

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.

de modo que bien ha podido la ley autorizar los legados á término, á la vez que prohibir las substituciones á término, como ha podido admitir los legados condicionales y prohibir las substituciones con carga de restituir al verificarse una condición que no sea la muerte del instituido. ¿Se quiere una prueba decisiva de ello? Es la de que en el derecho antiguo se podían hacer las substituciones á término y, por tanto, bajo condición distinta del fallecimiento anterior del instituido. Lo propio sucede con las substituciones permitidas bajo el código, en las cuales nos volveremos á ocupar.

Hay, pues, que abandonar un argumento que confunde disposiciones esencialmente distintas. Otra razón de más se da, que no creemos mejor. El código permite ciertas substituciones, y las que admite por excepción deben tener los mismos caracteres que las substituciones que generalmente están prohibidas; mas las substituciones de los arts. 1,048 y 1,049 no comienzan, por regla general, sino á la muerte del instituido; esas son, pues, las que el código ha querido prohibir. (1) El argumento claudica. Si generalmente comienzan las substituciones prohibidas al morir el gravado, nada impide que se hagan á tiempo; de modo que nada se puede inferir de las substituciones permitidas con respecto á las prohibidas, ó bien la conclusión que se sacara sería la de que la ley prohibió toda especie de substituciones, las que comienzan en vida del instituido y las que cuando él muere.

La verdadera razón para resolver está en la tradición y en las discusiones que tuvieron lugar en el consejo de Estado. Esas discusiones prueban que los autores del código civil entendieron prohibir las substituciones tal como se usaban en el antiguo régimen. ¿Y cuál era el uso casi

1 Demolombe, t. 18, pág. 87, núm. 86. Toullier, t. 3º, 1, pág. 11, núm. 22.

universal? Thévenot nos lo dice: "Comunmente no se hacen nuestras substituciones sino por tener lugar la muerte del gravado." De ahí se concluía que bastaba decir: "Instituyo á Fulano y le substituyo con Mengano." Presumíase por derecho que el disponente no había entendido ordenar la restitución sino para cuando muriera el gravado. Quiere decir que la carga de restituir implicaba la de restituir al morir. En este sentido tradicional hay necesidad también de entender la expresión de que se sirve el artículo 896. (1)

450. Síguese de ahí que hay substituciones no prohibidas, aunque ofrezcan los caracteres de las fideicomisarias, á menos que el instituido esté encargado de restituir al morir. Así no hay substitución en el caso del art. 896; si el donatario ó el legatario han estado obligados á restituir los bienes inmediatamente, no hay continuación de tiempo propiamente dicha y, por lo mismo, ni substituido ni substituto; lo cual es lo que se llama un fideicomiso puro y simple, del que volveremos á tratar más adelante. Si hay obligación de restituirlos á un plazo fijo, hay substitución á tiempo; y los autores dicen que, en este caso, no hay substitución. Esto es cierto en el sentido legal de la palabra. Tal substitución no está prohibida por el art. 896, sin que por eso deje de serlo, puesto que hay un instituido y un substituto, continuación de tiempo, orden sucesivo y transmisión al substituto por medio del instituido, esto es, por medio oblicuo; lo cual distingue esta disposición del legado á término (núm. 449). Finalmente, no hay substitución prohibida cuando se impuso la carga de restituir, con cualquiera condición capaz de realizarse en vida del instituido. En nuestro concepto, hay que ir más allá y decir que la disposición condicional nunca es substitución,

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 21, nota 32, pfo. 694. Thévenot, página 102, núms. 285 y 286.

aun cuando la condición fuera propia para realizarse sólo á la muerte del gravado. (1)

Los autores y la jurisprudencia están acordes en este punto. Hemos citado los fallos que admiten la validez de los legados condicionales (núm. 441). Las substituciones para un término fijo son raras; por contrario, no es dudosa su validez desde que se acepta la interpretación que generalmente se da al art. 896. Como lo dice muy bien el tribunal de Colmar, hay entre las substituciones á tiempo y las que comienzan á la muerte del testador, la diferencia de que las últimas crean un orden particular de heredar que el autor de la substitución impone á sus herederos. (2) ¡Cosa singular! Los defensores de las substituciones, porque los hay, invocan la libertad del testador, sin reflexionar que el que substituye encadena á sus herederos, les impide que dispongan de sus bienes como les parezca. En nombre de la verdadera libertad, es necesario proscribir las substituciones que le ponen trabas y dan al substituyente un poder superior á la libertad, cual es el de arreglar lo porvenir para generaciones enteras. No es posible decir otro tanto de las substituciones á tiempo: ellas no introducen un orden particular de heredar, puesto que la substitución comienza en vida del instituido; de modo que cada uno tiene libertad para disponer de sus bienes. En este sentido, las substituciones á tiempo difieren de las substituciones que comienzan al morir el substituto; uno de los motivos que hicieron prohibir éstas, no existe para las otras.

