del comercio; en ese sentido es de orden público el límite de lo disponible. Indudablemente el padre está en libertad de renunciar la herencia en favor de sus hijos; pero, en tal caso, quedan los bienes en el comer-

cio; las renuncias son de derecho común, siendo así que las substituciones están fuera de ese derecho. (1)

536. ¿Puede el que donó ó legó bienes sin carga de substituir, imponer en seguida al donatario ó legatario la obligación de conservarlos y restituirlos? Si se trata de un legado, está por demás decir que el testador puede modificar sus disposiciones por medio de un nuevo testamento; tal es el derecho común. Por el contrario, las donaciones son irrevocables; hechas sin carga de substituir, transmiten actual é irrevocablemente al donatario la propiedad de los bienes donados. Ciento es que el donante no puede quitar al donatario la propiedad plena que le dió, gravándola con la carga de conservar y restituir los bienes donados; pero puede hacerlo con consentimiento del donatario? El Estatuto de 1747 (tít. I, art. 13) la prohibía; es, dice Furgole, consecuencia de la irrevocabilidad de las donaciones. (2) ¿Está en ello el motivo del Estatuto? Cuando se dice que son irrevocables las donaciones, quiere esto decir que el donante no las puede revocar; pero el principio de irrevocabilidad está fuera del caso cuando el donante y el donatario están de acuerdo para agregar á la donación una cláusula que limita los derechos del donatario. En el principio relativo á las substituciones hay más bien que buscar los motivos que tuvo el Estatuto de 1747 para no permitir que se gravaran con la carga de restituir bienes que llegaron á ser propiedad absoluta del donatario. Aunque antiguamente eran permitidas, no se disimulaba que por más de cuatro aspectos se oponían al interés de la sociedad. Principalmente d'Aguesseau, autor del Estatuto, las hubiera abolido de buena gana; mas para ello

1 Demolombe, t. 22, pág. 415, núm. 435, y en sentido diverso, los autores que él cita. Hay un fallo de París, de 11 de Febrero de 1813, en favor de la opinión contraria, pero sin motivos (Daloz, n.º 330).

2 Furgole, *Comentario del Estatuto de 1747*, art. 13 (t. 7º, pág. 55).

habría sido menester una revolución política y social. Siempre tendrémos que las instituciones son esencialmente de orden público y, por lo mismo, están sujetas á límites que no puede traspasar el disponente. Se puede donar con carga de substitución; no se pueden gravar con esa carga los bienes que pertenecen al donatario, y los bienes donados han entrado á su dominio y no son susceptibles de ser substituidos más que lo son los otros bienes del donatario.

El código civil no reprodujo el artículo 13 del Estatuto; pero no siendo esa disposición más que aplicación de los principios generales, era inútil consagrarla, pues existe de derecho, como consecuencia de los principios relativos á las substituciones. Por otra parte, el código lo mantiene implícitamente al reproducir el artículo 16 del Estatuto que contiene una derogación del artículo 13; el 1,052 es reproducción casi literal del 16, y dice: "Si el hijo, el hermano ó la hermana ó quienes se hubiesen dado los bienes por acto entre vivos, sin carga de restitución, aceptan una nueva liberalidad hecha por acto entre vivos ó por testamento, con la condición de que los bienes precedentemente donados quedarán gravados con esta carga, no por eso les es permitido dividir las dos disposiciones hechas en su favor y renunciar la segunda para atenerse á la primera, aunque ofrezcan restituir los bienes comprendidos en la segunda disposición."

El artículo 1,052 deroga el principio que establece el Estatuto en su artículo 13. Conforme al rigor del derecho, una donación pura y simple no puede quedar convertida en substitución. Si el donante otorga nueva liberalidad al donatario, puede substituir los bienes que done; pero no puede, ni aun con el consentimiento del donatario, substituir los bienes que donó anteriormente. Si permite esto

la ley, es por la misma consideración de previsión que hizo admitir las substituciones permitidas. Un padre comienza por dar á su hijo una parte de su disponible; pero mirando que disipa los bienes ó que los emplea en especulaciones ruinosas, quisiera velar por los intereses de sus nietos, afectando con substitución los bienes donados. Puédelo haciendo una liberalidad con esa condición. Se necesita la aceptación de esa nueva liberalidad; toda aceptación debe ser aceptada y, en el caso, esa aceptación es esencial, puesto que el donatario se sujeta á una carga que altera su derecho de propiedad. Apícause los principios generales de la aceptación, puesto que la ley no los deroga. También por testamento puede hacerse la nueva liberalidad, pero será necesario que se acepte el legado que impone la carga. Si aceptó el donatario, la ley no le permite retractarse de su consentimiento; está, como dice Furgole, obligado por un quasi-contrato. Hay éste, conforme á la doctrina de los antiguos jurisconsultos, cuando acepta el legatario un legado gravado con carga; si es donación, hay contrato, pero contrato de naturaleza muy particular, puesto que modifica otro irrevocable.

El código no dice cuál será el efecto de la substitución con respecto á los terceros. Según el Estatuto de 1747 (artículo 17) la substitución no producía efecto más que desde el día de la aceptación. Si los autores del código no han reproducido esta disposición, es por ser inútil, pues no hay para qué decir que no puede existir una substitución que resulta de un contrato sino desde el momento en que conciernen los interesados. En cuanto á los derechos adquiridos para los terceros, son mantenidos. (1)

§ IV.—FORMALIDADES.

537. Conforme á los arts. 1,048 y 1,049, puede hacerse

1 *Comentario de Furgole al Estatuto de 1747* (t. 7º, págs. 73 y siguientes). Durantón, t. 9º, pág. 538, núms. 533-535.

la substitución por acto entre vivos ó por testamento. Es, pues, ella, un acto solemne que no existe sino cubiertas que sean las formalidades de la ley. Por lo que hace á éstas, nos remitimos á lo dicho ya acerca de las solemnidades de las donaciones y los testamentos.

La aplicación de este principio da lugar á una dificultad muy embarazosa. Toda liberalidad debe ser aceptada, como debe serlo también, expresamente, la donación, á menos que se haga en contrato de matrimonio (art. 1,087). Ahora bien, dos liberalidades contiene la substitución, una en favor del instituido y la otra en el del substituto. La primera quédala sujeta al derecho común. Mas ¿cómo aceptarán los substitutos? ¿Pueden aceptar seres todavía no concebidos? Y si no pueden, ¿cómo habrá donación? Cada intérprete da una explicación, lo cual prueba ya que se trata de una anomalía jurídica. Pothier imagina un quasi-contrato que forma la ley entre el donatario y el substituto. Esto quiere decir que el donatario está obligado á restituir los bienes al substituto, conforme á la ley y sin que se necesite la aceptación de éste. Pothier más bien que explicarle, establece el hecho. A decir verdad, no hay explicación que dar dentro del derecho común. Toullier recurre al natural y á la equidad. A tanto equivale confesar que son una anomalía las substituciones y que hay necesidad de aceptarlas tal como las consagra el legislador. (1)

§ V.—MEDIDAS DE CONSERVACIÓN

Núm. 1. Nombramiento de tutor.

538. Quiere la ley que haya un tutor para cuidar que se ejecute la substitución. Esta medida se establece de un

1 Véanse las diversas explicaciones que da Toullier, t. 3º, 1, página 406, núm. 735. Coin-Delisle, núm. 44 del art. 1,048; Marcadé, t. 4º, pág. 161, núm. 1 del art. 1,053. Demolombe, t. 22, pág. 418, núm. 44.

modo absoluto, sin distinguir si hay llamados, y si son mayores ó menores. Es necesaria para los hijos nacidos ya, tanto como para los que estén por nacer, para los mayores y para los menores. En efecto, las substituciones permitidas se hacen con un espíritu de desconfianza, por temor de que disipe los bienes el instituido; sin embargo, éste es el padre de los substitutos; y cómo se quiere que vean ellos mismos por sus intereses? Esto sería encargar á los hijos que vigilaran á sus padres. Importa, pues, que intervenga otro para resguardar los intereses de los hijos, sin lastimar el respeto que deben éstos á su padre. (1)

Esta tutela nada tiene de común con la ordinaria, la cual se da á la persona para encubrir su incapacidad; incapacidad que no tienen los substitutos á quienes se da un tutor. Esto es evidente cuando son mayores, pues siendo menores, tienen un protector legal que los represente en todos los actos de la vida civil. Síguese de aquí que no hay lugar á la tutela subrogada; el art. 420, que exige en todo caso de tutela un tutor subrogado, no es aplicable más que á la ordinaria. Por igual razón se admite que los substitutos no gozan de hipoteca legal en los bienes de su tutor. (2) Volveremos á ocuparnos de este punto.

539. ¿Quién nombra al tutor? Puede hacerlo el autor de la disposición, ora en el instrumento que la contiene, ora en otro posterior en forma auténtica. Esta última forma ha dado lugar á una dificultad que divide á los autores. Unos dicen que el art. 1,055 excluye el testamento ológrafo, y otros que puede hacerse en esa forma el nombramiento. Ciertamente la segunda opinión es más racional; si el tutor puede ser nombrado en el testamento ológrafo que contiene la substitución, ¿por qué no podía serlo en un ológrafo posterior? (3) Pero cómo conciliar esta interpre-

1 Demolombe, t. 22, pág. 440, núm. 462.

2 Duranton, t. 9º, pág. 550, núm. 563, y todos los autores.

3 Véanse en sentido diverso, los autores citados por Aubry Rau.

tación con el texto? ¿No equivale esto á borrar de la ley las palabras ó *por instrumento posterior en forma auténtica*? y puede el intérprete alterar el texto? Creemos que el objeto de esas palabras no es exigir un instrumento auténtico, sino permitir al testador que haga el nombramiento en instrumento auténtico sin sujetarse á las formalidades solemnes del testamento público. El código permite al disponente que nombre el tutor en el testamento ológrafo que establece la substitución; por lo mismo, puede hacerlo en otro posterior que será anexo al primero. Si el testador no sabe ó no puede escribir y hace la substitución en testamento público, podrá nombrar en seguida al tutor por un simple instrumento auténtico. Este es el sistema que sigue la ley en el art. 1,035, pudiendo interpretarse en el mismo sentido el 1,055, sin violentar la ley.

¿Puede no aceptar el tutor nombrado por el disponente? La ley asimila bajo este respecto, la tutela fideicomisaria á la ordinaria; el tutor no puede, pues, excusarse más que por una de las causas que admite la ley para la tutela de los menores (art. 1055).

540. "A falta de este tutor, dice el art. 1056, se nombrará uno á instancia del gravado ó de su tutor, si es menor, dentro de un mes contado desde el fallecimiento del donante ó testador, ó desde que, después de esa muerte, se haya tenido conocimiento del instrumento que contiene la disposición." La ley no dice quién nombrará el tutor. Admitese que esto lo hace el consejo de familia; pero preferiríamos la intervención de los tribunales, que ofrece más garantía que la de aquel consejo que todavía no se sabe cómo se formará, y, que, en todo caso, poco se interesará por el éxito de la substitución. Pero á falta de ley, es imposible reconocer competencia al tribunal. Conforme al

(t. 7º, pág. 42, nota 27), y por Demolombe, t. 22, pág. 444, número 467.

sistema del código, el consejo de familia es el que nombra el tutor, y en esto hay un argumento de analogía incontestable.

¿Cómo se formará el consejo de familia? Aun en esto debemos proceder por analogía. En favor de los substitutos se nombra al tutor, y así en la familia de los substitutos será menester buscar los miembros de aquel consejo. Pero puede suceder que no haya todavía llamados al morir el donante ó el testador; entonces forzosamente habrá que formar el consejo con parientes ó deudos del gravado. ¿Ante qué juez de paz se ha de reunir el consejo de familia? Cuando se trata de nombrar tutor á un menor, el consejo deberá reunirse en el juzgado de paz del domicilio del menor. En esto no hay analogía entre la tutela ordinaria y la fideicomisaria; el tutor se nombra no á menores incapaces, sino á la substitución, esto es, á los bienes, á la herencia; y es lógico que allí donde ésta se abra se reuna el consejo de familia. Tal es también lo que previene el código para cuando el nombramiento se pide por el ministerio público; el art. 1057 da ese encargo al procurador imperial adscrito al tribunal del lugar donde se abre la herencia. (1)

La ley deja al consejo de familia en absoluta libertad para escoger tutor. Sin embargo, debe no abusar de esa libertad el consejo, nombrando tutor al substituto; lo cual ya se ha dado, y prueba la confianza que se puede tener en los consejos de familia. ¿Se nombrará vigilante á aquel en cuyo interés se estableció la vigilancia? ¿se nombrará al hijo para que vigile al padre? Excusado es decir que tan extraño nombramiento fué anulado. (2)

541. ¿Cuándo se ha de nombrar el tutor? La ley que

1 Angers, 13 de Abril de 1852 (Daloz, 1852, 2, 213).

2 Angers, 17 de Junio de 1825 (Daloz, palabra *Tercer opositor*, número 148, 2º).

hemos transcripto (núm. 540) responde á esta pregunta. Y de ella resulta que no debe haber tutor en vida del donante; siendo la razón de esto que nadie tiene más interés y carácter que el autor de la disposición para cuidar de que se execute. El donante, pues, será quien sirva de tutor, y sólo cuando muera se nombrará otro.

