

La sala de casación resolvió que había substitución en un caso que parecía tener gran analogía con aquél y que, sin embargo, se diferencía de todo á todo. Un testador instituye á Pedro, menor, su legatario universal, prescribiendo el empleo que ha de hacer de sus bienes con adquirir una casa de habitación para el menor y su madre y bienes raíces en nombre del heredero, para que se invirtieran las rentas en su manutención. Si el menor moría antes de la mayor edad, el testador disponía de la casa en favor de los hermanos de la doctrina cristiana y del remanente de sus bienes en favor de tres personas á quienes designaba. El tribunal de Pau resolvió que había substitución prohibida, y su resolución fué confirmada por la superioridad. ¿Qué diferencia hay entre este caso y el precedente? En ambos se hace un legado á un menor para cuando llegue á los veinticinco años, y si el menor muere antes, se dejan los bienes á otras personas. ¿Por qué en un caso hay legado condicional y en el otro substitución? Porque en la primera hipótesis se llamaba al menor bajo una condición suspensiva que, si faltaba, dejaba sin efecto el legado, como si no hubiera existido. Al contrario, en la segunda hipótesis, se llamaba pura y simplemente al menor, quien recibía el legado, el cual se empleaba en beneficio suyo, y las rentas se destinaban para su manutención; al morir, pues, los bienes pasaban á nuevos legatarios, que los recibían después del primero; éste era, por lo tanto, el instituido encargado de conservar y restituir la propiedad, y en tal virtud había orden sucesivo y substitución. (1)

b) *Condición resolutoria.*

443. Cuando se hace un legado bajo condición resolu-

1 Denegada, 8 de Febrero de 1869 (Daloz, 1871, 1, 176). Compárese con lo resuelto en Bruselas, á 20 de Diciembre de 1870 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 65).

toria y se realiza ésta, se reputa que nunca existió el legado, puesto que la condición que se cumple produce un efecto retroactivo; desde ese momento, los que reciben los bienes legados bajo condición resolutoria los reciben siempre del disponente, sin la mediación de un primer instituido, directamente, y sin que haya aquella vía oblicua que los intérpretes siempre han considerado como uno de los caracteres esenciales de la substitución. La consecuencia es que no hay dos liberalidades, sino una, y por tanto, no hay orden sucesivo ni substitución.

Una mujer instituye á su marido por su heredero en esta cláusula: "En el caso de que mi marido contraiga segundas nupcias, quedará obligado á restituir la mitad de lo que le lego para ser distribuida entre los pobres." Los herederos legítimos piden la nulidad del testamento por contener una substitución prohibida, y se declaró en primera instancia que había habido substitución. Este fallo se reformó en Colmar, diciéndose que no hay substitución sino cuando resulta de la disposición un orden sucesivo según el cual el llamado debe recibir el objeto legado después de la muerte del gravado. No sucede así en las disposiciones condicionales, sobre todo cuando la condición de la cual se quiere que resulte no puede verificarse más que por obra y en vida del gravado; entonces la condición adquiere el carácter de resolutoria, cuya realización quita la continuación de tiempo y produce el efecto de resolver la liberalidad como si no la hubiese habido. En el caso, la condición era resolutoria, y por consiguiente, excluía toda idea de substitución, la cual supone la ejecución sucesiva de dos liberalidades en favor de dos individuos que reciben y conservan, pero uno después de otro, el beneficio de la liberalidad; mientras que, en el caso de resolución, el segundo llamado entra en el lugar del

primero, para quien se estima que nunca existió la liberalidad. (1)

444. En el caso que se resolvió en Colmar, debía realizarse la condición resolutoria en vida del gravado. El tribunal hace realizar esta circunstancia, aunque sin sacar de ella un motivo para su resolución. Cuando no se realiza la condición sino al morir el instituido, admítase, por lo general, que la disposición condicional es una substitución fideicomisaria y nula como tal. Aun en esa hipótesis sostenemos la validez de la disposición otorgada bajo condición resolutoria. Nada importa el tiempo en que se ha de realizar la condición, pues el efecto ha de ser siempre el mismo, destruir el legado como si nunca hubiese existido; y al destruirse retroactivamente el legado, no queda más que una liberalidad. Objétase que la disposición condicional se confunde, en ese caso, con la substitución, la cual contiene también una condición, y ésta se realiza igualmente al morir el instituido. (2) Nos pareció que esto es confundir la condición de supervivencia, que se halla en toda disposición testamentaria, con la condición resolutoria, que extingue el legado. En la substitución, como en cualquier legado, el substituto debe existir al momento de consagrar su derecho, ó sea al morir el instituido. ¿Resulta de aquí que si se realiza la condición, si sobrevive el substituto, queda resuelta la liberalidad hecha al instituido, en el sentido de estimarse que nunca existió? No por cierto. M. Demolombe enseñó muy bien que no hay resolución; (3) volveremos á este punto al tratar de las substituciones permitidas. ¿Cómo había de haber resolución cuando es esencial en la substitución que

