

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este último considerando nos deja alguna duda. La idea

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. *Principio.*

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

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

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

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

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

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

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

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

1 París, 21 de Diciembre de 1824 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 164, 1°).

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

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

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

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

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

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

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

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

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