542. Si el gravado no cumple con la obligación que le impone la ley de nombrar tutor, "caducará el beneficio de la disposición, y, en ese caso, podrá declararse abierto el derecho en favor de los llamados, á instancia de las personas que indica el art. 1,057." ¿Cómo se debe entender la palabra de la ley: *caducará*? Causa admiración que se dispute este punto, por lo menos entre los autores, porque la jurisprudencia nunca ha vacilado, sino que se ha estado al texto, y éste no da lugar á duda, es imperativo; declara la caducidad como pena por no observar la ley. ¿Se preguntará por qué la ley se muestra tan severa cuando no se trata más que de una simple formalidad? El tribunal de París responde que el tutor está colocado entre los padres y sus hijos para proteger los derechos de éstos. Tal protección debe comenzar desde que comience la administración de los gravados, pues podrían ocasionar un mal irreparable á los llamados si estuviese en sus facultades disponer de los valores muebles sin inspección y degradar los inmuebles sin la vigilancia que los sujeta. (1).

Sin embargo, no hay que exagerar el rigor de la ley. Hase pretendido que la caducidad era declarada por la ley, de modo que la habría de pleno derecho sin la intervención judicial; pero la jurisprudencia rechaza fundadamente esa interpretación. La caducidad es una pena, implica una falta, y ésta debe ser apreciada por el juez. Puede el gravado hallarse imposibilitado para obsequiar la

1 París, 29 de Mayo de 1841, y Denegada, 17 de Abril de 1843 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 363); Orléans, 9 de Abril de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 58).

ley, por residir en un país lejano cuando adquiere noticia de la muerte del disponente y se le hace saber la disposición, pudiendo no bastarle un mes para nombrar tutor. Alguna enfermedad ú otro accidente de fuerza mayor puede impedirselo. Creemos que debe irse más allá; no solamente no debe declararse la caducidad en caso de imposibilidad, sino que basta con que el gravado no haya incurrido en culpa, y necesariamente el tribunal tiene facultad para apreciar cuando se trata de imponer tan grave pena. (1)

De que la caducidad no tenga lugar de pleno derecho, resulta que los del gravado quedan en pie, á pesar de la falta que cometan; todos los actos que practique son válidos respecto de tercero, hasta el día en que judicialmente se declare la caducidad. (2)

543. El art. 157 añade: "Y en este caso podrá declararse abierto el derecho en favor de los llamados, á instancia, etc." ¿Quiere decir esto que de los tribunales depende la declaración de estar abierto el derecho? Sobre este particular, hay una nueva disputa que se ha reproducido en las resoluciones judiciales. La palabra podrá parece indicar una facultad, y de aquí se ha concluido que la caducidad es facultativa así como la apertura del derecho de los llamados. (3) La palabra podrá recibir aún otra interpretación; refiriéndose á las personas llamadas por la ley á pedir la apertura del derecho de los llamados contra el gravado negligente; esta interpretación concilia por sí sola el texto con los principios. Estando prevenida por la ley la cadu-

1 Bruselas, 21 de Junio de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, 1824, pág. 144). Sala de casación de Bélgica, 25 de Junio de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 1, 418). Compárese á Mourlon, t. 2º, pág. 420; Aubry y Rau, tomo 6º, pág. 43; Demolombe, t. 22, pág. 452, núm. 474.

2 Fallo precitado (nota anterior) de la sala de casación de Bélgica.

3 Colmar, 14 de Agosto de 1840 (Dalloz, núm. 364). En el mismo sentido, Grenier, Baseille y Troplong.

ciudad, debe pronunciarse desde que se incurre en culpa; y en favor de quién se declara? En el de los llamados; la caducidad debe tener, pues, como consecuencia, la apertura de su derecho. El art. 1,053 está concebido en el mismo sentido; expresa que los derechos de los llamados se abrirán en la época en que, *por cualquiera causa*, cese al goce del gravado; luego la caducidad de éste produce, como consecuencia necesaria, la apertura del derecho de los llamados. (1)

544. Hemos supuesto que hay dos llamados, pero puede no haberlos al morir el disponente, lo cual no impide que no se haya de declarar la caducidad. Pero es imposible, en ese caso, declarar abierto el derecho en favor de los llamados, puesto que no los hay. El tribunal deberá ordenar medidas de conservación en favor de los hijos que están por nacer. Se ha pretendido que los bienes substituidos debían volver á los herederos legítimos del disponente. Esto no es admisible; los herederos del disponente no se pueden aprovechar de una caducidad que les es ajena; no se declara sino en favor de los llamados, y sólo á ellos debe aprovechar. Si no hay llamados, ni nace algún hijo, caduca la substitución, y tal caducidad aprovecha naturalmente al instituto. La caducidad, en el caso de no haber llamados, es, pues, condicional. Si hay llamados, se declarará abierto en su favor el derecho, sin perjuicio de que el tutor cuide de los intereses de los hijos por nacer. (2)

545. Se pregunta si el gravado menor incurre en la caducidad que declara el art. 1,057? El 1,074 responde á esta pregunta. "Si el gravado es menor, no podrá, ni aun en caso de insolvencia de su tutor, ser repuesto contra la ine-

1. Orléans, 9 de Abril de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 58). Aubry y Rau, t. 6º, pág. 43, nota 29 y los autores que citan.

2. Durantón, t. 9º, pág. 554, núm. 567. Demolombe, t. 22, pág. 455, núms. 477 y 478.

jecución de las reglas que se le prescriben por los artículos de este capítulo." Con ser tan terminante la ley, todavía se discute el punto. Troplong, así como Coin-Delisle, resuelven que no caducará el derecho del menor; el tutor, dicen, es el culpable de negligencia, y no se puede hacer recaer sobre el menor una pena que no se ha declarado sino contra la persona misma del gravado. Y ¿qué se hace del artículo 1,074? ¿qué del artículo 450 que confiere facultad al tutor para representar al menor en todos los actos civiles? ¿qué del principio de que el menor no puede ser restituido contra la mala administración del tutor, cuando éste ha procedido dentro de sus atribuciones? La ley y los principios son de una certidumbre tal, que nos dispensa de insistir en este punto. [1]

546. ¿Quién provoca la caducidad del gravado? El artículo 1,057 no lo dice; indica las personas que deben pedir la declaración de apertura del derecho en favor de los llamados; esas mismas personas tienen también derecho á obligación de proseguir la caducidad, porque ésta no se declara sino para que se declare también abierto el derecho. Si los llamados son mayores, pueden obrar; si son menores ó están sujetos á interdicción, su tutor será el que obre. La ley añade ó el *curador*; pero es descuido en la redacción. En nuestro derecho moderno, los sujetos á interdicción lo están asimismo á tutela como los menores. El legislador debió prever que no obrarían los llamados, puesto que deberían obrar contra su padre. Hé aquí por qué la ley da á cualquier pariente de los substitutos, capaz ó no, derecho para provocar la caducidad del gravado, y faculta al procurador del rey para proceder de oficio.

1. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 44 y nota 30. Demolombe, t. 22, página 453, núm. 475. En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 543, núm. 6 del artículo 1,057; Troplong, t. 2º, pág. 294, núm. 2,263.

547. ¿Cuáles son las funciones del tutor? El art. 1,073 dice que debe practicar todas las diligencias necesarias para que sea bien y fielmente desempeñada la carga de restituir. Es responsable, dice la ley, si no cumple con esa obligación que le incumbe por la naturaleza misma de su encargo. La propia ley precisa lo que debe hacer tocante á las medidas de conservación, como son el inventario, la venta de los muebles, el empleo del numerario, la publicación del acto. Fuera de las disposiciones expresas del código, es difícil definir exactamente los derechos y obligaciones del tutor. Es un hecho que él no administra; el propietario lo es el gravado, quien puede ejecutar todos los actos de disposición y mayormente los de administración, sin que tenga facultad el tutor para intervenir en ellos. Su única misión está en vigilar por los intereses de los gravados, y debe practicar lo necesario, dice el artículo 1,073, para que los bienes se restituyan á los llamados. De modo que sólo puede obrar el tutor cuando un acto del gravado puede comprometer la restitución de los bienes; con razón se resolvió ya que no tenía el tutor facultad para dirigir por sí mismo y á pesar del gravado, acciones concernientes á los bienes substituidos; esto sería ponerse en lugar del propietario embarazar el ejercicio de la propiedad; facultad que la ley no le da al tutor. (1) Pero se resolvió también que el tutor tiene carácter para pedir que se empleen medidas propias para pedir la disposición de los bienes substituidos. (2) El derecho es cierto; al tribunal le toca resolver si el tutor hizo legítimo uso de él.

Núm. 2. Del inventario.

548. "Muerto el que haya dispuesto con carga de res-

1 Metz, 13 de Julio de 1865 (Daloz, 1865, 2, 126).

2 Caen, 12 de Junio de 1854 (Daloz, 1855, 2, 193).

tituir, se procederá, en la forma ordinaria, á inventariar todos los bienes y objetos que formen la herencia" (artículo 1,058). La ley obliga á hacer inventario á todos los que deben restituir los bienes que ellos administran; tales son los que obtuvieron la posesión de bienes de un ausente (artículo 1,126), los tutores (art. 451), los usufructuarios (artículo 600) y los sucesores irregulares que piden la posesión (art. 769).

Estos últimos son más que administradores, son propietarios; pero si se presentan herederos legítimos, están obligados á restituir los bienes. Sólo una garantía hay para esa restitución, el inventario; y estando encargados de conservar y restituir los bienes los instituidos con esta carga, la ley debió obligarlos á que hicieran inventario.

Por lo común éste no se refiere más que al mobiliario. El art. 1,057 quiere que se haga inventario de *todos los bienes* y objetos de la herencia; luego es preciso que el inventario comprenda hasta los inmuebles. Como sólo el disponible puede gravarse con substitución, casi siempre se compondrá de dos partes la herencia del disponente, que serán: la reserva y lo disponible; así es que se necesita que se inventarien todos los bienes, para que se sepa cuáles son reservados y cuáles substituidos. Si la substitución no recae más que sobre la parte disponible, si no tiene por objeto más que bienes particulares, no tiene el inventario razón de ser; por eso el art. 1,058 dice que no debe haber inventario cuando se trata de un legado particular. El legado mismo determinará suficientemente las cosas gravadas con substitución. Que si se hace por donación la substitución, debe el instrumento precisar igualmente la cosa donada y aun contener un estado estimativo para el mobiliario (artículo 948); la ley no prescribe esta formalidad para los legados de cosas muebles; con todo, importa que se pre-

sente un estado estimativo, para impedir su malversación ó su disipación.

Debe hacerse el inventario en la forma ordinaria, quiere decir, por instrumento autorizado, y debe contener el avalúo de los muebles y efectos muebles (art. 1,058). El inventario debe hacerse á instancia del gravado con la restitución. El art. 1,059 añade que debe procederse á él en el término señalado en el título de las *Sucesiones*, que es el de tres meses. Excusado es decir que no puede tratarse de los cuarenta días para deliberar, puesto que, en tal caso, no há lugar á deliberar; lo cual no es obstáculo para que el gravado reclame el término ordinario como heredero del disponente. El inventario debe formarse en presencia del tutor nombrado para la ejecución de la substitución; y así, debe llamársele para el efecto, sin perjuicio de ir adelante si no se presenta.

Si el gravado no hace inventario en el término legal, se procederá á él dentro del mes siguiente, á instancia del tutor y en presencia del gravado o de su tutor (art. 1,060). El art. 1,073 declara al tutor responsable de que no se cumpla con esta obligación.

Si ni el tutor ni el gravado proceden al inventario, la ley quiere que se haga á instancia de los parientes ó del procurador del rey, llamando para la diligencia al tutor y al gravado (art. 1,061).

