

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.

458. ¿Es menester concluir de ahí, con la sala de casación, que los términos en que se expresó la carga de conservar y restituir deben ser imperativos y obligatorios? (1) Creemos que eso no importaría excederse de la mente de la sala, así como de las exigencias de la ley. Por oposición al derecho antiguo, es como los autores y la jurisprudencia establecen el principio de que la carga de conservar y restituir implica una obligación civil. Antiguamente, la voluntad de crear una substitución resultaba de la expresión de un simple deseo, de una súplica, de una esperanza, de una recomendación. (2) Es que se favorecía á las substituciones, y se contentaban con la intención manifestada en cualesquiera términos, de que los bienes legados se restituyeran á un heredero. Era, á decir verdad, el derecho común: toda disposición de última voluntad debe ser válida, con tal que sea cierta la voluntad y sean cuales fueren los términos empleados por el testador; no sucede lo mismo bajo el imperio del código civil: el legislador ha puesto las substituciones fuera del derecho común, prohibiéndolas. Los motivos de tal prohibición son de orden público; los autores del código reprueban las substituciones porque ellas impiden la libre circulación de los bienes y ponen trabas á la libertad de los herederos del substituyente. Para que haya substitución importa, pues, que haya un vínculo de derecho que encadene á las personas y las propiedades, una imposibilidad legal de enajenar, lo cual implica una obligación civil de conservar y restituir los bienes substituidos. Sin esa obligación legal, el instituido queda en libertad para disponer como le parezca, para ejecutar la substitución, y allí donde hay libertad, no hay obligación ni, por tanto, párese con lo resuelto en París, á 23 de Enero de 1869 (Daloz, 1869, 2, 121), y denegada, 8 de Julio de 1834 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 64).

1 Denegada, 19 de Marzo de 1856 (Daloz, 1856, 1, 123); Junio 11 de 1860 (Daloz, 1860, 1, 447).

2 Thévenot, pág. 66, núms. 176-179.

substitución. De allí que el simple voto, el deseo, la súplica, la recomendación, no basten para que haya substitución, pues de ello no resulta ninguna traba legal para las personas ni para los bienes, y así no hay substitución. En este sentido la sala de casación dijo que son necesarios términos imperativos y obligatorios para que haya substitución fideicomisaria; la cláusula, más bien que la fórmula, es la que debe ser imperativa. Hay obligación convencional, aunque las partes no hayan empleado las palabras acreedor y deudor. Igualmente hay obligación de conservar y restituir, aunque el testador no haya mandado y ordenado, pues basta que haya impuesto al instituido la obligación de conservar y restituir, importando poco los términos de que haya usado. La expresión de un voto, deseo, súplica ó recomendación, por sí sola no había de ser bastante. Bajo este concepto hay diferencia entre la substitución y los legados; en cuanto á éstos, basta con cualquier expresión de la voluntad del testador, aunque esté en forma de súplica; en cuanto á las substituciones se necesita algo más. La razón de ello es que toda disposición de última voluntad implica un derecho para el agraciado y una obligación para el que la debe ejecutar. En cambio no todo fideicomiso es substitución, pues se necesita que el substituyente ligue, encadene la libertad del instituido y declare los bienes legados inenajenables; y como una disposición precativa le dejaría con libertad para disponer, no habría substitución.

459. La doctrina de la sala de casación, en cuanto á la expresión de la voluntad del testador, más bien es, pues, negativa que afirmativa, y hay que entenderla en el sentido de que la manifestación de un voto, de un deseo, de una súplica, no es bastante. Este principio fué combatido por Durantón y después de él por Coin-Delisle; creemos inútil renovar la discusión, por haber quedado aislada la opinión de esos autores. Es cierto, como lo dicen ellos,

que los fideicomisos precativos pueden encubrir una substitución fideicomisaria, pues sabiendo el testador que no puede mandar, suplicará, y si el instituido es hombre honrado, cumplirá con ese voto. Se ha respondido, y la respuesta es concluyente, que no es posible impedir los fideicomisos secretos; el testador puede no imponer ninguna carga en su testamento á su heredero, y aun se abstendrá de emitir su deseo, pero hará conocer sus voluntades oralmente ó por carta: ¿quién impedirá al instituido que cumpla con sus intenciones? (1)