1 Colmar, 8 de Agosto de 1819 (Daloz, palabra *Substitución*, número 116. 1°).

2 Toullier, t. 3°, 1, pág. 34. Coin-Delisle, pág. 42, núm. 18 del artículo 896, Demolombe, t. 18, pág. 137, núm. 220.

3 Demolombe, t. 18, pág. 97, núm. 94.

haya dos liberalidades? Y no habría más que una si se hubiese resuelto retroactivamente la institución. ¿Y si no hubiera esto podría haber substitución?

Conforme á derecho, hay una diferencia indiscutible entre la substitución y la disposición hecha bajo condición resolutoria, aun cuando ésta haya de realizarse á la muerte del legatario. Lo que se objeta contra esta doctrina es muy débil. Dícese que hacemos una petición de principio con expresar que la condición se retrotrae en los legados, cuando se trata de saber si hay legado. Podríamos retocer el argumento y decir que la opinión contraria implica una petición de principio, en cuanto á que se niega que haya legado condicional cuando no se debe realizar sino á la muerte del legatario, y cuando precisamente se trata de saber si la condición puede realizarse en todo tiempo sin que resulte que la disposición llegue á ser una substitución. Dejemos tales argumentos y penetremos al fondo de la dificultad. ¿Se retrotrae la condición resolutoria en los legados en el sentido de que extingue la liberalidad? Tal es la verdadera cuestión, que no sin gran embarazo contesta M. Demolombe. Después de enseñar que se retrotrae la condición, recuerda que muchos niegan la retroactividad y que en todo caso no está suficientemente caracterizada para servir de medio seguro de distinguir el legado condicional al de la substitución. ¿Y por qué no? Porque, dicen, más bien es ella uno de sus efectos que uno de sus elementos constitutivos. (1) Y ¿qué importa? Desde que se retrotrae la condición, sea efecto, sea elemento constitutivo, ya no hay legado, ni, por consiguiente, doble liberalidad, ni substitución.

De hecho, se dice que el legado bajo condición resolutoria tiene los mismos inconvenientes que la substitución cuando no se debe realizar la condición sino á la muerte

1 Demolombe, t. 18, pág. 141, núm. 120.

del legatario. Ciertamente que la condición resolutoria hace muerta á la propiedad, sea cual fuere la época en que debe realizarse la condición, y tal incertidumbre es mayor ó menor según que más ó menos se prolongue el plazo. Esto no ha sido parte á impedir que el legislador admita la condición resolutoria en los contratos y no la prohíba en los legados. Bajo este respecto, no hay diferencia entre los legados y los contratos. El legatario bajo condición resolutoria es propietario como lo es el comprador; no se puede decir que la cosa legada esté fuera del comercio más que lo esté la casa comprada; no es mayor la obligación de conservarla en el legatario que en el comprador, pues la puede enajenar, con la circunstancia de que si se realiza la condición, la venta quedará resuelta; lo mismo que sucedería en la venta que hiciera el comprador bajo condición resolutoria. Sin duda es un mal esa incertidumbre, y de ello podría haberse prevalido el legislador para prohibir la condición resolutoria en los legados, por lo menos cuando no se ha de realizar sino á la muerte del instituido; pero no lo ha hecho.