Si á pesar de todas las precauciones de la ley deja de formarse el inventario, podrán los llamados probar el valor y calidad de los bienes, por testigos y aun por la fama pública. La ley admite esta última prueba contra los que teniendo obligación de hacer inventario no le hacen por negligencia ó dolo (art. 1,415). La misma razón milita respecto del gravado. (1)

1 Aubry y Rau, t. 6º, págs. 45 y siguientes. Demelombe, t. 22, pág. 464, nñms. 483-494.

Tal es la opinión común; volveremos por otra parte á la cuestión de principio.

Núm. 3. Venta de los muebles.

549. El art. 1,062 dice: "El gravado con restitución estará obligado á hacer que se proceda á la venta de todos los muebles y efectos comprendidos en la disposición." Conforme al art. 1,065, el gravado debe emplear el dinero procedente de la venta. Esto implica el motivo por el cual la ley prescribe que se vendan los muebles. Los objetos muebles se deprecian con el tiempo y con el uso que de ellos se hace, además de que se malversan y se disipan con una facilidad que sería funesta para los llamados; no habría más que un medio para garantizar la conservación y restitución de la parte mueble, que sería el de vender los muebles y emplear el precio de la venta.

¿Qué muebles deben venderse? El art. 1,062 dice: "todos los muebles y efectos comprendidos en la disposición, excepto los que se mencionan en los arts. 1,063 y 1,064. ¿Deberá concluirse de aquí que deben venderse los muebles incorpóreos? No, porque su venta carecería de objeto; los derechos no se deprecian con el tiempo, y después de vender habría que colocar de nuevo el numerario; vale más mantener la colocación hecha por el difunto. Hay un ligero motivo para dudar: la ley dice *muebles y efectos*; la palabra *muebles* comprende los corpóreos; si, pues, añade la ley "y los *efectos*," esto debe ser para designar los valores que ordinariamente se designan en esa expresión. Mucho sería la fuerza de la objeción si no tuviésemos otros artículos que oponer al 1,062; los 1,065 y 1,066 prescriben que se emplee lo que se haya *recibido* de los *efectos activos*; supone, pues, la ley que esos efectos no están vendidos, que están reembolsados, como lo dice el art. 1,066. Esto nos parece decisivo. Los términos del art. 1,062 contienen una

de esas redundancias que se ven tan frecuentemente en el uso y, por consiguiente, en la ley. (1)

550. El art. 1,062 admite dos excepciones á la obligación que impone la ley al gravado de vender los muebles. Por principio de cuentas, el autor de la disposición puede declarar que se conserven los muebles en especie, ora en favor de los llamados si se trata de una colección de libros ó objetos de arte, ora en favor del gravado si el disponente quiso dejarle el uso de un mobiliario que adorna una casa de habitación. Tal dispensa de vender ó tal obligación de conservar en especie debe ser expresa, porque es una excepción de una regla fundamental, excepción que disminuye más ó menos ó altera los derechos de los llamados. En efecto, éstos recibirán los bienes conservados en especie en el estado que guarden al hacerse la restitución, y, en consecuencia, deteriorados por el uso ó por el tiempo. Hay que añadir al art. 1,063 la restricción de que el gravado responde por su dolo y por su culpa; tiene derecho de usar no de destruir, puesto que debe conservar. El artículo 589 hace esa restricción en cuanto al usufructuario, y la misma razón hay respecto del gravado con substitución; aunque sea propietario, debe, no obstante, conservar la cosa para restituirla á los llamados, y así no puede abusar de ella más que el usufructuario. (2)

551. La segunda excepción la establece el art. 1,064. "Los ganados y útiles que sirvan para dar valor á las tierras se estimarán comprendidos en las donaciones entre vivos ó testamentarias de las dichas tierras." Esta disposición era una innovación introducida por el Estatuto de 1747 en el derecho antiguo, en provecho de la agricultura; la excepción llegó á ser de derecho común, conforme al ar-

1 Demolombe, t. 22, pág. 472, núms. 495-496.

2 Coin-Delisle, pág. 546, núm. 1 del artículo 1,063. Demante, tomo 4º, pág. 442, núm. 225.

tículo 524 que ensanchó aquella disposición inmobilizando los objetos muebles que el propietario de un fundo coloca en él para servir y explotar el mismo fundo, lo cual comprende no sólo el interés de la agricultura, sino también el de la industria. (1) Los objetos inmobilizados por tener un uso agrícola ó industrial, se comprenden en el legado del fundo, porque son accesorios de éste, con el cual forman un solo cuerpo; el art. 1,018 lo dice del legado, y el mismo principio es aplicable á la donación.

El art. 1,064 añade: "El gravado sólo estará obligado á hacer que se justifiquen los ganados y útiles para *darles igual valor* al restituirlos." ¿Qué es lo que debe restituir el gravado? Ateniéndonos á la letra de la ley podríamos sostener que sólo está obligado á restituir un *valor igual* al que recibe. El Estatuto de 1747 decía que el gravado debía restituir los animales y útiles de un *valor igual*; lo cual es mucho más lógico. Todos los intérpretes enseñan de común acuerdo que el código debe entenderse en el mismo sentido. Para esto hay una razón que nos parece decisiva. El gravado, en el caso del art. 1,064, no recibió objetos muebles, sino un inmueble con objetos muebles inmobilizados por su destino agrícola; debe, pues, conservar y restituir, no muebles, sino el fundo agrícola tal cual le recibió, es decir, el fundo con los ganados y los utensilios.

¿Qué debe decirse cuando es un fundo industrial el gravado con substitución? Enseñan que el art. 1,064 es una excepción, y las excepciones no se pueden extender. Hay excepción, dicen, en el sentido de que el gravado debe restituir ganados y utensilios del mismo valor, mientras que, conforme al art. 1,063, debe restituir los muebles que tiene derecho de conservar en especie, en el estado en que se

1 Véase el tomo 5º de mis *Principios*, pág. 638, núm. 433.

hallen al hacerse la restitución. (1) Esto es raciocinar mal, á nuestro entender; el art. 1,064 no es aplicación ni derogación del 1,063, sino consecuencia del 524, y así aplicación de un principio de derecho común. Tal principio debe aplicarse á todo caso, á la inmobilización industrial, lo mismo que á la agrícola; la razón legal es idéntica. Lo mismo sucedería con los objetos inmovilizados por incorporación ó por estar adheridos de una manera perpetua; no son aplicables los arts. 1,062 y 1,063, porque el gravado no recibió objetos muebles, sino inmuebles que debe conservar y restituir á los llamados.

552. El Estatuto de 1747 permitía otra excepción: los jueces podían ordenar, á petición del gravado, que retuviera los muebles en todo ó en parte, sin perjuicio de imputarlos á las extracciones que tuviera que hacer conforme á la estimación que expresara el inventario (tit. II, artículo 9). ¿Es necesario admitir todavía esa excepción? Es la opinión unánime de los autores. (2) Es un hecho que el legislador debió haber mantenido lo dispuesto por el Estatuto: se economizan los gastos de la venta, y los intereses de los llamados están garantizados por la intervención del juez. Pero los autores del código tenían á la vista esa excepción y no la reprodujeron; el art. 1,062 limita expresamente las excepciones á las previstas por los arts. 1,063 y 1,064. Esto es decisivo. Acaso el legislador temió que el precio dado en el inventario fuera superior al valor real, lo cual perjudicaría los derechos de los interesados, si hubiese podido conservar el gravado los muebles en aquel precio. Después de todo, si se atiene á él, puede comprar-

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 443, núm. 226 bis 2º, seguido por Demolombe, t. 22, pág. 478, núm. 504.

2 Toullier, t. 3º, 1, pág. 417, núm. 763, y todos los autores. Comparese á Furgole respecto del Estatuto de 1747, t. 7º, págs. 323 y siguientes.

los en la subasta pública que se haga, y los substituidos ganarán, puesto que la concurrencia del gravado hará que se vendan tanto más caros los objetos.

553. El art. 1,062 quiere que la venta se haga en subasta pública, porque la publicidad asegura la concurrencia y es garantía contra el fraude. ¿Será preciso que se haga la venta en presencia del tutor? La ley no lo exige, y si ordena que el tutor asista al inventario y que se haga el gasto en su presencia y a instancia suya (arts. 1,059 y 1,068). El silencio del código parece, pues, resolver la dificultad. Seguramente creyó el legislador que sería inútil que estuviera presente el tutor á la hora de la venta, por ser suficiente garantía la publicidad. Sin embargo, el tutor puede intervenir en virtud de su encargo; el art. 1,073 le hace también responsable si no se sujetá a la ley para la venta del mobiliario, á pesar de que ninguna regla contiene la ley á este respecto. Algo hay, pues, de sobreentendido. Desde luego el tutor puede asistir á la venta, y después debería promoverla si no lo hiciera el gravado. Este es el punto esencial, é indudablemente el art. 1,073 alude á esa obligación. (1)

Núm. 4. Empleo del numerario.

554. La ley prescribe la venta de los muebles para que se emplee el numerario, queriendo también que se haga ese empleo del dinero efectivo, así como del que proceda de los efectos activos que se puedan recobrar, lo mismo que del pago de rentas (arts. 1,065 y 1,066). Esta es la garantía más necesaria para los llamados, porque el numerario es el que está en mayor peligro de disiparse.

El código prescribe un término muy corto para emplear el numerario: el gravado debe proceder á ello dentro de

1 Compárese á Coin-Delisle, pág. 546, art. 1,062, núm. 3. Toullier, t. 3º, 1, pág. 415, núm. 758.

seis meses contados desde la conclusión del inventario por lo que hace al dinero efectivo y al que es producto de la venta de los muebles. El art. 1,065 añade: "y de lo que se hubiere recibido de efectos activos." Aquí no se trata de recobrar esos efectos, puesto que ese caso está previsto por el artículo 1,066; no se puede tratar, pues, más que de los intereses á pagos parciales hechos por los deudores. En cuanto á los capitales colocados, recobrados ó reembolsados, la ley concede cuando más tres meses para emplearlos, contado ese plazo desde el día en que los hubiere recibido el gravado. La ley permite que se prolongue el término que concede el art. 1,065; no habla de una prolongación del término de tres meses; por el contrario, los términos del art. 1,066 parecen excluirle, puesto que quiere se haga el empleo en tres meses *cuando más tarde*. (1) Si el gravado no encuentra empleo para los capitales en los términos de la ley ó no busca ese empleo, deberá compelerle el tutor á que los deposite en la caja de depósitos y consignaciones. (2)

555. ¿Cómo se hará el empleo? Punto de la mayor importancia es éste, puesto que capitales mal empleados son dinero comprometido ó perdido. La ley quiere ante todo que la colocación se haga con arreglo á lo que haya ordenado el autor de la disposición; si designó la naturaleza de los efectos en que se debe emplear el numerario, habrá que ceder su voluntad. Por previsión hace el disponente la substitución; por lo mismo, debe suponerse que habrá prescripto la colocación más segura y ventajosa. Si nada prescribió sobre esa colocación no se podrá hacer más que en inmuebles ó con privilegio sobre los mismos (art. 1,067).

¿Qué se entiende por colocación con privilegio sobre in-

1 Duvergier comentando á Toullier, t. 3º, 1, pág. 416, nota a. En sentido contrario, Demolombe, t. 22, pág. 481, núm. 507.

2 Coin-Delisle, pág. 547, núm. 2 del artículo 1,065.

muebles? Sólo dos maneras hay de colocar con privilegio, que son: comprar créditos privilegiados, ó pagarlos con subrogación (arts. 2,112 y 2,103, 2.^o y 5.^o) Puede suceder que sea imposible para el gravado encontrar una colocación con privilegio; y como nadie está obligado á lo imposible, será menester contentarse, en ese caso, con una colocación con hipoteca en primer grado, que tiene la misma ventaja. (1) Si no se encuentra la colocación conforme al texto ó al espíritu de la ley, ¿podrá el gravado ocurrir al tribunal? Así lo dicen. (2) Esto es olvidar que la misión de los jueces consiste en resolver las controversias y no en administrar; no podrían intervenir mientras no hubiera conflicto entre el gravado y el tutor; fuera de ese caso, carecen de jurisdicción.