451. ¿Es menester que el instrumento diga en términos expresos que el instituido debe restituir los bienes al mo-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 22, pfo. 694. Demolombe, t. 8º, página 106, núm. 99.

2 Colmar, 25 de Agosto de 1825 (Daloz, palabra *Substitución*, número 116, 2º). Compárese con lo resuelto en Ruau, á 2 de Febrero de 1870 (Daloz, 1870, 2, 431).

rir? La ley no lo exige puesto que ni siquiera habla de la época en que se deben restituir los bienes al substituto. Basta, pues, que la carga de restituir al morir resulte necesariamente de las cláusulas de las disposiciones. Si se hubiese dicho que el testador legaba á Pedro con carga, en el caso de que no se casara, de restituir á Pablo, la carga de restituir se referiría á la época de la muerte por la naturaleza misma de la cláusula. En efecto, á la muerte del instituido es cuando se sabrá si no se casa. Lo mismo sucedería en todos los casos en que la carga de restituir está subordinada á una condición negativa que no se realiza sino al morir aquel que está encargado de restituir. (1)

Por no deber ser expresa la indicación de la época en que debe hacerse la restitución, toca al juez resolver si resulta necesariamente de la disposición. En el siguiente caso, el tribunal de Angers había declarado que la disposición no encerraba más que un fideicomiso puro, es decir, que el instituido estaba obligado á restituir inmediatamente, lo cual excluye la substitución. El testador legaba un terreno á una criada á quien dejaba en cinta; según los términos del testamento, la legataria tenía derecho de gozar de aquel terreno en plena propiedad, con la carga de conservarle para el hijo que diese á luz. Esta resolución fue casada. La cláusula principal del testamento probaba que no contenía un simple fideicomiso: "Deseo que goce en plena propiedad de mi terreno de la Crilloire." Resultaba de ahí que la legataria debía gozar de la cosa, y gozar como propietaria; con eso había una institución con carga de conservar. Faltaba determinar la época de la restitución, que el testador no indicaba. La sala de casación dijo: que teniendo derecho la legataria de gozar en plena propiedad del terreno que se le había legado, le tenía para continuar en aquel goce toda su vida, puesto que no estaba limitado

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 23 y nota 35, pfo. 694, y los autores que citan.

á un espacio de tiempo menor; el testamento obligaba, sin embargo, á conservar y restituir, y así no estaba obligada á entregar la cosa legada antes de morir; lo cual constituye la esencia de la substitución fideicomisaria que prohíbe y anula el artículo 896. (1) Casi no era dudoso el punto, y el favor de la causa fué el que arrastró al primer juez. Translado á los testadores y á los que redacten los instrumentos de última voluntad. En fuerza de querer asegurar el legado á la persona á quien deseaba agraciarse, el testador le comprometió.

452. Si el testador dice simplemente que lega con carga de restituir, ¿será menester interpretar la cláusula en el sentido de que encarga que se restituya al morir? ¿O será la carga de restituir inmediatamente? En el antiguo derecho, presumíase que había carga de restituir á la muerte; el uso general era substituir así, y por lo mismo se reputaba que el testador había querido que se restituyeran los bienes á su muerte cuando no había manifestado voluntad en contra. Resolver que la cosa debía ser restituida inmediatamente, habría sido engañar la voluntad del substituyente. Sin embargo, no había presunción absoluta; el juez resolvía conforme á las circunstancias del caso; tal es la conclusión de Thévenot. "De acuerdo con los pormenores en que acabo de entrar, dice, se ve suficientemente que cuando no hay ni cláusula expresa que difiera el fideicomiso para cuando muera el gravado, ni término que implícita y necesariamente encierre esa condición, la cuestión de si debe ó no presumirse es cuestión de voluntad que depende de la circunstancia y de la prudencia judicial." (2)

Con mayor razón sucede esto en el derecho moderno. Las substituciones están prohibidas; no se puede admitir fácilmente que el testador haya querido hacer lo que la