445. La sala de casación consagró la opinión que sostenemos en la resolución que ya hemos citado (núm. 422). Una testadora instituye á su nieto y, en el caso de que muera sin posteridad, quiere que se repunte no haber recibido más que en usufructo la mitad de su herencia; en el mismo caso, lega esa mitad bajo condición suspensiva á sus sobrinos. De suerte que el nieto no poseerá la mitad de la herencia sino bajo condición resolutoria. La sala de casación mantuvo esa disposición; pero M. Demolombe sostiene que encierra una substitución prohibida. (1) Según él, uno de los elementos más esenciales que caracterizan la substitución, es que la condición á que está subordinado el llamamiento del segundo agraciado sea la de

1 Demolombe, t. 18, pág. 140, núm. 120.

que sobreviva al primero; de tal suerte que la época eventual en que el segundo podría recibir después del primero sea la de la muerte de éste. Hemos contestado ya que ese pretendido elemento esencial de la substitución es sencillamente la condición de toda disposición testamentaria, ó sea que para recibir una liberalidad, es menester vivir en el momento en que ella comienza. ¿Qué importa cuál sea ese momento? Admítase generalmente que en las substituciones fideicomisarias ese momento es la muerte del instituido. Ni aun esto es de esencia en las substituciones. Al tratar de las permitidas, veremos cómo se pueden hacer á tiempo, de manera que se abran antes de morir el instituido; y lo mismo sucedía en el derecho antiguo. Luego es imaginario ese elemento constitutivo de las substituciones. Lo que las caracteriza, no es la época en que ellas se abren, sino la existencia de dos liberalidades que comprenden una misma cosa y la segunda de las cuales se abre habiendo producido efecto ya la primera. Siempre se ha tenido el orden sucesivo como carácter distintivo de las substituciones. Pues bien, absolutamente falta ese carácter en el legado bajo condición resolutoria, puesto que, al realizarse ella, extingue el legado y no deja subsistente más que una liberalidad.

446. Insisten aún diciendo que el medio más seguro para distinguir la substitución del legado condicional, es que la condición con que se llama al segundo agraciado para que reciba la liberalidad, sea la de que sobreviva al instituido. El argumento es singular. Más cómodo había de ser indudablemente para el intérprete contar con alguna señal cierta que sirviera para distinguir al legado condicional de la substitución; pero no puede, únicamente por comodidad, resolver que el legado hecho bajo condición resolutoria se transforma en substitución cuando no debe cumplirse la condición sino á la muerte del legatario.

Nos explicaríamos tal argumento cuando hubiese imposibilidad de distinguir el legado bajo condición resolutoria de la substitución, en el caso de que hubiera de realizarse la condición al morir el primer agraciado; entonces estaría bien decir que se comprenden ambas disposiciones, y que si la ley prohíbe una de ellas, prohíbe implícitamente la otra. Vamos á ver que la jurisprudencia establece distinción entre el legado condicional y la substitución; por tanto, es posible la distinción; si las resoluciones son dudosas, esto no se debe más que á lo difícil de la materia.

447. El principio que sirve para distinguir el legado bajo condición resolutoria de la substitución, es muy sencillo: Si una de las liberalidades queda destruida con el cumplimiento de la condición, la disposición será legado condicional y válido bajo este título; si las dos liberalidades producen efecto, una después de la otra, al morir el primer agraciado, hay substitución y, por lo mismo, hay nulidad. Toca á los jueces resolver, conforme á las cláusulas del documento, si hay ó no substitución.

Comencemos por citar algunos casos en que la jurisprudencia ha admitido la existencia de un legado hecho bajo condición resolutoria. Una viuda lega á su cuñado la mitad de todos sus bienes, previendo el caso de que su única hija no tardará en seguirla al sepulcro; y añade que si esa hija llega á la mayor edad, se convertirá el legado en simple usufructo y pertenecerá en propiedad á la hija. Muere la testadora, y poco después también su hija. Los herederos de ésta piden la nulidad del testamento por causa de substitución prohibida, y el tribunal declara esa nulidad. Apelado el fallo, se resuelve en Bruselas que el legado litigioso se hizo bajo condición resolutoria; en el caso de que la hija hubiese llegado á la mayor edad, habría quedado resuelto el legado hecho al cuñado, la hija habría quedado como propietaria de los bienes al abrirse la herencia,

y, por lo mismo, sólo una liberalidad habría habido en la nuda propiedad y otro en el usufructo; cosa que permite el art. 898, por ser de liberalidades distintas sin orden sucesivo. (1)