556. El art. 1,068 dice: "El empleo ordenado por los artículos precedentes se hará en presencia y á petición del tutor nombrado para la ejecución." Y conforme al artículo 1,073, el tutor es responsable si no se sujeta *en todo* á las reglas establecidas para el empleo de los capitales. Dicen que el tutor no será responsable más que de las faltas que tengan cierta gravedad y respecto de las cuales no tenga excusa, y fundan esta indulgencia en que el tutor desempeña oficios gratuitamente. (3) Hay en esto una tendencia á disminuir la responsabilidad humana; pero es un error, porque la responsabilidad es la base del orden moral. Preferimos la doctrina rigurosa del código; todo deudor está obligado á la culpa leve (art. 1,137); y la ley aplica esta responsabilidad aun al tutor ordinario cuyas funciones son más difíciles que las del tutor de una substitución, y sin

1 Duvergier comentando á Toullier, t. 3^o, 1, pág. 416, nota 6. Durantón, t. 9^o, pág. 560, n.º 574.

2 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 47, nota 38. Dijón, 16 de Agosto de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 239).

3 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 47, nota 37. Dijón, 16 de Agosto de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 239).

embargo también son gratuitas (art. 450). Es menester estar se á la regla, puesto que ninguna excepción introduce la ley en ella.

Núm. 5. Publicidad.

557. El código quiere que se hagan públicas las substituciones en favor de los terceros que traten con el gravado; los bienes de éste son la garantía de sus acreedores, pero éstos no pueden contar con los bienes comprendidos en la substitución, puesto que el gravado los debe restituir á los llamados. También los terceros adquirentes están interesados en conocer los bienes substituidos, puesto que la adquisición que de ellos hicieran estaría sujeta á resolución en abriéndose la substitución.

El art. 1,069 arregla el modo de publicidad, y está concebido así: "Las disposiciones por acto entre vivos ó por testamento y con carga de restitución, se harán públicas á instancia ya del gravado ya del tutor nombrado para la ejecución; á saber: en cuanto á los inmuebles, por la transcripción de los instrumentos al registro público de hipotecas del lugar donde estén situados; y en cuanto á las cantidades colocadas con privilegio sobre inmuebles, por la transcripción de los bienes efectos al privilegio."

Se ve que la publicidad no recae más que sobre los inmuebles instituidos y sobre los capitales colocados. Regularmente esto comprende toda la substitución, puesto que los muebles deben venderse y los capitales colocarse con privilegio. Unicamente por excepción conserva el gravado los muebles que debe restituir; el legislador debió haber prescripto para ese caso la publicidad, aun respecto de los muebles substituidos, por no poder contar con ellos los terceros acreedores; en cuanto á los compradores, están á cubierto de la reivindicación, siendo de buena fe, conforme á la regla del art. 2,279.

558. La ley prescribe el registro de los instrumentos entre vivos ó testamentarios que contengan una substitución de inmuebles. ¿Qué debe decirse de las adquisiciones de inmuebles hechas á título de empleo conforme al artículo 1,067? Que deben registrarse conforme á la regla general establecida por nuestra ley hipotecaria (art. 1); mas para que el registro dé á conocer que el inmueble está substituido, es menester que el instrumento exprese que la adquisición se hizo con dinero substituido. Así lo enseñan los autores, pero la ley debió haber hecho de esta doctrina una disposición formal. (1)

En cuanto á los capitales colocados con privilegio, se hace la publicidad mediante el registro de los inmuebles afectos al privilegio, ó, en su caso, á la hipoteca. Si se trata de créditos hipotecarios ó privilegiados comprendidos en la substitución, se reducirá el registro á la anotación del instrumento que los substituya, al margen de los registros ya hechos. Si se trata de colocaciones hechas por el gravado, la inscripción que haga él conforme á la ley hipotecaria, deberá contener la enunciación de la substitución. (2)

559. La publicidad, que en el antiguo régimen y aun vigente el código civil era una excepción, casi llegó á ser regla general en Belgica, á virtud de la ley hipotecaria de 16 de Diciembre de 1851, y en Francia á virtud de la ley de 23 de Marzo de 1855 relativa al registro. De allí la cuestión de si las nuevas leyes han abrogado las disposiciones del código sobre publicidad de las substituciones. La ley francesa zanja la dificultad de una manera terminante (art. 11): "No quedan derogadas las disposiciones del código Napoleón relativas al registro de instrumentos

¹ Durantón, t. 9º, pág. 562, núm. 575 y todos los autores.

² Aubry y Rau, t. 6º, pág. 47, nota 40. Demolombe, t. 22, página 489, núm. 583.

que contengan donación ó disposición con carga de restituir, sino que continuarán en vigor." La ley belga no contiene alguna disposición análoga; y de aquí han concluido que el sistema general de publicidad organizado por la ley hipotecaria, ha quedado en lugar de la publicidad excepcional del código civil. (1) Por esto nos remitimos al título de las *Hipotecas* para todo lo relativo á la publicidad de las substituciones, como nos remitimos para lo relativo á la publicidad de las donaciones. Hagamos constar tan sólo que la ley hipotecaria no sujeta á publicidad más que los actos entre vivos que son translativos de derechos reales inmuebles; mientras que el código civil prescribe el registro de las substituciones hechas, ora por testamento, ora por donación; la razón es, efectivamente, la misma, y bajo este concepto no hay derogación del código.

Núm. 6. Responsabilidad del tutor y del gravado.

560. Hemos citado ya el art. 1,073, que declara al tutor personalmente responsable si no cumple con las obligaciones que la ley le impone. A nuestro juicio, es ésta la responsabilidad general que incumbe á todo deudor, en especial al tutor ordinario (núm. 556). (2)

561. El código no dice terminantemente que el gravado sea responsable, ni tenía para qué decirlo, puesto que la responsabilidad es regla general sin excepción. El art. 1,074 consagra implícitamente esta regla en cuanto al gravado, diciendo que si éste es menor no podrá, ni aun en caso de insolvencia de su tutor, ser restituido contra la inejecución de las reglas que le prescribe la ley. Es, pues, responsable, y si es menor se aplica el principio de que el hecho del tutor lo es del menor, á salvo el recurso de éste contra el tutor.

1 Martou, *Comentario á la ley de 16 de Diciembre de 1851*, t. 1º, página 92, núm. 72.

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 50, pfo. 696.

§ VI.—DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL GRAVADO.

Núm. 1. Derechos del gravado antes de abrirse la substitución.

562. Pothier dice que esta materia se reduce á estos tres principios:

1.º El heredero á otro gravado con substitución es, antes de la apertura, el único propietario de los bienes substituidos.

2.º Este derecho de propiedad que tiene en los inmuebles substituidos no es propiedad inconmutable, sino *resoluble* en favor del substituto, por caducar la *condición* que debe dar apertura á la substitución.

3.º El substituto, antes de abrirse la substitución, no tiene derecho alguno formado con relación al objeto substituido, sino una simple esperanza. (1)

Estos principios se profesan aun bajo la vigencia del código civil; los autores y los tribunales dicen que el gravado es propietario de los bienes substituidos bajo condición resolutoria. Que el gravado es el propietario, es evidente, por ser donatario ó legatario de los bienes gravados con substitución; mas la donación y el legado son actos translativos de propiedad (art. 711¹). Poco importa que el gravado no sea propietario sino bajo condición resolutoria, porque ésta no impide la translación de la propiedad, ni suspende la existencia, sino solamente la resolución de la donación ó del legado; mientras la condición está en suspenso, el derecho del donatario ó del legatario es puro y simple, y, por consiguiente, él es propietario.

¿Es cierto que el gravado sea propietario bajo condición resolutoria? Pothier lo dice, y lo mismo dicen los autores

1. Pothier, *De las substituciones*, núm. 153.

y la jurisprudencia. (1) Esto no es exacto. Si el gravado fuese propietario resoluble, se desvanecería su derecho como si nunca hubiese existido al realizarse la condición; sería una donación condicional ó un legado condicional, en el sentido de que la resolución : niquilaría la institución; de suerte que no habría más que una liberalidad, la hecha al substituto. Sin embargo, tal cosa es imposible, pues lo que caracteriza la substitución es que hay dos liberalidades que producen su efecto sucesivamente; y si hay dos liberalidades, hay dos transmisiones de propiedad y, por consiguiente, dos propietarios. Pothier dice con razón que el hecho del gravado no es incommutable; esto es evidente, puesto que debe restituir los bienes substituidos; pero de que deba restituirlos no se sigue que se estime no haberlos poseído nunca; la carga de restituir no es resolución.

¿Qué es, pues? y tendrémos que decir con M. Demolombe que el derecho del gravado es una propiedad á tiempo? (2) Tampoco esto es exacto, porque si el gravado fuese propietario á tiempo, tendría derecho de enajenar definitivamente y subsistirían todos los actos de disposición ejecutados por él, mientras que esos actos vienen abajo al abrirse la substitución. Hé aquí un efecto de las substituciones, que ha hecho creer en la resolución del derecho del gravado. A decir verdad, ese derecho es de una naturaleza completamente particular; no es ni á tiempo ni resoluble, y es menester estarse á la definición del art. 896: el gravado es propietario, pero con obligación de restituir los bienes á los substitutos; resultando de ello que no pue-

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 407, nñun. 736, y todos los autores (Aubry y Rau, t. 6º, pág. 50, nota 51; Demolombe, t. 22, pág. 519, nñúme-
ro 550). Metz, 13 de Julio de 1865 (Daloz, 1865, 2, 126); Casación,
20 de Enero de 1840 (Daloz, palabra Registro, nñum. 3904).

2 Demolombe, t. 18, pág. 99, nñum. 94.

de disponer de los bienes en perjuicio de éstos, pero no que el derecho del gravado quede resuelto.

563. Del principio de que el gravado es propietario se sigue que puede enajenar y disponer de cualquiera otra manera. Lo contrario se resolvió en París al confirmarse un fallo del tribunal del Sena; pero el de París volvió á esa jurisprudencia invalidando una resolución que el inferior pronunció en igual sentido. El tribunal se engañó. De que el gravado haya encargado conservar y restituir los bienes, concluyó que la substitución importa virtualmente prohibición de enajenar, ya por vía de venta, ya por vía de cambio, porque nada, dice, había de ser más contrario á la obligación de conservar que la enajenación que el gravado hiciera. Aparentemente, sí; pero en realidad, no. Si la substitución no se abre, el gravado ha sido siempre propietario incombustible, y ha conferido derechos incombustibles al adquirente. Si se abre, puede el substituto reivindicar los bienes que está encargado de restituirle el gravado. ¿Se dirá que la reivindicación será ilusoria, por poder el tercero adquirente oponer á los llamados la prescripción? El art. 1,180 responde á la objeción; los llamados tienen un derecho condicional, pudiendo, por lo mismo, ejecutar todos los actos de conservación y particularmente interrumpir la prescripción. Tal es el deber del tutor, y basta con eso para resguardar los derechos de los substitutos, quienes no pueden ni atacar ni cuestionar acerca de la enajenación, mientras no se abra la substitución. (1)

En su primer fallo, dijo el tribunal de París que el gravado no puede hipotecar los bienes substituidos; que éstos no son garantía para los acreedores, y que no puede hacer

1 París, 25 de Julio de 1850 (Daloz, 1851, 2, 170). Aubry y Rau, t. 6º, pág. 50 y nota 52. En sentido contrario, París, 12 de Enero de 1847 (Daloz, 1857, 2, 61).

directamente por una venta lo que no podría hacer indirectamente concediendo una hipoteca. La argumentación peca por su base. ¿Dónde se ha dicho que el gravado no pueda hipotecar? Un propietario puede hacerlo, aunque sea resoluble su derecho, salvo que se resuelva la hipoteca si se resuelve el derecho del otorgante (art. 2,125). Esto es elemental; mas el gravado es más que propietario resoluble, es propietario con obligación de restituir. De donde resulta que ninguna garantía ofrecen á los terceros los actos de propiedad que él ejecuta, y en este sentido se dice que los bienes substituidos están fuera del comercio. Pero no es menos indiscutible el derecho de hipotecar, lo mismo que el de enajenar.