1 Casación, 15 de Julio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 335).

2 Thévenot, pág. 301, núms. 920-922, y pág. 302, núm. 924.

ley prohíbe. Las substituciones prohibidas se anulan hasta en cuanto á la institución, y no se puede presumir que el testador haya querido hacer un acto que no ha de producir efecto. ¿Quiere decir esto que la carga de restituir, sin más explicación, debe interpretarse siempre en el sentido de que se ha de restituir la cosa inmediatamente? Así lo enseñan, fundándose en el art. 1,167, (1) del cual se abusa singularmente en punto á substituciones. Sin duda, deben entenderse los instrumentos en el sentido en que pueden producir algún efecto, más bien que en el que no produzcan ninguno; pero hay otra regla de interpretación que se olvida, y es que la voluntad del difunto constituye ley; no pudiendo, pues, el juez substituir con su interpretación la voluntad del difunto. Si el testador quiso hacer una substitución, ya por ignorancia, ya con ánimo de eludir la prohibición legal, no hay que hacerle decir lo contrario de lo que decir hizo, ni mantener un instrumento que la ley anula.

453. Dirémos otro tanto de una cuestión análoga que divide á los autores. Si el testador se sirvió de los términos del art. 896, legó con carga de conservar y restituir. ¿Será ésta una substitución prohibida, ó hay que interpretar la disposición como conteniendo un simple fideicomiso? Unos dicen que habiendo reproducido el testador los términos de que se sirve la ley para definir las substituciones, debe verse en esa disposición una substitución prohibida. No, dicen los otros, se debe interpretar el instrumento de modo que produzca efecto. (2) Creemos también que ésta no es cuestión de derecho, sino de hecho; sólo que decimos que al interpretarle debe tenerse en cuenta la voluntad del

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 13, núm. 23. Durantón, t. 8º, pág. 98, número 89.

2 Véase en sentido contrario, á Aubry y Rau, t. 6º, pág. 22, nota 34 y los autores que citan.

disponente. Como lo dice la sala de casación en el fallo que acabamos de citar (núm. 452), es necesario considerar ante todo lo que quiso el testador; si son claras y precisas las cláusulas del testamento, no há lugar á interpretación, y debe anularse lo que la ley prohíbe y anula.

Núm. 2. Aplicación. De los fideicomisos.

454. Los legados pueden hacerse en forma de fideicomisos. Instituyo á Pedro mi heredero, encargándole que restituya mi herencia á Pablo. Esto es lo que en el antiguo derecho se llamaba fideicomiso puro, porque se hacía sin condición alguna que tuviera suspenso é incierto el efecto. El de aquel fideicomiso era el de todo legado puro y simple; comenzaba inmediatamente que se abría el testamento por la muerte del testador, y desde ese momento el legatario á quien debía entregarse la cosa, tenía derecho al legado y le transmitía á sus herederos. (1)

Se ha notado que nunca usa el código la palabra *fideicomiso*. Los autores y los tribunales se sirven de ella ordinariamente para designar una disposición que tiene por objeto hacer que llegue la liberalidad á manos de un incapaz. En este sentido, nada tiene de común el fideicomiso con las substituciones prohibidas. Si es capaz el legatario, el fideicomiso se confunde con el legado, y sólo difiere de él en cuanto á la forma; en lugar de dar directamente, el testador encarga dar á su heredero. Esta carga se sobreentiende en todo legado, puesto que siempre hay alguno obligado á pagarle.

455. Los fideicomisos no son, pues, una manera particular de disponer. Como nada dice el código acerca de ellos, se ha sacado por consecuencia que continuaba en vigor en esta materia la antigua legislación. (2) Este es un error: el código sienta como principio que el testador puede dis-

1 Thévenot, pág. 101, núms. 280, 282.

2 Gand, 28 de Enero de 1842 (*Revisión*, 1842, 2, 105).

poner bajo la denominación que estime á propósito para expresar su voluntad (art. 967). Luego puede disponer con el nombre de fideicomiso; el nombre no hace cambiar en nada la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, las cuales se rigen por los mismos principios. Antiguamente, los fideicomisos se hacían en términos precativos, mientras que los legados en términos imperativos. El código no se apega á las palabras sino á la voluntad. De aquí que una disposición hecha en términos precativos será válida, con tal que el testador hubiese explicado con claridad lo que deseaba; poco importa que haya calificado su disposición de fideicomiso ó de legado. En el caso resuelto en Gand, el testador había hecho primero un testamento auténtico por el cual distribuía sus bienes y encargaba á su criada que ejecutara su última voluntad. Al día siguiente hizo otro testamento ológrafo en el que instituíó al notario que había autorizado el anterior, su legatario universal, manifestando su voluntad de que el notario dividiera la herencia con los legatarios instituidos la víspera. El notario se decía heredero efectivo; y se resolvió que simplemente estaba encargado de ejecutar las disposiciones del testador tal como las había manifestado en su testamento. Creemos que el tribunal falló en justicia; pero era inútil recurrir á la legislación de los fideicomisos para resolverlo así; los tribunales están investidos de la facultad de interpretar las disposiciones testamentarias, y así podía decir el tribunal que el pretendido legado universal era un fideicomiso puro y simple.