Un testamento hecho por un corcegués contenía la singular condición de que si llegaba á salir condenado el legatario por algún delito, le substituía con los hijos nacidos de su matrimonio, primero con los varones, y á falta de ellos, con las hembras. ¿Era una substitución? La palabra estaba en el testamento, pero en substancia la disposición era condicional. El legatario instituido en primer lugar comenzaba por recibir el legado; pero si cometía algún delito, quedaba resuelto el legado y llamados en su lugar los hijos. Si no se realizaba la condición resolutoria, seguía siendo propietario incommutable el legatario, que era el único que aprovechaba la liberalidad, y caducaba el legado condicional hecho á los hijos. En suma, el primer agraciado lo era bajo condición resolutoria, y los otros bajo condición suspensiva. En cualquier hipótesis no podía haber más que un agraciado y, por lo mismo, ni orden sucesivo ni substitución. (2)

En un caso que recientemente ocurrió en casación, el fallo se apoyaba en una consulta de M. Demolombe. Lo que admiraba al autor, era la incertidumbre de la propiedad que resultaba de las disposiciones condicionales. El consejero informante, M. Cornelly, contesta muy bien que tal incertidumbre la hay igualmente en las disposiciones á título oneroso hechas bajo condición, lo cual no impidió que admitiera el legislador. La incertidumbre no es, pues, un carácter peculiar y distintivo de la substitución fideicomisaria, sino más bien uno de sus efectos, uno de sus inconvenientes. El carácter que verdaderamente distingue

1 Bruselas, 13 de Diciembre de 1809 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 136)

2 Bastia, 22 de Mayo de 1854 (Daloz, 1855, 2, 10).

la substitución prohibida de la disposición condicional, es el orden sucesivo, ó la doble transmisión y la obligación de conservar y de restituir. En el caso ocurrido, declaraba formalmente la testadora que era su ánimo disponer bajo condición. ¿Entendía eludir con esto la prohibición de las substituciones? No es eludir la ley usar de un derecho que ella concede. Debe darse, pues, efecto á la disposición condicional, á menos que, con el aspecto y nombre de tal, se encubra una substitución, y no era así la disposición litigiosa. La testadora legaba á su sobrino el usufructo de sus inmuebles, y además la nuda propiedad, con la condición de que dejara hijos legítimos, y para el caso de que faltara esta condición, legaba la nuda propiedad á su hermano. ¿Hay en esto orden sucesivo? No. Hay una sola transmisión de la propiedad, ya á favor del sobrino si se realiza la condición, ya á favor del hermano si no se realiza. Si no deja hijos el sobrino, nunca habrá sido propietario, y si lo habrá sido el hermano; aquél no debe, pues, conservar y restituir; no hay más que una transmisión y no hay substitución. (1)

448. El tribunal de Limoges resolvió, y con razón, que había substitución fideicomisaria en el siguiente caso. Un testador instituye heredera universal á una hija menor, llamando á la madre á heredar si moría aquélla antes de la mayor edad ó de contraer matrimonio. Sosteníase que la disposición era un legado condicional, pero nada indicaba la condición en las cláusulas del testamento: el testador no llamaba á la madre sino después de que la heredera instituida hubiese recibido la herencia y muriese antes; lo cual implica dos liberalidades en orden sucesivo y, por lo tanto, substitución. El tribunal fijó muy bien la diferen-

1 Angers, 14 de Abri de 1872 (Dalloz, 1873, 101), y denegada, 21 de Julio de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 52; y la consulta de Demolombe, *ibid.*, pág. 53).

cia entre la substitución y el legado condicional. En éste pasa directamente la cosa legada del testador al legatario, porque el efecto retroactivo de la condición lleva la liberalidad al momento en que muere el testador; de suerte que no hay intermediario entre el que da y el que recibe. Pero en aquel caso, la propiedad, al morir el testador, afectó á la persona de su heredera instituida, y así cuando esa liberalidad pasa al otro legatario, hay un segundo agraciado que recibe después del primero; hay, pues, orden sucesivo y substitución; sólo que ésta era condicional; pero, condicional ó pura y simple, la substitución está prohibida por los términos generales del art. 896. (1)