Nunca ha vacilado la jurisprudencia en este asunto. Un marido instituye á su mujer por su heredera mobiliaria é inmobiliaria, queriendo que ella sea la dueña absoluta de sus bienes, y después le suplica que disponga de la mitad de los inmuebles en favor de su cuñado. Los hermanos del difunto pidieron la nulidad del testamento, por el capítulo de la substitución, y se resolvió en Bruselas que la última disposición no estaba concebida en términos imperativos ni confería ningún derecho á aquel en cuyo favor se le había pedido que dispusiera á la heredera instituida. Recurrido el fallo, se pronunció otro denegatorio. (2)

Un tutor oficioso instituye legataria universal á su pupila, *recomendándole expresamente* que, caso de morir ella antes sin posterioridad, *debería* hacer que volviese á sus derechohabientes todo ó lo más de su herencia. La sala de casación mantuvo el testamento. Conforme á derecho, decía la resolución, la simple súplica ó la recomendación hecha por el testador á aquel á quien instituye legatario para que disponga en favor de un tercero de los bienes legados, no basta para constituir substitución prohibida. Pe-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 15 y notas 17 y 18, y los autores que citan.

2 Denegada, 5 de Enero de 1809 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 60). Compárese con la denegada de 20 de Enero de 1840 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 177).

ro de hecho el testador no se sirvió de los términos imperativos y obligatorios, sino que se limitó á *recomendar expresamente* á su legataria, que hiciera volver los bienes á sus herederos; la *recomendación*, por ser *expresa*, no cambia de carácter ni puede dar á la cláusula un sentido imperativo y obligatorio que ella no tiene. Esto no es exacto; el testador hacía más que *recomendar expresamente*, añadía que el legatario *debía* hacer que volviera á uno de sus herederos el todo ó la mayor parte de su herencia; y la palabra *deber* es un término imperativo. La sala añade otro motivo, y es el de que el testador no designaba ningún objeto ni parte que el legatario debiera conservar y restituir; lo cual probaba que se remitía por completo á ella para las disposiciones que quisiera hacer en favor de sus herederos naturales. (1) Tampoco esto es absolutamente exacto; había obligación de conservar la mayor parte de la herencia y, por consiguiente, cuando menos una mayor que la mitad. Lo que es cierto en cuanto á la súplica y á la recomendación, se aplica naturalmente al deseo que el testador expresa de que el legatario conserve los bienes legados para restituirlos á un tercero. Así lo declaró la sala de casación en un caso en que, de hecho, habría podido declararse que el deseo era una orden. Efectivamente, el testador añadía la prohibición expresa de enajenar; ¿no se podría inferir de ello que el deseo estaba sancionado por la prohibición de enajenar y que, por lo mismo, los términos, aunque aparentemente deprecativos, realmente eran imperativos? (2) A nuestro juicio, no había duda acerca de la voluntad del testador. Pero, planteada así, la cuestión de hecho no entraba en las atribuciones de la sala de casación; tampoco se suscitó.

También en el siguiente caso declaró la sala que había

1 Denegada, 19 de Marzo de 1856 (Daloz, 1857, 1, 123).

2 Denegada, 11 de Junio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 447).

habido substitución. Instituyendo la testadora por legatarios universales, entre otros, á un sobrino suyo sometido á la vigilancia de un consejo judicial, declaraba que no le dejaba una parte de sus bienes sino para transmitirla á sus hijos legítimos ó, á falta de hijos, á su hermana, y no á otros. Si hubiese estado aislada aquella disposición, habría debido anulársela como viciada de substitución, puesto que la testadora expresaba una voluntad bien decidida, formulándola como condición. Pero comenzaba por decir que si no se proveía de consejo judicial á su sobrino, suplicaba se tomaran medidas para asegurar la conservación de los bienes que le dejaba, y declaraba que confiaba en los cuidados que pondría aquel consejo para asegurar al sobrino contra su propia debilidad. La sala de casación se valió de esa cláusula para deducir que la testadora no imponía á su legatario la obligación absoluta de conservar y restituir los bienes que le legaba, sino que, lejos de eso, decía que para asegurar la conservación de esos bienes, contaba con el concurso del consejo judicial; de lo cual se puede inferir que no diera carácter imperativo á la *recomendación* hecha por ella al sobrino, y que no hacía más que expresar un simple deseo. (1) Tal apreciación nos parece muy dudosa. Por principio, la testadora no hacía una *recomendación*, palabra que no se encuentra en el testamento, ni su idea tampoco. Y después, si se refería al consejo judicial, era por impedir que su legatario gastara con temeridad; cosa que nada tenía que ver con la voluntad muy resuelta que manifestaba, de que se transmitieran los bienes á los hijos del legatario ó á su hermana, y no á otros.