564. Se pregunta si los bienes substituidos pueden enajenarse ó hipotecarse definitivamente en el caso de que sea necesaria la venta, por ejemplo, para pagar las deudas que gravan la substitución, para impedir la expropiación forzosa y los gastos ruinosos que ocasiona. Antiguamente enseñaban la afirmativa, y todavía la admiten bajo el imperio del código, aunque con alguna vacilación. (1) En efecto, hay un motivo para dudar. El legislador debió haber permitido la enajenación de los bienes substituidos y su hipoteca, por causa de absoluta necesidad ó de evidente utilidad, como lo permite respecto de los bienes de menores; pero no lo hizo. ¿Puede el intérprete llenar ese vacío? Lo dudamos. Esto sería una derogación del derecho de propiedad de los llamados, una excepción de la carga de conservar y restituir. Todos convienen en que serían menester garantías para los llamados, condiciones y formalidades que resguardaran sus intereses. ¿Cuáles son esas garantías? ¿Co-

1. Véase en sentido diverso, á Duranton, t. 9º, pág. 573, núm. 590. Coin-Delisle, pág. 531, núm. 32 de los artículos 1,048 á 1,051; Demolombe, t. 22, pág. 532, núm. 561; Marcadé, t. 4º, pág. 162, núm. 2 del art. 1,053. Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, página 431, núm. 213 bis, 5º.

rresponde á los intérpretes prescribirlas? Nô, por cierto, que esa es misión del legislador. Pero los autores no están de acuerdo, cosa inevitable cuando la ley nada dice. Unos dicen que debe aplicarse el art. 457 por analogía, y admiten que los bienes substituidos pueden venderse é hipotecarse por necesidad absoluta ó evidente utilidad. Otros no se atreven á tanto, y opinan que sólo en caso de necesidad puede enajenar ó hipotecar el gravado. Lejos de ser completa está la analogía. En el caso del art. 457, los únicos interesados son los menores, y la ley prescribe formalidades que los protejan. En nuestro caso, por el contrario, hay dos propietarios, y el interés de los gravados está en conflicto con el de los llamados. No hay consejo de familia que limite los derechos del gravado, no hay condiciones ni formalidades. ¿Se dirá que toca á los tribunales resolver? Este es sistema extralegal que no se funda en nuestras leyes. El juez no tiene misión de formar la ley, ni encargo de administrar; si interviene para autorizar ciertos actos que interesan á los menores, es á virtud de la ley; cosa que no podría hacer guardando silencio ésta. Creemos que tampoco puede hacer otro tanto en caso de substitución.

565. ¿Cuáles son los derechos de los acreedores á los bienes gravados con substitución? Los acreedores del disponente, cuando se hace la substitución por testamento, tienen un derecho de garantía á los bienes substituidos, garantía que no puede quitarles el disponente, aun cuando declarara que no eran susceptibles de posesión las rentas ni los intereses. Síguese de aquí que los acreedores pueden entrar en posesión de los bienes, y deberán ser colocados sin que tengan derecho los substitutos de formalizar oposición. Los acreedores no necesitan ni aun pedir la separación de patrimonios, porque no debe pedirse tal separación más que contra los acreedores del heredero (ar.

título 878); y en el caso, hay conflicto entre los acreedores del difunto y los llamados. Estos no tienen derecho á los bienes substituidos sino deducidas las deudas. Es el derecho común. El tribunal de París lo descubrió al ordenar que no se verificaría la colocación de los acreedores sino cuando muriera sin hijos el gravado; su resolución fué casada. (1)

En cuanto á los acreedores del gravado, pueden igualmente ser puestos en posesión de los bienes substituidos, á menos que la venta que se efectúe á su petición pueda perjudicar los derechos de los llamados; el gravado no puede enajenar indirectamente contrayendo deudas, más que pudiera hacerlo directamente, puesto que debe conservar los bienes para restituirlos. Se ha pretendido que los acreedores del disponente podían separar á los del gravado sin pedir la separación de patrimonios. Fundábase tan extraña pretensión en un motivo aun más extraño, y era el de que habiendo sido establecida la substitución en favor de los hijos por nacer, y siendo necesariamente herederos beneficiarios éstos, existía de pleno derecho la separación de patrimonios, en virtud del beneficio de inventario. La sala de casación desechó tan malas razones; el derecho de los acreedores del gravado no puede estar subordinado al de los del difunto si no es que pidan éstos la separación de patrimonios. Este es el derecho común no derogado por la ley. (2)

566. ¿Pueden transigir los gravados respecto de los bienes comprendidos en la substitución, con el efecto de que se pueda oponer la transacción á los llamados? A nuestro juicio, no. El Estatuto de 1747 autorizaba al gravado para transigir, pero la transacción no tenía efecto contra los

1 Casación, 17 de Marzo de 1856 (Daloz, 1856, I, 152).

2 Denegada, 5 de Mayo de 1830 (Daloz, palabra *Substitución*, número 394).

substitutos sino después de autorizada por los parlamentos (tít. II, art. 53). El código no reprodujo esta disposición. Admitese, en lo general, que se debe aplicar por analogía el art. 467, relativo á las transacciones en que son interesados los menores; pero no están de acuerdo los autores en cuanto á si deben observarse todas las formalidades del art. 467, y es imposible que se lleguen á poner de acuerdo. Hay un vacío en la ley, y no corresponde á los intérpretes el llenarle. (1)

567. ¿Tiene derecho el gravado de ejecutar actos administrativos, tales como arrendamientos, con el efecto de que se les puedan oponer á los llamados? Antiguamente aplicábanse á los arrendamientos los principios relativos á los actos de disposición ejecutados por el gravado; si se abría la substitución caían los arrendamientos con el derecho del que los había consentido. Thévenot estableció muy bien esta doctrina. Los arrendamientos son válidos, dice, puesto que el gravado tiene la propiedad y el goce de los bienes substitutos; pero deben cesar cuando cese el derecho del arrendador. ¿En virtud de qué principio los llamados tendrán obligación de mantener los arrendamientos celebrados por el gravado? No son ni sucesores universales, ni siquiera á título particular del gravado, puesto que no reciben la propiedad de manos de éste sino del substituyente. ¿Se dirá que el gravado es mandatario de los llamados? No recibe él ese mandato ni de la ley ni de la voluntad de los supuestos mandantes; y así ningún vínculo, ninguna obligación hay por parte del substituto para con el inquilino ó locatario. (2)

Los autores modernos enseñan que pueden oponerse á los substitutos los arrendamientos que hubiere consentido

1 Véase más arriba el número 564 y los autores citados por Aubry y Bau, t. 6º, pág. 53, núm. 57.

2 Thévenot, pág. 228, núms. 667 y 701.

el gravado; pero no están de acuerdo ni en cuanto á los motivos para resolver ni en cuanto á efecto de los arrendamientos. Según unos, el derecho del gravado se funda en el art. 595 que permite al usufructuario celebrar arrendamientos por nueve años obligatorios para el nudo propietario; con mayor razón, dicen, debe tener ese derecho el gravado, puesto que es más que usufructuario, es propietario. La razón, bajo el aspecto de los principios, es mala. Efectivamente, el art. 595 deroga los principios generales, y toda excepción es de estricta interpretación. El legislador debió haber concedido al gravado el derecho de celebrar arrendamientos obligatorios para los llamados, pero no lo hizo, y así quedan subsistentes esos principios que en el derecho antiguo se seguían. Otros invocan el art. 1,673 que mantiene los arrendamientos celebrados por el comprador cuando el vendedor hace uso del pacto de retroventa. Pero el art. 1,673 es también excepcional, como lo veremos en el título de la venta. (1) Esto resuelve la cuestión.

568. Del principio de que antes de abrirse la substitución el gravado es verdadero y único propietario de los bienes substituidos, deduce Pothier, por consecuencia, que las acciones activas y pasivas de la herencia residen en su sola persona; siguiéndose de aquí que el gravado puede exigir el pago de los créditos debidos á la herencia, pues los deudores quedan legalmente libres con pagarle á él. El código no exige el concurso del tutor, sino que únicamente prescribe que se emplee el dinero, pero no obliga á los deudores á cuidar de que se haga ese mismo empleo; de modo que el pago siempre sería válido aun cuando no se colocaran los capitales.

1. Véanse, en sentido diverso, los autores citados por Demolombe t. 22, pág. 537, núm. 566, y por Dalloz, palabra *Substitución*, número 398. Compárese lo resuelto en Donai, 18 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 20).

Pothier dice que el tutor puede embargar y retener en poder de los deudores lo que deban como precio de los bienes que se hubieren vendido por causa de necesidad, así como las rentas activas. Si, en caso de embargo, no pueden los deudores pagar sin el concurso del tutor, no lo dice el código; pero en esto hay que observar el antiguo derecho, puesto que la doctrina tradicional está en armonía con los principios. El tutor tiene derecho y obligación de ejecutar todos los actos de conservación en beneficio de los llamados, y así puede intervenir los créditos substituidos para evitar que los disipe el gravado. (1)

M. Demolombe añade que hasta inútil sería oponerse si se tratara de capitales impuestos con el concurso del tutor; lógicamente, dice, no puede haber reembolso sino con el concurso del que hizo el empleo. (2) La consecuencia puede ser lógica bajo el aspecto legislativo; pero no corresponde al intérprete crear nulidades, y sería crear alguna resolver que el deudor debe pagar delante del tutor para quedar válidamente descargado.

569. De que el gravado tenga derecho de percibir los créditos y dar su descargo ¿habrá que concluir que está facultado para cederlos? Es la opinión general; y también se admite ese derecho para los simples administradores de bienes ajenos; con mayor razón, dicen, debe suceder lo mismo con el gravado, propietario de los créditos que él cede. (3) En otro lugar hemos impugnado ya este principio y rechazamos la consecuencia que de él se saca. (4) Una cosa es cobrar un crédito y otra venderle; el grava-

1 Pothier, *De las substituciones*, núm. 157. Aubry y Rau, t. 6º, página 51, nota 53.

2 Demolombe, t. 22, pág. 536, núm. 564.

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 51 y nota 54. M. Demolombe admite esta opinión con una restricción; pero la cual hacen también los editores de Zachariæ (t. 22, pág. 536, núm. 565).

4 Véase el tomo 2º de mis *Principios*, pág. 274, núm. 179.

do tiene que conservar para restituir, y de ahí que si vende, es sin perjuicio de los derechos de los llamados, quienes no deben respetar la enajenación, debiendo suceder así con los créditos como con los inmuebles, con diferencia de que si los primeros no se han hecho públicos, pueden los terceros aprovecharse de esa falta de publicidad.

570. Pothier, después de establecer el principio de que las acciones activas y pasivas pertenecen al gravado, saca por consecuencia que lo que se resolvió con el gravado puede oponerse á los substitutos; y el único recurso que permite á los llamados, es la instancia civil. (1) Tal sería la disposición del Estatuto de 1747 (tit. II, art. 50). El código guarda silencio en este punto. ¿Qué debemos concluir de aquí? Los fallos no producen efecto más que entre las partes que litigan, sea personalmente, sea por apoderado; y para que se pudiesen oponer á los llamados los pronunciados en cuanto al gravado, sería menester que éste tuviese derecho para representarlos; mas ya hemos dicho que los llamados no son sucesores de los gravados, ni aun á título particular. Esto resuelve la dificultad. Toullier sólo admite que los fallos dictados en cuanto al gravado pueden oponerse á los llamados. Los demás autores exigen que el tutor sea intervenido, y algunos quieren que se oiga además al ministerio público. (2) Esto nos parece muy dudoso por ser arbitrario. El tutor no tiene personalidad para proceder en nombre de los llamados, y así no los representa; en cuanto al ministerio público, la ley no exige su intervención. La opinión general no descansa, pues, en ningún principio. A decir verdad, los autores han hecho

1 Pothier, *De las substituciones*, núm. 154.

2 Toullier, t. 3º, l, pág. 408, núm. 739 y la nota de Duvergier, en sentido contrario, Durantón, t. 9º, pág. 575, núm. 591; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 51 y nota 55. Demolombe, t. 22, pág. 531, núm. 559.

la ley. Parécenos que, dado el silencio de ella, hay que aplicar los principios relativos á la cosa juzgada.

¿Aprovechan los fallos á los llamados cuando son favorables al gravado? Así se admite aun cuando el tutor no haya intervenido en el juicio ni haya sido oido el ministerio público, pues dicen que el gravado siempre tiene carácter para mejorar la condición de los llamados. Esto es pagarse de palabras. Ninguna personalidad tiene el gravado para representar á los llamados, y así hay que atenerse al principio: *res judicata aliis nec nocet nec prodest.* (1)

571. De que los derechos y acciones residen únicamente en la persona del gravado antes de abrirse la substitución, deduce también Pothier que la prescripción de esos derechos y acciones corre y se cumple contra el gravado, y que extinguidos así tales derechos y acciones por la prescripción no reviven en favor del substituto al abrirse la substitución.