La sala de casación desconoció estos principios, á nuestro juicio, en el siguiente caso. Se hizo un legado á un individuo "para que hiciera de la cosa legada, en goce y propiedad, lo que estimara conveniente;" pero con la cláusula de que "caducará y se tendrá como *no hecha* si muere el legatario antes de cumplir veinte años de edad." La sala declaró que esa disposición no era legado condicional sino una substitución en favor de los herederos legítimos. Decir que el legatario tiene el goce y la propiedad, es decir exactamente que recibe el legado y, por consiguiente, la propiedad afecta á la persona del legatario, y como esa propiedad tiene que volver, en caso de muerte antes de la mayor edad, á los herederos del testador, hay dos liberalidades con orden sucesivo. (2) La sala olvida la cláusula expresa en que el testador decía que se tendría como "caduca y no hecha" si el legatario no llegaba á la mayor edad. ¿Y qué es una liberalidad "caduca?" La que se extingue sin producir efecto alguno. El testador añade

1 Limoges, 6 de Junio de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 154). Compárese con lo resuelto en Orleans, á 10 de Febrero de 1830 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 114, 2°).

2 Denegada, 13 de Agosto de 1856 (Dalloz, 1857, 1, 23).

que se tendrá "por no hecha," quiere decir, que se resolverá retroactivamente, como si nunca hubiera existido. Tal es el efecto de una condición resolutoria. No impide ella la transmisión de la propiedad; el legatario, bien así como el comprador bajo condición resolutoria, se hace propietario como un adquirente puro y simple, y á él afecta, por lo tanto, la propiedad, para usar los mismos términos que la sala; pero esa propiedad es resoluble y se destruye si se realiza la condición. Por consiguiente, jamás fué propietario el legatario, y no hay ni orden sucesivo ni restitución.

*ARTICULO 3.—Carga de devolver al morir.*

*Núm. 1. Principio.*

449. El art. 896 prohíbe la disposición por la cual el instituido queda con la carga de conservar y "restituir" á un tercero. ¿Qué se debe entender por la carga de restituir? Los autores y la jurisprudencia están de acuerdo para exigir que se imponga la carga de restituir al instituido para cuando muera, para que haya substitución prohibida; si no hay carga de restituir al morir, no hay substitución. (1) ¿No es esto aumentar la ley? Ella habla de la carga de restituir en términos generales, no habla de restituir "al morir." ¿Puede el intérprete restringir una prohibición general y absoluta, limitándola á la carga de restituir al morir? Creemos, pues, que el legislador no entendió prohibir más que las disposiciones con carga de restituir al morir; pero importa precisar los motivos que justifiquen esta opinión. Los que suelen darse son, á nuestro entender, falsos y que derraman la confusión en una materia ya tan erizada de dificultades, sin que los intérpretes crien otras nuevas.

1 Nos contentamos con citar uno de los últimos fallos (Casación, 15 de Julio de 1857, Dalloz, 1857, 1, 335). Ya ni siquiera se discute el punto por los tribunales.

Uno de nuestros buenos autores dice que si el legislador, al prohibir las substituciones, hubiese entendido por ellas las disposiciones con obligación de restituir, en cualquiera época que esto fuera, no habría podido autorizar los legados á término, y menos aún las condicionales con carga de un heredero instituido. (1) Esto equivale á decir que las substituciones á término ó bajo condición se confunden con los legados á término ó condicionales, y que el único carácter que distingue la substitución prohibida de los legados á término y de los condicionales, consiste en que en la substitución no se establece la carga de restituir sino muerto el instituido, mientras que en los legados á término se restituye la cosa al espirar éste, y en los condicionales al presentarse la condición; lo cual supone que el término y la condición son, sobre todo, de tal naturaleza propia para escoger antes de la muerte del instituido. Esto no es exacto y hemos combatido ya ese error y las consecuencias que produce en lo tocante á los legados condicionales. Más fácil aún es demostrar que no se confunde una substitución á término con el legado condicional. El carácter esencial que los distingue es que en la substitución hay dos liberalidades con orden sucesivo; de suerte que el instituido es el intermediario por cuyo conducto llega la liberalidad al substituto. No hay orden sucesivo en los legados hechos á término. El que, al espirar éste, recibe la cosa, recíbela directamente de manos del testador, sin vía oblicua. De ahí que, al morir el disponente, se abren los derechos de todos y los transmiten á sus herederos, aun cuando mueran antes de espirar el término. Mientras que el substituto debe vivir en el momento en que el instituido le restituye la cosa; si muere antes caduca la substitución. Por tanto, hay diferencias esenciales entre el legado á término y la substitución á término;

1 Durantón, t. 8º, pág. 77, núm. 78.