

tituyó á su marido legatario universal con esta cláusula: "Pido que establezca á todos mis sobrinos y sobrinas indistintamente y por partes iguales, por sus herederos." El tribunal interpretó la palabra *pedir* en el sentido de *suplicar*. Algo más significa, exigir, mandar, en términos más atentos. Pero el tribunal no necesitaba de argumento tan discutible; aun cuando la testadora hubiese ordenado testar en favor de sus sobrinos, no habría resultado de ahí una obligación jurídica de conservar y restituir, ni, por lo mismo, substitución. (1)

¿Habría ésta si el testador encargara á su legatario universal que al morir dejara á sus dos hijos mayores ciertos bienes, imponiendo á los herederos presuntos de éstos la obligación de transmitir las mismas tierras á sus hijos que estuvieran por nacer por orden de primogenitura, de varón en varón? Esto sería imponer al legatario la obligación de crear un fideicomiso perpétuo; y el tribunal de Bruselas anuló la carga de la institución en virtud del art. 896. Tal resolución fue criticada, y con razón. El testador que ordena á su legatario crear una substitución no hace él mismo una substitución, sólo impone una carga ilícita; es, pues, el caso de aplicar el art. 900 y de borrar la condición, manteniendo la disposición general, y no el art. 896, que anula ambas disposiciones. (2)

467. Había de tiempo atrás una disposición usual en las provincias flamencas. El contrato de matrimonio instituía al cónyuge supérstite heredero universal del difunto, con facultad plena para enajenar los bienes en su vida, pero con la cláusula de que en el caso de que los bienes se encontraran en su herencia, los parientes del finado antes recibirían la mitad de los bienes dejados por el último que hubiese fallecido. Esa cláusula tenía por objeto continuar

1 Lieja, 30 de Mayo de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 119).

2 Bruselas, 10 de Febrero de 1809 (Daloz, palabra *Substitución*, núm: 86). Compárese á Vazeille, t. 2º, pág. 25, núm. 35.

la comunidad después de muerto uno de los cónyuges, investir al supérstite de la facultad ilimitada de enajenar los bienes entre vivos y á título oneroso, pudiendo al morir llamar á los parientes del muerto antes á la mitad de los bienes. Por ese pacto, el que sobrevivía conservaba la fortuna del finado, lo cual le mantenía en la misma libertad ó comodidad de que había disfrutado en vida de su cónyuge; tenía la facultad de enajenar á título oneroso, pero si no enajenaba, los herederos del muerto eran llamados á la mitad de los bienes, al fallecer el último, como si hasta ese momento se hubiera disuelto la comunidad; de suerte que se aprovechaban del aumento que había recibido ésta después de la muerte de uno de los cónyuges, y por lo mismo, era también un medio de conservar los bienes en las familias. Pero esto suponía que el sobreviviente, fiel á tal arreglo de familia, no dispondría sin necesidad. Aquellas cláusulas cayeron en desuso desde la publicación del código civil, que no permite ya estipular que continúe la sociedad conyugal después de muerto uno de los esposos (arts. 1,442 y 1,388). La disposición podría hacerse también por testamento recíproco, lo cual no es más que la obligación de testar, impuesta por dos esposos que disponen el uno al favor del otro. Allí no hay substitución, puesto que el esposo instituido tiene plena facultad para enajenar entre vivos. Sólo que es dudoso que la disposición pudiese comprender la mitad de los bienes legados por el último que falleció, sin distinguir los que provienen del testador de los que pertenecen al heredero instituido; el testador no puede disponer de la cosa de otro, más indirecta que directamente. (1)

1 Bruselas, 7 de Febrero de 1816, y 8 de Marzo de 1821 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 36, y 1821, pág. 320), y Octubre 29 de 1825, con substitución condicional en el caso de que el sirviente volviera á casarse. Resolvióse que, siendo dueño de disponer el sirviente, no había substitución. (*Pasicrisia*, 1825, pág. 508). Compárese á Voet, 86, 1, 56.