Si en lugar de servirse de un término deprecativo, el testador dice que su *intención* es que los bienes legados por él á su nieto sean, en el caso de que éste llegue á morir antes sin posteridad, divididos entre sus hermanos y her-

1 Denegada, 14 de Junio de 1865 (Daloz, 1865, 1, 437).

manas carnales, con exclusión de cualesquiera otros, á los cuales hermanos y hermanas declara que hace substitución expresa, ninguna duda cabe. La *intención* expresa la *voluntad*, y la palabra *substitución*, de que se sirve el testador para designar á aquellos á quienes llama en segundo orden, completa su pensamiento. Una disposición concebida así fué anulada. (1)

II. De la carga virtual de conservar y restituir.

460. ¿Debe servirse el testador de los términos del artículo 896 para definir la substitución? Todos admiten que esos términos no son sacramentales. No los hay, por regla general, para manifestar la última voluntad. Cierto es que la de hacer una substitución es ilegal; pero es una razón de más para atacarla de nulidad desde que es muy cierta, aunque el testador no haya dicho terminantemente que imponía á su legatario la carga de conservar y restituir. Es menester no olvidar que la prohibición del art. 896 es de orden público, y que en ella se interesa el bien social. Poco importan, pues, los términos en que esté concebida la disposición; si resulta necesariamente de ella la carga de conservar y restituir, hay substitución. ¿Cuándo se puede decir que es virtual esa carga? Esta es cuestión de hecho. Los autores y la jurisprudencia declaran acordes que hay substitución virtual cuando no se puede ejecutar la disposición si no es conservando y restituyendo la cosa legada. (2) Cuando se trata de puntos de hecho, las reglas de la teoría son de poca monta, pues todo depende de la apreciación que haga el juez de las circunstancias del caso. Todos los ejemplos que vamos á dar están tomados de la ju-

1 Amiéns, 29 de Abril de 1826 (Daloz, palabra *Substitución*, número 62).

2. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 16, nota 19, pfo. 694, Poitiers, 6 de Mayo de 1847 (Daloz, 1847, 2, 132).

risprudencia, (1) y prueban que nunca tienen los testadores ánimo de hacer una substitución fideicomisaria, aunque la disposición contenga una substitución prohibida. Esto no impide que no deba anularse la disposición, y aun por el todo, la institución y la substitución. La ley es terminante; no se fija en la voluntad del testador, no tiene en cuenta más que los caracteres de la disposición y los efectos que debe producir. Toca á los que aconsejan á los testadores el ilustrarlos; multitud de pleitos podrían ahorrarse y, lo que es más importante, la voluntad legítima de los testadores se ejecutaría, si se redactaran con cuidado los testamentos. Cuando, sin quererlo, hace el testador una substitución prohibida, los jueces deben anularla, y entonces regularmente se hará la transmisión de los bienes dejados por el difunto en oposición á su voluntad bien expresada.

461. Un oficial instituye por su heredera universal á su prima segunda; y previendo que pueda morir ella antes de tomar estado ó tener familia, quiere que, en ese caso, el beneficio del legado vuelva á la madre de la legataria, prima hermana del testador, sólo en cuanto al goce, y, después de ella, á sus herederos naturales, por la línea paterna y por la materna. Aquel testamento, muy mal redactado, encerraba una substitución no dudosa: la legataria debía conservar los bienes y restituirlos, al morir, á la madre, la cual no tenía más que el goce, en el sentido de que estaba obligada á conservarlos y restituirlos á los parientes del testador. En vano se decía que había legado bajo condición resolutoria; ni una palabra condicional había en el testamento. Lo que probaba hasta la evidencia el orden sucesivo, es que la disposición interrumpía el orden legal de sucesión, primero en favor de la primera legataria, y después en favor de la segunda; sólo después que