Pothier trae los ejemplos siguientes, que citamos para precisar bien la hipótesis que él prevé. Hay una deuda en favor de la herencia; deja el gravado transcurrir treinta años sin proceder á su cobro; la deuda quedará extinguida y no puede revivir en favor del substituto, por razón de que la prescripción corre contra el acreedor, como lo es el gravado. Asimismo, si éste no usa de un derecho de servidumbre durante treinta años, la servidumbre quedará extinguida por el no uso del dueño del predio dominante, puesto que el gravado es propietario antes de abrirse la substitución. Finalmente, una heredad perteneciente á la herencia está poseída por un tercero detentador, sin título ó bien con uno emanado de persona que no es el gravado; si el detentador posee durante el tiempo necesario para la prescripción, antes de abrirse la substitución, habrá adqui-

1 En sentido contrario, todos los autores (véase la nota precedente). Volveremos al principio en el título de las *Obligaciones*.

rido la propiedad con relación al gravado, puesto que éste era propietario y debía obrar.

Los llamados, en estos diversos casos, no pueden decir que no ha corrido contra ellos la prescripción y que, por lo mismo, pueden proceder, pues responderán los terceros que la prescripción ha corrido contra el acreedor y el propietario y, consiguientemente, contra el gravado, y que extinguido un derecho no podría revivir. En vano se objetaría que los gravados son menores y que contra éstos no corre la prescripción. Pothier responde, y su respuesta es concluyente, que la prescripción no ha corrido ni debido correr contra los llamados, puesto que los derechos no residían en ellos, y que la prescripción no ha corrido ni debido correr más que contra el gravado, que es el único en quien residían. (1)

La respuesta de Pothier se aplica también á otra objeción que se funda en la equidad más bien que en el derecho. Dícese que los llamados tienen derecho á los bienes substituidos; ¿pueden ser despojados de ese derecho cuando están imposibilitados para obrar? Pues bien, les es imposible obrar, puesto que su derecho es condicional. Por tanto, dicen, es menester aplicar el art. 2,257, según el cual no corre la prescripción respecto de un derecho que depende de una condición sino hasta que se realice ésta. Conforme á derecho, debe responderse con Pothier que la prescripción corre contra los llamados, los únicos propietarios, antes de abrirse la substitución. Conforme á la equidad, puede responderse que teniendo los llamados un derecho condicional, pueden interrumpir la prescripción [artículo 1,180].

En cuanto al artículo 2,237 probarémos en el título de la *Prescripción* que no se aplica sino en el caso de que un

1 Pothier, *De las sustituciones*, núms. 155 y 156.

crédito esté suspenso por una condición, y así es ajeno á nuestro caso. (1)

572. La cuestión de la prescripción todavía se presenta en otra hipótesis. Si el gravado enajena un objeto substituido, los terceros adquirentes no pueden prescribir contra el gravado, porque no puede éste atacar sus propios actos. Los llamados son los únicos que pueden impugnar las enajenaciones hechas por el gravado al abrirse la substitución; y así contra ellos corre la prescripción; mas no puede correr mientras no exista ese derecho, ó bien mientras por razón de su minoridad no puedan proceder; en esto se aplican los principios que se invocan en favor de los llamados, en la primera hipótesis. (2)

Núm. 2. Derechos del gravado después de abrirse la substitución.

573. Cuando se abre la substitución debe el gravado restituir á los llamados los bienes substituidos. En este sentido se dice que se resuelve el derecho de propiedad que tenía en los bienes. (3) En nuestro concepto no hay condición resolutoria; pero la carga de restituir, cuando se realiza aquélla, ha puesto los bienes fuera del comercio, prohibiendo al gravado su enajenación; por tanto, ningún acto de propiedad ha podido ejecutar con respecto á los llamados; los actos de disposición hechos por él son nulos más bien que resueltos, y lo son por haber sido ejecutados por quien no tenía derecho. Este principio se aplica también á la venta forzosa celebrada por los acreedores del

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 499, núm. 740. Aubry y Rau, t. 6º, página 52, nota 56. Demolombe, t. 22, pág. 520, núm. 554.

2 Aubry Rau, t. 6º, pág. 52, nota 56. Demolombe, pág. 526, número 555. Compárese á Durantón, t. 9º, pág. 595, núm. 610. Casación, 9 de Enero de 1827 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 409).

3 Pothier, *De las substituciones*, núm. 160 y todos los autores modernos. Véase el núm. 562.

gravado, porque éstos no tienen más derecho que el que su deudor; produciendo la apertura de la substitución el efecto de que los bienes substituidos hayan estado fuera del comercio, resulta de aquí que los acreedores no tenían garantía en esos bienes, y que su embargo y su venta son nulos. Más adelante veremos cuáles son en ese caso los derechos de los llamados.

574. Las hipotecas consentidas por el gravado sobre los bienes substituidos vienen abajo, lo mismo que las enajenaciones. Otro tanto tendría que suceder con la hipoteca legal de la mujer; quedando fuera del comercio los bienes substituidos, no pueden llegar á ser garantía para los acreedores, ni en virtud de hipoteca legal, ni convencional. Pero sobre este punto el código deroga los principios en favor de la mujer y, en cierto sentido, en favor del gravado. El art. 1,054 dice: "Las mujeres de los gravados no podrán tener, sobre los bienes que hayan de restituirse, recurso subsidiario, en caso de no bastar los bienes libres, sino para el capital de la cantidad dotal, y sólo cuando el testador lo haya ordenado expresamente." El legislador se muestra muy favorable en cuanto á la hipoteca legal de la mujer, hipoteca que mantiene hasta cuando se estipuló la restitución, si los otros bienes del esposo donatario no son suficientes (art. 952). Antiguamente se admitía también esta excepción en favor del gravado. Conforme al Estatuto de 1,747, la hipoteca subsidiaria de la mujer sobre los bienes substituidos existía de pleno derecho y se fundaba en la voluntad presunta del autor de la substitución. "Como no se puede casi hallar un honrado establecimiento por matrimonio, dice Pothier, sin tener con qué responder por la dote de la mujer á quien se toma por esposa, presúmese que el autor de la disposición que quiso que contrajera matrimonio aquel á quien gravó con substitución, no pretendió con ello quitarle los medios de substituir, y que,

en consecuencia, le permitió obligar los bienes substituidos en tanto que fuese necesaria, á falta de otros, para restituir el dote de su mujer.” (1)

El código civil ha mantenido esta hipótesis subsidiaria, aunque con importantes modificaciones. No se contenta con una valuatad presunta; la hipoteca tiene lugar sólo cuando el testador la ordenó expresamente. Conforme al Estatuto, la mujer tenía un recurso subsidiario tanto respecto al fundo ó capital del dote como respecto á los frutos é intereses que se debieran. El art. 1,054 no le concede sino en cuanto al capital dotal. Vese que los autores del código quisieron limitar la excepción; más sencillo era no admitir una disposición contraria á los principios, y si se la admitía, era menester mantenerla de modo que diera plena garantía á la mujer. Esto es lo que no hace la disposición del art. 1,054.

La mujer no goza de esta hipoteca subsidiaria sino respecto del capital de su dote, pero no respecto del que le corresponda al enviudar. Ni aun respecto del dote tiene esa hipoteca, cuando no se constituye el dote en dinero. En principio no la tiene, pues, bajo el régimen de sociedad legal, porque bajo ese régimen el dote de la mujer entra en la sociedad, y aquélla no tiene acción para pedir que se le devuelva, ni, por tanto, hipoteca; por lo demás, la mujer tiene hipoteca subsidiaria siempre que la tiene principal, quiere decir, cuando tiene acción para pedir la restitución de su dote, suponiendo que se constituya en dinero.

El texto parece añadir otra restricción diciendo que el recurso existe solamente en el caso de ordenarlo expresamente el *testador*. ¿Deberemos concluir de aquí que no puede ordenarlo el *donante*? Nó, por cierto; la ley es expli-

1 Pothier, *De las substituciones*, núm. 161. Estatuto de 1747, tít. 1º art. 44.

cativa y no restrictiva; prevee el caso más común, que es el de que la substitución se haga por testamento; pero no hay razón para no permitirle al donante lo que la ley permite al testador. (1)

Núm. 3. Obligaciones del gravado.

575. El gravado es propietario, pero con la obligación de conservar y restituir. Tiene, pues, obligaciones, mientras que el propietario no las tiene. Para conservar, debe el gravado gozar y administrar como buen padre de familia; pero no tiene derecho de abusar, derecho que pertenece al propietario, que le tiene absoluto. La obligación de conservar y restituir, con la consecuencia que resulta de ella, establece una analogía entre el gravado y el usufructuario. También se establece como principio que el goce del gravado se rige por los mismos principios que el del usufructuario. (2) Esto es muy absoluto. El gravado es propietario, en tanto que el usufructuario sólo tiene un desmembramiento de la propiedad; goza, pues, aquél como propietario y no como usufructuario. En vano se diría que de hecho el derecho del gravado no ha sido más que de goce si se abre la substitución, puesto que en ese caso todos los actos de disposición ejecutados por él quedan insubsistentes. Esto no impide que el gravado no haya sido propietario porque no se resuelve su derecho; si lo fuera no habría tenido ni siquiera el goce de los bienes, pues se estimaría que nunca había existido la substitución. Esto es inadmisible; luego ha sido propietario, y su derecho de goce ha sido el de tal.

576. De aquí que las restricciones que la ley hace al goce del usufructuario no se apliquen al del gravado. El

1 Duranton, t. 9º, pág. 578, núm. 595, y todos los autores.

2 Coin-Delisle, pág. 531, núm. 28 de los artículos 1,048-1,051, Duranton, t. 9º, pág. 177, núm. 593.

usufructuario debe gozar como gozaba al antiguo propietario, sin poder introducir innovación en el goce, aun cuando las innovaciones fueran útiles. Así no podría desmontar un bosque, y si recibió un fundo poblado de árboles, debe restituir el mismo fundo, aunque el desmonte fuera operación de un buen padre de familia. No sucede otro tanto con el gravado, que goza como propietario, con la única restricción de que debe conservar la cosa para restituirla.

577. Si son más extensos los derechos del gravado, deben serlo también sus obligaciones. El art. 605 dice que el usufructuario no está obligado más que á las reparaciones para mantener la cosa en buen estado, y que respecto de las de importancia quedan á cargo del propietario. ¿Se aplica esta disposición al gravado? Antiguamente se discutía el punto; pero conforme al código, se admite generalmente que el gravado obligado á conservar, lo está por lo mismo á hacer todas las reparaciones; pero está obligado á adelantar el capital necesario? Dicese que podrá ser autorizado por el tribunal para tomar prestado el capital que necesite, y pedir que se pague al abrirse la substitución. Esto nos parece muy dudoso, porque si el gravado debe conservar, debe hacer todo género de reparaciones, con perjuicio de que se le pague el valor de aquellas que fueren obligación del llamado. Hasta sobre esto hay duda; las cargas están en armonía con los derechos, y como el gravado los tiene más extensos, debería también tener obligaciones más extensas. Por lo menos hay que resolver que le toca hacer las reparaciones de importancia. Así opina Pothier, diciendo que debe tomarse en consideración todo lo que hubiere hecho el gravado en favor de la herencia, particularmente los gastos de importancia, distinguiendo los útiles de los necesarios. Tal es, á nuestro juicio, la verdadera doctrina. En cuanto á solicitar un préstamo con autorización judicial, repetimos lo que ya

hemos dicho: que ningún carácter tiene el juez para intervenir en la administración del gravado. (1)

578. En cuanto á las mejoras que hubiere hecho el gravado, ocurre la misma dificultad. ¿Hay que aplicar al gravado lo que dice el art. 599 del usufructuario? Discutese el sentido de esta disposición; en todo caso no se la puede aplicar por analogía al gravado, porque no la hay entre un usufructuario que no puede hacer innovación alguna en el fundo y el gravado que goza como propietario. Nos parece que es menester atenerse al principio de equidad, que lo es también de derecho, de que nadie puede enriquecerse á costa de otro. Ahora bien, los llamados se enriquecerían á expensas del gravado si no le tomaran en cuenta los gastos útiles que hubiese hecho; efectivamente, el gravado no está obligado á conservar, y si hace mejoras que aprovechen á los llamados, deben éstos tomárselas en consideración. Este principio sirve también para determinar la extensión de la indemnización á la cual tiene derecho el gravado; los llamados están obligados en tanto que se hubieren enriquecido. (2)

579. Conforme al Estatuto de 1747 (tít. I, art. 40) los gravados no debían restituir los frutos sino á partir de la demanda de entrega instaurada por los llamados. Ya veremos cómo deben los gravados demandar esa entrega conforme al código civil. A nuestro juicio, la cuestión de frutos es independiente de la de entrega. El código civil sienta en esta materia la regla general de que los frutos pertenecen al propietario por derecho de accesión (art. 547). Por excepción los gana para sí el poseedor, y no hay más excepciones que las que establece la ley. Estos principios

1 Compárese á Toullier, t. 3º, 1, pág. 421, núm. 775; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 54 y nota 63. Demolombe, t. 22, pág. 538, núm. 567.

