

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

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

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

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

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

2 Naney, 9 de Diciembre de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 164). Angers, 24 de Noviembre de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 208).

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

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

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

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

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

II. Del caso del artículo 899.

1. De la substitución del usufructo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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