

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

### III. De las disposiciones condicionales.

#### 1. De las substituciones condicionales.

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

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

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

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

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

1 París, 7 termidor, año XII, y Agosto 30 de 1820 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 141, 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup>).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Denegada, 31 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 438).  
P de D. TOMOXIV — 70

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

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

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

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

## 2. De los legados condicionales.

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

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

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

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

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

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

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

a) *Condición suspensiva.*

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

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

1 Durantón, t. 8º, pág. 79, núm. 79.

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

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

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

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

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

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

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