1 Compárense los fallos citados por Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 110, 1^o-6^o.

ésta falleciera sería cuando los bienes habían de pasar á manos de los herederos naturales del difunto. Sin embargo, es cierto, como lo dice el tribunal de Colmar, que el testador no dudaba hacer una disposición prohibida. (1) ¿Qué resultó de eso? Que aquella á quien había querido beneficiar el testador antes que á nadie, su legataria predilecta, nada recibió; el testamento fué anulado y la herencia pasó á los parientes más próximos en el orden que establece el código.

Un testador lega su terreno para que de él gocen el legatario y después de él sus descendientes; deseando, añade, que sea el único heredero, él y sus hijos después de él, de generación en generación. Impugnada la disposición como de fideicomisario, la declaró válida el tribunal de Ruan, porque no había en ella carga formal de conservar y restituir. El fallo fué casado, como tenía que serlo. No es necesario, dice la sala, que la carga de conservar y restituir se exprese terminantemente en el testamento, bastando que necesariamente resulte del conjunto de sus disposiciones. Ahora bien, al ordenar la disposición litigiosa que el terreno legado pasara á los hijos descendientes, de generación en generación, prohibía, por lo mismo, que se le enajenara y le ponía fuera del comercio; lo cual implica, necesariamente, la obligación de conservarle y restituirle. (2) La regla que hemos establecido se aplicaba aquí literalmente; para que se recibiera el terreno por los descendientes del legatario, de generación en generación, era menester que éste y, como después de él, cada generación le conservara para restituirle; y esto era una substitución perpetua, á lo menos en cuanto á las palabras. Quizás no estaba esto en la mente del testador; pero poco importa, no por eso era menos viciada y nula la disposición.

1 Colmar, 24 de Marzo de 1838, y denegada, 21 de Junio de 1841 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 57).

2 Casación, 23 de Enero de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 48).

Un testamento que reza que si el legatario instituido muere antes sin hijos legítimos "pasarán" los bienes legados á los terceros que designa ¿contiene una substitución? Se trata de interpretar la palabra "pasar;" ésta implica que se hace una transmisión de legatario á los terceros, quienes reciben los bienes de él; mas, para que puedan pasar á un tercero, es menester que los conserve el primer legatario para restituirlos, y así hay carga virtual de conservar y restituir, y, en consecuencia, substitución. (1)

¿Habrá substitución cuando el testador impone á su heredero la carga de "restituir," sin hablar de la de conservar? Hay que distinguir. Si el testador entendió que el heredero no estuviera obligado á conservar; si le permitió que dispusiera de los bienes, aunque devolviendo los que le quedaran, habrá fideicomiso *de residuo*, disposición no prohibida por el art. 896; volveremos á este punto. Pero si la carga de restituir se impuso en términos absolutos, la disposición implica, por lo mismo, carga de conservar. No se comprende, dice la sala de casación, la posibilidad de restituir si ante todo no hubo conservación. No se puede presumir que el testador deje al gravado la facultad de disponer; si tal fué su intención, debió expresarla; si no concedió aquella facultad, la prohibió, obligando al legatario á restituir todo lo recibido. (2)

462. ¿Importa carga virtual de conservar y restituir, la prohibición de enajenar? Hay alguna incertidumbre sobre esto en los autores. Hemos dicho nosotros en otro lugar cuál es el efecto de la cláusula que prohíbe al heredero instituido ó al legatario enajenar de una manera absoluta, es decir, sin que la prohibición se haya hecho en favor de

1 Denegada, 1º de Agosto de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 495). Compárese con lo resuelto en París, á 23 de Enero de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 121).

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

un tercero. (1) Una prohibición así no importa nunca substitución, porque es de esencia en esto que se haga en favor de un tercero, quien tiene acción contra el obligado. á conservar y á restituir, ó contra sus herederos (número 457); mas la prohibición absoluta de enajenar pone solamente la cosa fuera del comercio, sin que se pueda decir que ee inenajenable en favor de nadie. Véase por qué esta cláusula se estima no escrita, como contraria al interés general (artículo 900); pero la disposición misma es válida.