2 Compárese á Toullier, t. 3º, 1, pág. 421, núm. 775; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 54 y nota 64.

resuelven la dificultad. La propiedad del gravado cesa al abrirse la substitución, y también enseñan que esa propiedad queda resuelta, y cesa ó queda resuelta de pleno derecho sin que necesiten los llamados proceder judicialmente. Son propietarios, en virtud de la disposición que los substituye al gravado; por tanto, tienen derecho á los frutos conforme al art. 547. Para atribuirlos al gravado ó á sus herederos, sería menester una excepción del art. 547, excepción que no hay. ¿Se invocarán los principios relativos á la posesión? Tales principios rigen las relaciones de los herederos en posesión con los legatarios. En el caso, se trata de las relaciones que hay entre un propietario cuyo derecho cesa, y otro cuyo derecho comienza en el mismo instante. La situación es absolutamente distinta. (1)

El gravado tiene derecho á los gastos de siembra y de labor, en cuanto á los frutos pendientes del árbol ó de la raíz al abrirse la substitución. Esto es la aplicación del principio que rige las relaciones del gravado y de los llamados. Estos no pueden enriquecerse á expensas del gravado, con los gastos que hizo él y de que se aprovechan ellos. ¿Se objetará con el art. 585, según el cual no há lugar á recompensar los frutos de cultivo entre el usufructuario y el nudo propietario? Ya hemos respondido á esta objeción: el gravado no es usufructuario. Por lo demás, nada tienen de común con las relaciones del gravado y de los substitutos los motivos en que se funda el art. 585.

580. Si el gravado abusa de su goce ¿puede ser privado judicialmente de él, conforme al art. 618? La cuestión se discute mucho; nosotros no titubeamos para declararnos por la negativa. Según el art. 618 el usufructo puede cesar por el abuso que haga del goce el usufructuario, ya cometiendo degradaciones en el fundo, ya dejándole desme-

1 En sentido contrario, Durantón, t. 9º, pág. 598, núm. 611; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 54 y nota 65.

jorar por falta de cuidado. Esta disposición es absoluta excepcional, lejos de ser, como se pretende, la aplicación de los principios generales. El que abusa de su derecho está obligado á reparar el daño que cause; tal es el derecho común. Mientras que el art. 618 autoriza á los tribunales para declarar la extinción del derecho cuando hay abuso. Puesto que es una excepción, debe restringírsela al caso para el cual fué establecida, tanto más cuanto que tiene un carácter penal, y las penas no se extienden. Mucho menos aún puede agravárselos aplicándoseles por analogía esa pena. Ahora bien, sería agravar el art. 618 aplicarle al gravado, declarando extinguido su derecho; en efecto, es él más que usufructuario, es propietario; y así, el juez declararía extinguido el derecho de propiedad, lo cual sería inaudito. (1) Para escapar á esta enormidad, se ha dicho que el juez declarará solamente la extinción del usufructo, conforme al artículo 618, lo que dejaría al gravado la propiedad. (2) Esta distinción es tan contraria á los principios como la doctrina que permite al juez privar de su derecho al gravado. Este no tiene un goce distinto de la propiedad, goza por ser propietario, y para que cese de gozar, es menester que cese de ser propietario; quitarle el goce dejándole la propiedad, sería dejarle el derecho en virtud del cual percibe los frutos aun despojándole de ellos, lo cual es soberanamente ilógico.

§ VII.—DERECHOS DE LOS LLAMADOS.

Núm. 1. *Antes de abrir la substitución.*

581. Pothier dice que los llamados no tienen más que

1 Véanse en este sentido los autores citados por Demolombe, tomo 22, pág. 543, núm. 576; y por Massé y Vergé en *Zachariæ*, t. 3º, 1, pág. 203, nota 7. En sentido contrario, Grenier, Toullier, Duran-tón, Aubry y Rau (véase la nota que sigue).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 55 y nota 68.

simple esperanza antes de abrirse la substitución. No es cierto. El legatario no tiene más que simple esperanza, en tanto que de un momento á otro puede el testador revocar su testamento, mientras que el derecho del llamado no puede ser revocado. Cuando se hace la substitución por donación, es evidente esto, puesto que la donación es esencialmente irrevocable. Si se hace por testamento, no produce efecto sino á la muerte del testador, desde el cual momento es irrevocable; sólo que el derecho de los substitutos es eventual; el gravado le debe restituir los bienes al morir, siendo necesario, por lo mismo, que existan en aquel momento, y si mueren antes, caduca la substitución.

Por lo mismo que los llamados tienen derecho á los bienes en caso de supervivencia, permítenseles practicar actos conservatorios de su derecho; si éste no fuera más que esperanza, no podrían proceder, como no puede hacerlo el legatario antes de abrirse el testamento. ¿Pero no van muy lejos diciendo que el gravado es propietario, bajo condición resolutoria, de los bienes substituidos, y que los llamados son los propietarios bajo condición suspensiva? (1) Si así fuera, se estimaría que los llamados, en caso de supervivencia, habían sido siempre los propietarios de los bienes substituidos; mientras que el derecho de los gravados quedaría resuelto como si nunca hubiera existido; en suma, no quedaría más que una liberalidad, que sería la hecha á los llamados. No hay condición resolutoria ni suspensiva, en el sentido propio de la palabra. El gravado está obligado á conservar, y la ley quiere que haya un tutor encargado de cuidar que se ejecute bien y fielmente la carga de restitución; siendo esa disposición la del artículo 1,073, que confiere al tutor é implícitamente al gravado la facultad de practicar actos de conservación.

582. ¿Qué sucede con el derecho de los llamados si el

1 Demolombe; t. 22, pág. 561, n.º 597.

gravado no quiere ó no puede aceptar el legado? La cuestión no se puede presentar para la substitución hecha por donación, porque ésta debe ser aceptada para que exista; si, pues, no acepta el gravado ó es incapaz de aceptar, no hay donación, ni, por tanto, substitución. (1) Si se hace por testamento la liberalidad con carga de conservar y restituir, comienza el derecho del gravado al morir el testador. Supóngase que caduca el legado del gravado; ¿qué influencia tendrá la caducidad sobre el legado hecho en segundo orden á los llamados?

Hay que distinguir la causa de la caducidad. Si el gravado muere antes que el disponente, ó es incapaz de recibir el beneficio de la liberalidad, cae la substitución en el sentido de que no puede haber substitución donde no hay institución. ¿Pero la extinción de la substitución entraña también la del legado hecho á los llamados? En otros términos: ¿pueden éstos aceptar la liberalidad, en calidad de legatarios, como disposición directa hecha en su favor? Conforme al Estatuto de 1747, la caducidad de la institución trae consigo la de la substitución, á menos que el testamento contuviera la cláusula codicilaria, esto es, la cláusula que convierte el testamento en codicilo; por consecuencia de esa cláusula, los herederos *ab intestato* estaban gravados con la carga de restituir los bienes á los llamados (tít. I, art. 26). En los países consuetudinarios no se hacía distinción entre el testamento y el codicilo; todos los legados eran fideicomisos. Seguiase de allí que la caducidad de la institución hacía ciertamente caer la substitución, pero no quitaba á los llamados el derecho que tenían de la liberalidad del disponente. Podían reclamarla como legatarios, con el bien entendido de que la substitución convertida en legado quedaba sujeta á los principios que rigen los legados. Unicamente, pues, los llamados nacidos ó

¹ Troplong, t. 2º, pág. 290, núm. 2,248.

concebidos al abrirsela disposición, eran los que tenían derecho á reclamar el beneficio de la disposición. (1)

Según nuestro derecho moderno, es indiscutible que la caducidad de la institución no es razón para que toda la disposición caduque. En efecto, á diferencia del derecho escrito, el código civil no exige que haya institución de herederos para la validez del testamento; no establece diferencia entre el testamento y el codicilo; no conoce más que disposiciones de última voluntad, cuya validez depende de la mente del testador; mas en una substitución fideicomisaria hay dos liberalidades, una en favor del instituido y otra en el del substituto. Si caduca la primera ¿caducará igualmente la segunda? No fué tal, ciertamente, la intención del testador. En las substituciones permitidas el verdadero agraciado es el llamado; si el testador da al instituido, es únicamente para hacer que lleguen los bienes á los llamados; por tanto, según la intención del disponente, la caducidad de la institución no debe traer consigo la de la liberalidad hecha á los llamados. (2)

Todos están de acuerdo. Falta saber con qué título recibirán los llamados la liberalidad que se les haga: ¿á título de substitución ó á título de legado? Ocurre una duda en este punto. Si no se consultara más que la voluntad del disponente, habría que resolver que debe producir efecto la substitución, por haber querido él agraciar á todos los hijos nacidos y por nacer, lo cual no puede tener lugar más que por vía de substitución. ¿Pero puede tener efecto esa voluntad del testador cuando muere antes el gravado? Nō, puesto que nunca se formó la substitución; nunca hubo instituido, ni, por consiguiente, hubo carga de conservar y restituir. No queda más que una liberalidad ordi-

1 Pothier, *De las substituciones*, nám. 204 y 206.

2 Duranton, t. 9º, pág. 536, nám. 549. Toullier, t. 3º, 1, pág. 427, nám. 793 y 794.

naria en favor de los llamados, quienes la reciben á título de legatarios; mas para ello necesitan existir á la hora del fallecimiento del testador y ser capaces de aceptar; es el derecho común en punto á legados. Los hijos que nacen después no se aprovecharán de la liberalidad, porque no habiendo nacido al abrirse ella, no pueden recibir el legado.

Lo que decimos del fallecimiento anterior, hay que decir también de la incapacidad del gravado. Si en el momento mismo en que debe abrirse la substitución, es incapaz el instituido de recibir, no podrá abrirse la substitución; y así, no hay obligación de conservar y restituir; no hay más que un legado, como en el caso de fallecimiento anterior. Lo que acabamos de decir del fallecimiento se aplica necesariamente á la incapacidad. (1)

583. ¿Sucede lo mismo por renuncia del instituido? La cuestión se controvierte, y hay alguna duda en ella. Se trata de saber si se ha formado la substitución, ó si, por consecuencia de la renuncia, no hay más que un legado en favor de los llamados. La voluntad del testador es cierta, pero puede dar efecto esa voluntad á la substitución cuando renuncia el instituido? Así lo creemos. Vivía el gravado al abrirse la disposición, y era capaz; por tanto la disposición se abrió con la carga de conservar y de restituir. (2) ¿Qué importa que renuncie el gravado? Su renuncia no dará por resultado hacer pasar los bienes á quienes deben recibirlas á falta de él, sino con la carga anexa á ellos, la de conservarlos y restituirlos. Objétase que el que renuncia se estima no haber sido nunca instituido, y que, por consiguiente, nunca hubo substitución; pero respondemos, y la respuesta nos parece concluyente, que

1. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 56, nota 70. Compárese á Durantón, t. 9º, pág. 582, núm. 602; Troplong, t. 2º, pág. 289, núm. 2,247.

2. Tal es lo que dispone el art. 27, tít. 1º del Estatuto de 1747.

la renuncia implica un derecho al cual se renuncie. Ha habido, pues, institución, y el instituido estuvo en posesión por lo menos de la propiedad del derecho al legado; por tanto, se formó la substitución y puede producir su efecto; desde entonces debe producirle ella de acuerdo con la voluntad bien cierta del testador.

¿Cómo se ejecutará la substitución? Si hay llamados, recibirán ellos los bienes á título de substitutos, quiere decir, que no tendrán derecho exclusivo á los bienes legados, sino que deberán admitir al beneficio de la liberalidad á los hijos que estén por nacer y á todos los hijos nacidos y por nacer que tengan un derecho igual á los bienes instituidos. Si no hay llamados recibirán los bienes aquellos que deban pagar los legados, los herederos del disponente, pero con la carga anexa á los mismos bienes; y así estarán obligados á conservarlos y restituirlos desde el momento en que haya un llamado. No pueden pretender que tienen derecho de conservar los bienes para restituirlos, al morir, á los llamados, porque no son instituidos; si reciben los bienes, es únicamente por no haber llamados; pero en el acto de nacer un hijo, ya no tienen carácter para conservar los bienes. (1)

Núm. 2. Apertura de la substitución.