456. ¿Qué diferencia hay entre los fideicomisos y las substituciones? Ya hemos respondido á esta pregunta. El fideicomiso es un legado; cuando es puro y simple, no hay el aspecto en él de una substitución; cuando es á término ó bajo condición, hay cierta analogía aparente; el que está encargado de pagar el legado no debe hacerlo sino al

expirar el término ó al presentarse la condición, y en este sentido se puede decir que debe conservar la cosa para restituirla. En realidad, no hay ni instituido ni sustituto. Aquel á quien se le debe entregar la cosa es el único legatario, á término ó bajo condición. En lo relativo al fideicomiso á término, todos están de acuerdo. En cuanto al fideicomiso condicional, distinguen: si debe realizarse la condición en vida del gravado, hay legado condicional; si debe realizarse muerto él, hay sustitución. Hemos examinado todas estas cuestiones al tratar del legado á término y del condicional; lo que hemos dicho de los legados se aplica á los fideicomisos; el mismo error se comete distinguiéndolos, y esto es un manantial de confusión en una materia bastante complicada de por sí. (1)

ARTICULO 4.—*De la obligación de conservar y restituir.*

Núm. 1. Principio.

I. Es necesario una obligación jurídica.

457. Según el art. 896, el instituido debe estar encargado de conservar y restituir al sustituto. ¿Qué debe entenderse por la palabra *carga*? Es de jurisprudencia que la carga implica una obligación jurídica, es decir, un vínculo de derecho que constituye al instituido en deudor y al sustituto en acreedor; de suerte que si aquél no cumple con su obligación, tiene éste acción para cometerle, ó á sus herederos. De aquí concluye la sala de casación que la carga de conservar y restituir debe expresarse en términos imperativos y obligatorios.

El principio no sería discutible. Lo que constituye la esencia de la sustitución, es que los bienes legados deben conservarse por el instituido, primer agraciado, para restituirlos, al morir, al sustituto, agraciado en segundo lu-

¹ Compárese á Toullier, t. 3º, 1, pág. 18, núms. 30-32; Coin-Delisle, pág. 44, núm. 22 del artículo 896; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 8, pfo. 694; Demolombe, t. 18, pág. 100, núm. 95.

gar. El sustituto recibe los bienes del instituido, y debe tener, por consiguiente, acción contra él, como la tiene todo legatario contra el deudor del legado. Si no resulta acción de la disposición, no hay carga de conservar y restituir, porque el instituido podrá disponer de los bienes sin que pueda un tercero proceder contra él ó sus herederos, para obligarle restituir. La sala de casación formuló el principio en el siguiente caso: Un testador lega todos los bienes que deje al morir, con derecho para la legataria universal de disponer de ellos en toda propiedad y goce, como de cosa propia, con la única condición de que al morir legará ó empleará en socorrer á los pobres todo lo que ella hubiere heredado. ¿Había en eso carga de conservar y restituir en el sentido del art. 896? Los términos mismos del testamento probaban que la legataria era libre para disponer, y que, por lo mismo, no tenía obligación de conservar; tenía, ciertamente, el cargo de emplear al morir lo que hubiera heredado, en socorrer á los pobres; pero el testador añadía que en esto la dejaba en absoluta libertad para obrar como le pareciera. ¿Podía decirse que los bienes legados así eran indisponibles? Nó, porque nadie podía compeler á la legataria ni á sus herederos á que hiciera un empleo que el testador no tanto le había impuesto cuanta había deseado, puesto que se remitía por completo á la legataria. La sala de casación dijo, á este respecto, que la carga de conservar y restituir implica, en la persona del tercero llamado en segundo orden, una acción civil contra los herederos del gravado para obligarlos á realizar en su favor la voluntad del disponente; y que tal acción es el correlativo necesario y la sanción de la cláusula de indisponibilidad que, sin ella, sería ineficaz y sin valor. Mas, en el caso, no había acción ni, por lo tanto, carga de conservar y restituir. (1)

¹ Denegada, 13 de Diciembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 169). Com.