Otra cosa es cuando el testador prohíbe la enajenación en favor de un tercero, á quien deben volver los bienes. Si dice el disponente que deben volver éstos al tercero, no hay duda; la cláusula de restitución equivale por sí sola, como más adelante lo diremos, á una substitución formal, cuando tal restitución se establece á favor de otro; con mayor razón hay substitución cuando el testador prohíbe al instituido que enajene en favor de ese otro; el que no tiene derecho para enajenar debe conservar, y debe, al morir, restituir lo que conservó, que es precisamente la carga de conservar y restituir con orden sucesivo en favor de dos agraciados. y, en suma, con todo los caracteres de la substitución prohibida. Pero se pregunta si basta que se haga la prohibición en favor de un tercero para que sólo por esto el tercero sea substituto. Así lo enseñan, por lo general, y con razón, según creemos. En efecto, la cláusula no tiene interés para el tercero si no debe aprovecharse de la imposibilidad de enajenar, y como no se aprovecha sino está substituido al que tiene la carga de conservar, de aquí que esa carga implica, en tal caso, la de restituir. Si la cláusula no tiene este sentido no tendrá ninguno, y no se puede admitir que el testador imponga

1 Véase el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 679, núm. 461.

una prohibición en favor de un tercero sin que éste deba aprovecharse de ella. (1)

En este sentido se ha formado la jurisprudencia, y se resolvió ya que hay substitución prohibida en el siguiente caso: el testador lega todos sus bienes a su hermana, con la condición de que nunca los venderá, ni enajenará, ni podrá disponer de ellos más que en favor de los hijos de su hermano, quienes tampoco tendrán el goce sino después de su padre y de otra hermana del testador. El tribunal de Caen dice que la intención del testador, de establecer una substitución, es tan evidente, que no sería posible duda formal acerca de ella. Quiere el testador que no se enajenen los bienes por la legataria; ¿debe, pues, conservarlos ésta, y en favor de quién? A su muerte pasa la nuda propiedad á los hijos, en cuyo favor se prohibió enajenar, y el usufructo á las personas llamadas á gozar de los bienes. En el caso, el llamamiento de los hijos del hermano de la legataria resultaba claramente del testamento; el testador preveía el caso de que la legataria quisiera disponer de los bienes legados por testamento, y le prohibía que dispusiera en favor de otro que los hijos de su hermano. Si el legatario no disponía, los hijos debían recibir los bienes *ab intestato*, por no estar llamados su padre y una hermana de la legataria sino á gozar de los bienes. Había, pues, obligación de conservar y restituir en favor de los hijos. (2)

463. La prohibición de enajenar puede no ser absoluta. Antiguamente se consideraba como substitución tal prohibición de enajenar fuera de la familia; siendo general el uso de las substituciones presumiase fácilmente que el testador quería conservar los bienes en favor del mayor de sus hijos, á fin de mantener el esplendor de la familia

1 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 17, nota 22, y los autores que citan. Es necesario añadir á Demolombe, t. 18, pág. 173, núm. 148.

2 Caen, 5 de Diciembre de 1860, y denegada, 7 de Mayo de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 289).

Aquello era, pues, substitución presunta. En nuestro derecho actual no puede ya presumirse una substitución, puesto que sería presumir que el disponente quiso ejecutar un acto prohibido por la ley y nulo como tal. Es menester, pues, examinar la disposición en sí misma y ver si presenta los caracteres de una substitución. Ahora bien, uno de esos caracteres, el que principalmente dió lugar á su prohibición, es la imposibilidad de enajenar bienes gravados con substitución. Ese carácter falta en la disposición que prohíbe simplemente enajenar fuera de la familia; las familias son numerosas, puesto que abrazan á todos los parientes hasta el duodécimo grado, y, por lo mismo, no están los bienes fuera del comercio; en realidad, no deben ser conservados y, por consiguiente, no hay substitución fideicomisaria. (1)

464. Con mayor razón no hay substitución cuando el testador se limita á prohibir al legatario que disponga á título gratuito de los bienes legados; el legatario queda en libertad para disponer como le plazca, á título oneroso; y así los bienes quedan en el comercio, porque éste consiste precisamente en vender y comprar, en prestar y en hipotecar. En un caso que ocurrió en casación había un motivo para dudar. Se había dicho en el testamento que, para el caso de enajenar á título oneroso, volvería el precio, muerto el legatario, á los llamados en segundo lugar. Acogiéndose á esa cláusula, dedujo que había obligación de conservar el valor de los bienes legados en favor de los substitutos. El tribunal de Rennes, combinando las diversas cláusulas del testamento, resolvió que no era tal la mente del testador, quien quería dejar á su mujer, legataria universal, un poder absoluto para disponer á título oneroso.