1. Aplicación.

I. De la cláusula de restitución.

468. El artículo 951 permite al donante que estipule el derecho de restitución de los objetos donados, para el caso de muerte anterior del donatario, ó de él mismo y de su posteridad. La ley añade que ese derecho no se puede estipular más que en favor del donante. Cuando se estipula en el del donatario, no podría cuestionarse sobre la substitución, por ser una donación hecha bajo condición resolutoria; realizada la cual, la donación queda resuelta, como si nunca hubiera existido; por consiguiente, no hay ningún agraciado, ni transmisión alguna de bienes.

Ocurrió un caso en que era dudoso si realmente se había estipulado en favor del donante el derecho de restitución. Cuatro hermanas, que vivían bajo un mismo techo, hicieron donación á sus sobrinos de la cantidad de 20,000 francos, con la cláusula de que si morían los donatarios antes que las donantes, volverían la cosa donada á éstas ó á la última que sobreviviera. El tribunal de Riom declaró que la restitución se haría conforme al artículo 951. Había alguna razón para dudar: cuando cuatro personas donan la cantidad de 20,000 francos, cada una es donante sólo de 5,000 francos, y no puede estipular la devolución sino de lo que dona; estipulando la de toda la cosa donada, ¿no se excedía del artículo 951? ¿Las donantes que murieran antes no reservaban la restitución en favor de un tercero, cual lo era la hermana que sobreviviera á los donatarios? Conforme á los principios generales, sería menester ciertamente declararlo así. El tribunal de Riom respondió que la donación de 20,000 francos estaba hecha conjuntamente por las cuatro hermanas y por cada una de ellas por igualdad, como se expresaban, lo cual indicaba una *especie de solidaridad* que las identificaba.

Mucho dudamos que sea exacta esa interpretación. Dar por *igualdad*, no es dar solidariamente, sino dar cada uno una parte igual. De modo que el tribunal no se atrevió á decir que había solidaridad, sino que era una especie de solidaridad: lo cual equivale á no decir nada. La donación ó es solidaria ó no: si no lo es, se divide, y dividiéndose hay tantas donaciones como donantes, y cada una de éstas no puede estipular la restitución sino de lo que ella dona. (1) Citamos este ejemplo para poner alerta á nuestros jóvenes lectores contra las palabras vagas con que á veces se contentan, á guisa de razones, los autores y los tribunales. No basta decir que hay una *especie de solidaridad* para que se tenga derecho de aplicar los principios relativos á la misma. Tampoco basta que se haya hecho la donación por copropietarios, porque puede, sin embargo, donar cada uno por su parte.

469. Si se estipuló la restitución en favor de un tercero, no es el caso previsto por el art. 951. La cláusula de restitución autorizada por la ley no es más que la condición resolutoria que el donante pone á su liberalidad; resuelta la donación, se reputa que nunca existió, y, por lo mismo, el donante sigue siendo propietario. En este sentido vuelven á su poder los bienes, de los cuales, á decir verdad, siempre quedó siendo propietario. No se puede decir lo mismo cuando se estipuló la restitución en favor de un tercero: éste no puede considerarse como habiendo sido siempre el propietario, puesto que jamás lo fué. Si, pues, se le transmiten los bienes, es en virtud de una liberalidad hecha con respecto de restitución. Por consiguiente, hay un primer agraciado, el donatario, que recibió los bienes con cláusula de restitución; y hay otro que los recibe al morir el donatario, si fallece sin posteridad. Por tanto, hay dos

1 Riom, 25 de Febrero de 1825, bajo la presidencia de Grenier (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 199).

liberalidades hechas sucesivamente con carga virtual de conservar y restituir, que son los caracteres constitutivos de la substitución fideicomisaria.

Tal es la doctrina generalmente seguida. (1) Creemos que es demasiado absoluta. Es menester atender á la intención del disponente. Si quiso agraciarse al primer donatario, y después de él, á aquel en cuyo favor estipuló la restitución, no hay duda; la disposición es substitución fideicomisaria en forma de cláusula de restitución. Pero si dijera el donante que en caso de morir sin hijos, la liberalidad quedará resuelta y considerada como no hecha, y que en ese caso donaba los bienes á un tercero que se estimará haberlos recibido desde los principios, tal disposición no sería, á nuestro juicio, substitución. Sería donación en favor del primer donatario bajo condición resolutoria, y en provecho del segundo bajo condición suspensiva. En cualquiera hipótesis, no había más que una liberalidad, y así ni instituido ni substituto, ni substitución (números 443 y 446).

