

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

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Substitución fideicomisaria*, sec. 8^a, número 7 (t. 22, pág. 156).

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

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

§ II. CARACTERES DE LAS SUBSTITUCIONES PROHIBIDAS.

ARTICULO 1.—*Dos liberalidades.*

Núm. 1. Principio.

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

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

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

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

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

396. Mucho menos la hay en una fundación hecha por

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

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

I. Del instituido.

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

¿Es menester admitir esta aclaración, vigente el código

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Del substituto.

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

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

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

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

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

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

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

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

Núm. 2. Aplicación.

1. De la fiducia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Del derecho de elegir.

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

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

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

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