1 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 18, nota 24 y los autores que citan. Compárese á Demolombe, t. 18, pág. 173, núm. 148.

roso; los muebles que se hallaran en especie en la herencia, quedaban afectos al pago de las deudas que hubiera contraído; lo mismo había que decir de las cantidades que procedieran de la venta de los bienes enajenados por la legataria; de suerte que no quedaba á los herederos llamados en segundo orden más que los bienes de que no hubiera dispuesto la legataria y los cuales no serían absorbidos por el pago de sus deudas; era, pues, una substitución *de eo quod supererit*, y más adelante veremos que esas substituciones no están prohibidas por el art. 896. (1)

465. Por igual razón la prohibición de testar no equivale á una substitución, puesto que el legatario á quien se prohíbe queda en libertad para disponer por acto entre vivos, aun á título gratuito, y los bienes quedan en el comercio, lo cual excluye toda idea de substitución fideicomisaria. Se objeta que los bienes de que no dispone el legatario deben restituirse á sus herederos. Es cierto que hay allí un caso de substitución puesto que, al morir, el legatario no puede dejar los bienes por testamento; pero podría dejarlos por donación entre vivos; en todo caso, es uno de aquellos fideicomisos *de residuo* que no entendió prohibir el artículo 896. (2)

466. ¿Implica substitución la obligación de instituir á tal heredero? No hay substitución, si no hay carga de conservar y de restituir. Por consiguiente, para que la obligación de instituir á tal heredero importe substitución, es menester que resulte de allí para el legatario la obligación de conservar la cosa para restituirla á quien debe instituir como heredero. Tal sería de un dominio, con carga de legarle á un tercero. El primer legatario no podría disponer de él entre vivos, ni á título oneroso, ni á

1 Denegada, 11 de Febrero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 232).

2 Denegada, 11 de Agosto de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 468). Compárense los fallos citados por Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 81, y á Aubry y Rau, t. 6º, pág. 18, nota 23 y los autores que citan.

título gratuito, y así el inmueble quedaría fuera del comercio; hay dos agraciados, uno directa y el otro indirectamente, puesto que por la voluntad del primer disponente el segundo legatario recibe la cosa del segundo testador. Pero si la disposición que obliga á instituir á tal heredero recae sobre una universalidad, no impide que el legatario disponga de los bienes entre vivos; sólo por vía de presunción y de conjetura podría resolverse que la mente del testador es que el legatario conserve los bienes legados para, á su vez, transmitirlos al segundo legatario; más conforme al código civil, ya no se puede tratar de fideicomisos conjeturales. (1)

En este sentido está la jurisprudencia. Un testador instituye á su mujer heredera universal, "para que pueda gozar de los bienes, usar y disponer de ellos al morir en toda propiedad." Después declara el testador que la mujer supérstite "estará obligada á disponer por testamento que la herencia vuelva á los herederos colaterales de quienes proceden los bienes." Citamos los términos incorrectos de aquel testamento. El de la mujer en favor del marido contenía la misma disposición; la intención de los cónyuges era que los bienes que uno de ellos le dejara al otro volviera á los herederos legítimos después de muerto el esposo legatario; pero tal obligación de instituir á su muerte á los herederos colaterales, no estorbaba al supérstite para disponer en vida de los mismos bienes, puesto que el testamento le reconocía expresamente esa facultad; por tanto, no había, en realidad, más que fideicomisos *de eo quod supererit*. (2)

El tribunal de Lieja dió la misma resolución por otro motivo que á nuestro parecer es dudoso; cierta mujer ins-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 18, nota 25 y pág. 23, nota 37. Demolombe, t. 17, pág. 174, núm. 155.

2 Colmar, 6 de Febrero de 1824 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 65).