584. El código no dice qué causas hacen que se abra la substitución; el art. 1,053 se limita á decir que los derechos de los llamados se abrirán en la época en que por cualquier motivo cese el goce del hijo del hermano ó de la hermana, gravados con restitución. Importa, pues, recurrir á los principios generales relativos á las substituciones y á las disposiciones de última voluntad.

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 56 y nota 71. Coin-Delisle, pág. 538, núm. 11 del art. 1,053. De Molombe, t. 22, pág. 615, núm. 659 y página 619, núm. 660.

585. Es de la naturaleza, cuando no de la esencia de las substituciones, que el instituido conserve los bienes durante su vida para restituirlos, al morir, á los llamados (núm. 449). Regularmente, pues, se abre la substitución al morir el gravado. Los llamados tienen derecho de renunciar; expresamente lo decía el Estatuto de 1747 (tít. I, artículo 28), quizás para prevenir alguna duda. ¿No se puede decir, pues, que de antemano fué aceptado el beneficio de la substitución por el gravado en nombre de los llamados, y que habiendo aceptado, ya no pueden renunciar? Hemos dicho que esta aceptación no es verdadera aceptación, pues no puede haberla en nombre de los hijos por nacer, sino que más bien es una obligación, contraída por el gravado y revalidada por la ley, de restituir los bienes á los llamados; el gravado está obligado á restituir sin que los llamados lo estén á la aceptación; no hay legatario á pesar de él, así como no hay heredero necesario.

586. La substitución se abre por vencerse el término ó por realizarse la condición establecida por el autor de la disposición. No lo dice el código, pero es de derecho común; el donante es dueño de establecer en su liberalidad, ya un término, ya una condición. Se objeta que la apertura de la substitución en una época anterior á la muerte, violaría el art. 1,050, conforme al cual la substitución debe aprovechar á todos los hijos nacidos y por nacer, y así los que nazcan después de vencido el término ó realizada la condición, no pueden quedar excluidos. Esto es cierto; pero las substituciones á término ó bajo condición, no impiden que los hijos por nacer no participen del beneficio de la disposición; la substitución no se abrirá sino con la reserva de los derechos de los hijos por nacer. (1)

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 484, núm. 781, y todos los autores, excepto Colmet de Santerre (Demante, t. 4º, pág. 420, núm. 212 bis, 2º).

587. La substitución se abre en favor de los llamados cuando contra el gravado caducó el beneficio de la disposición. Conforme al código civil, no hay más que un caso de caducidad legal, aquel en que el gravado no hace nombrar tutor (art. 542). Hemos examinado (núm. 580) la cuestión de si se puede declarar la caducidad por causa de abusar del goce.

588. El gravado puede abandonar anticipadamente los bienes á los llamados. ¿Cuál será el efecto de esta renuncia? Ella produce el efecto, entre el gravado y los llamados, de hacer que comience el derecho; los llamados tienen uno incommutable á los bienes y le transmiten á sus herederos, aun cuando lleguen á morir antes que el gravado. No se puede decir que en ese caso caduque su derecho, porque no hay ya substitución cuando se abre, y no puede caducar ya un derecho después de consumado.

El art. 1,053 dice que el abandono anticipado del goce en favor de los llamados, no podrá perjudicar á los acreedores del gravado anteriores al abandono. Es menester generalizar esta disposición y establecer como principio que no puede perjudicar á los terceros la renuncia del gravado, de suerte que con relación á ellos no se estimará abierta la substitución. Esto, dice Pothier, es consecuencia de la máxima: *Nemo ex alterius facto prægravari debet*. Pothier aplica el principio al caso de que el gravado haya vendido un objeto substituido. Cuando se abre la substitución por la muerte del gravado, pueden los llamados reivindicar los bienes que éste haya enajenado; pero no tienen ese derecho cuando el gravado les deja anticipadamente los bienes substituidos; el tercero adquirente compró el objeto substituido tal como le tenía el gravado vendedor, es decir, un derecho de propiedad que debe durar hasta la muerte del gravado, y no puede caer sino cuando en ese momento hay llamados; el abandono anticipado no les pue-

de quitar ese derecho; de suerte que si llegan á morir antes que el gravado los llamados, se convertirá en inconfundible el derecho del adquirente.

Síguese del mismo principio que si el gravado consintió en que se hipotecaran los bienes substituidos, pueden los acreedores hipotecarios ejercer su derecho contra los bienes hipotecados como si no hubiese habido abandono anticipado, pues éste no puede perjudicar sus derechos. En cuanto á los acreedores quirógrafos, el art. 1,053 les reserva expresamente la acción pauliana; en el título de las *Obligaciones* verémos las condiciones con que se puede ejercer esa acción.

Del mismo principio se sigue también que los llamados á cuyo favor se abandonaron los bienes substituidos, no pueden oponer ese abandono contra los hijos que estuvieren por nacer. Si después de él nacen algunos, pueden, al morir el gravado, reclamar su parte en los bienes substituidos. Más aún: tienen derecho á ellos, con exclusión de aquellos á quienes se abandonaron los bienes, si murieron antes que el gravado, porque el derecho de los llamados que estuvieren por nacer se arregla como si no hubiese habido abandono. (1)

589. La institución puede revocarse por causa de ingratitud del donatario ó indignidad del legatario. ¿A quién aprovechará la revocación? Se ha respondido. Al que la pidió. Esto, en el derecho común, sería evidente, pero estamos fuera de ese derecho; la liberalidad revocada pertenece á los substitutos; los derechos de los llamados están, pues, en conflicto con los del que pide la revocación. ¿Cuáles de esos derechos deben prevalecer? El art. 1,053 responde, estableciendo en términos absolutos que los dere-

1 Pothier, *De las substituciones*, núms. 190-194, seguido por Toullier, t. 3º, 1, pág. 425, núms. 784-788, y todos los autores modernos (Aubry y Rau, t. 6º, pág. 59 y nota 78).

chos de los llamados se abren al cesar *por cualquiera causa*, el goce del gravado. Así es que los llamados se aprovecharán de la revocación con la reserva de los derechos que pertenezcan á los hijos por nacer, como lo hemos dicho para el caso de renuncia. Apícase igualmente por analogía lo que hemos dicho del caso en que no hay llamados al tiempo de revocarse la donación; hay la misma razón jurídica. (1)

Si la disposición se hizo bajo condiciones con que no cumple el gravado, y se revocó por esa causa la donación ¿á quién aprovechará la revocación? Si la condición sólo afecta á la institución, se aplicará el art. 1,053 y, por consiguiente, se abrirá la substitución, como en el caso de revocación por ingratitud. Mas si la condición afecta á la disposición misma, tendrán que ejecutarla los llamados; de otro modo, se revocará la disposición en cuanto á la substitución y á la institución. (2)

Núm. 3. *Derechos de los llamados.*

590. ¿Cómo adquieren los llamados la propiedad y posesión de los bienes substituidos? Pothier responde que la propiedad pasa de pleno derecho del gravado al substituto. A decir verdad, como lo hace notar Pothier, los llamados reciben su derecho, no del gravado, sino del autor de la substitución; el testamento ó la donación son el título de su adquisición y, por tanto, en virtud de ese título adquieren la propiedad al abrirse la substitución. Hé ahí por qué se les transmite de pleno derecho la propiedad, por ser instrumentos translativos de la misma el testamento y la donación. (3)

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 59 y nota 78. La opinión contraria de Duranton se refuta allí.

2 Demante, t. 4º, pág. 419, núm. 212, *bis* 1º. Demolombe, t. 22, pág. 605, núm. 642.

3 Pothier, *De las substituciones*, núms. 195 y 196.

Pothier añade que no pasa lo mismo con la posesión; los llamados no la tienen, dice, de pleno derecho aunque la substitución fuera en línea recta y á título universal. Es lo que dispone el Estatuto de 1747 (tít. II, art. 40), conforme al cual los llamados debían pedir la entrega de bienes á los gravados ó á sus herederos. ¿Por qué les niega el Estatuto la posesión? Esta cuestión no ocurre sino cuando los llamados son donatarios ó legatarios universales. Cuando son legatarios universales ¿por qué no tendrían la posesión como los instituidos? Su derecho es el mismo, fundado en el mismo instrumento y, por lo mismo, debería producir igual efecto. Ninguna razón jurídica vemos para esta diferencia. Se da un motivo que más bien es de hecho que de derecho, y es de que los bienes substituidos se confunden con los propios del gravado, y así es necesaria una liquidación y, por consiguiente, una demanda. Puede añadirse que los herederos del gravado tienen derecho é interés para asegurarse de que los substitutos son realmente los hijos llamados á la disposición. Siempre tendrémos que es una derogación de la regla que concede la posesión al legatario universal cuando no hay reservatarios. Esta derogación no está consagrada por nuestro código, y quedamos, por lo tanto, bajo el dominio de los principios generales. La opinión contraria se admite, por lo común, y hasta sin discusión, como si la cosa fuera evidente. (1)

591. La cuestión de los frutos se liga con la de la posesión; conforme á la opinión general, no pertenecen los frutos á los llamados sino desde la demanda de entrega. Hemos combatido esta doctrina (nám. 579); importa, sin embargo, hacer notar que Pothier enseña que los frutos pertenecen al gravado ó á sus herederos hasta la demanda de entrega, fundándose en que el gravado es justo poseedor.

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 60 y nota 80, y todos los autores.

El motivo carece de fuerza ante el art. 547, que aplica los frutos al propietario.

592. Los llamados reciben los bienes en el estado en que se hallan al abrirse la substitución, y se aprovechan de las accesiones naturales, tales como el aluvión. En cuanto á los aumentos que provengan de gastos hechos por el gravado, deben recompensárselos, como ya lo hemos dicho (núm. 578).

593. Si el instituido enajenó los bienes ó los gravó con derechos reales, vienen abajo los actos de disposición (número 513). En caso de enajenación, pueden los llamados reivindicar los bienes contra terceros detentadores. Si los bienes fueron hipotecados, pueden los llamados pedir la cancelación de los registros. No se les pueden oponer los actos de disposición ejecutados por el gravado, porque, como substitutos, no son sucesores de éste. Pero el ejercicio de sus derechos da lugar á otra dificultad. Los llamados, en las substituciones permitidas, son los hijos del gravado, y, por consiguiente, sus herederos. ¿No suceden bajo este título en las obligaciones de su autor? Y, estando obligado éste á garantir á los terceros compradores ¿no será menester decir de los llamados que teniendo obligación de dar una garantía no pueden eludirla? La dificultad queda resuelta con una distinción.

Si los llamados renuncian la herencia del gravado, se estima que nunca fueron herederos, y así quedan como ajenos á las obligaciones contraídas por el difunto. No están obligados á garantir, pueden reivindicar. Pero si los llamados aceptan pura y simplemente, deben garantir á los compradores; si, pues, reinvindican como substitutos, serían repelidos por la excepción de garantía; á título de herederos, deben garantía y no pueden eludirla. Sin embargo, el Estatuto de 1747 permitía á los llamados, aunque fueran herederos puros y simples del vendedor, rei-

vindicar los bienes substituidos, reembolsando á los compradores el precio de la enajenación con las costas y gastos legales. Era una excepción de los principios que sólo se explica por el favor singular de que gozaban las substituciones. Se ha sostenido que esta disposición del Estatuto debía observarse también, vigente el código. Esto es contrario á todo principio. Ciento es que debe interpretarse el código civil por el Estatuto, pero no se pueden transportar á él las disposiciones excepcionales de éste, que ya están abrogadas.(1) Quedamos bajo el dominio de los principios generales, únicamente porque el código no los deroga.

Los llamados pueden también aceptar la herencia del gravado con beneficio de inventario, en el cual caso no estarán sujetos á las obligaciones contraídas sino hasta donde concurra su emolumento. Síguese de aquí que podrán reivindicar los bienes enajenados, pero estarán obligados á garantir al comprador en razón de su emolumento.

1 Durantón, t. 9º, pág. 570, núm. 587. Demolombe, t. 22, página 557, núm. 594. En sentido contrario, Toullier, t. 3º, I, pág. 419, núm. 769 (refutado por Duvergier). Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 3º, pág. 204 y nota 11, y los autores allí citados.