La jurisprudencia anula las disposiciones con cláusula de restitución en favor de un tercero, como inficionadas de substitución. Sobre este punto hay un fallo de la sala de casación dictado según el informe de Chabot. Hácese una donación universal por contrato de matrimonio á los futuros cónyuges; después se exceptúa un inmueble de esa donación; la donante dispone de él con la cláusula de que si el donatario particular muere antes sin dejar hijos, el inmueble que se le donó pertenecerá en propiedad al donatario universal. El documento, como se ve, no habla ni de restitución ni de condición resolutoria; el inmueble donado pura y simplemente pasa al segundo donatario bajo condición suspensiva, sin quedar resuelta la primera do-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 14, nota 14. Demolombe, t. 18, pág. 121 núm. 110.

nación. Resulta que hay dos agraciados: el primer donatario debe conservar la cosa, y al morir él sin hijos, deben sus herederos restituirla al segundo donatario. Por tanto, hay un instituido y un substituto; éste está llamado condicionalmente, pero poco importa, puesto que también está prohibida la substitución condicional. Sosteníase que era una donación con cláusula de restitución, lo cual sería, dice el fallo, alterar el instrumento so pretexto de interpretarla. La donación no decía sino que la cosa donada volvería al donatario universal, y no podía decirlo, puesto que la restitución significa reversión á un propietario precedente, y el donatario universal nunca lo había sido, por estar exceptuado el inmueble de la donación. Objetábase aún que la intención de las partes no había sido la de hacer una substitución. Poco importa, responde el tribunal; no se trata de lo que las partes quisieron hacer; es necesario atender á lo que hicieron, y lo que hicieron fué una verdadera substitución. (1) Lo mismo sería si el disponente hubiese dicho que los bienes volverían á un tercero, sin expresar que la primera donación quedaría resuelta; la restitución á un tercero es imposible, y puesto que no se resuelve la primera liberalidad, hay dos con orden sucesivo, y así con substitución. (2)

470. ¿Es substitución prohibida la restitución estipulada en favor de los herederos? Gran confusión reina entre los autores sobre este punto. La jurisprudencia distingue si la restitución se estipuló para solamente los herederos. Examinemos por principio la primera hipótesis. El art. 951 no permite que se estipule la restitución para el donante y sus

1 Casación, 22 de Junio de 1812 (Daloz, palabra *Substitución*, número 203, 2º)

2 Denegada, 18 de Abril de 1849 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 259). Compárese con lo resuelto en Rennes, á 1º de Mayo de 1860 (Daloz, 1861, 2, 85); Angers, 24 de Noviembre de 1871 (Daloz, 1872, 2, 208).

herederos; dice que tal derecho no se puede estipular más que en favor del donante. La estipulación de la restitución en favor de éste y de sus herederos es, pues, ilícita por lo que toca á los últimos. Pero ¿cuál será el efecto de esa disposición? La dificultad está en saber si la estipulación en favor de los herederos debe considerarse como condición ilícita ó como substitución prohibida. Si es simple condición ilícita, hay que aplicar el art. 900, según el cual se reputan como no escritas las condiciones contrarias á la ley; se hace desaparecer la condición relativa á los herederos y se sostiene la disposición en que se encierra la condición ilícita. Si, por el contrario, se considera la restitución estipulada en favor del donante y de sus herederos como substitución, debe aplicarse el art. 896, el cual anula no solamente la substitución, sino toda la disposición; de suerte que el donatario mismo no se aprovecha de la liberalidad que se le hizo. Creemos que la estipulación de la restitución en favor del donante y de sus herederos no contiene substitución fideicomisaria.

El art. 951, que no permite estipular la restitución sino en favor del donante, no dice que si se estipuló en su favor y el de sus herederos, habrá substitución prohibida. Lo único que se puede inferir del art. 951, es que aquella estipulación está prohibida; pero la ley no dice cuáles serán las consecuencias de la prohibición. El fin del legislador fué impedir que con el nombre de restitución se ocultara una substitución fideicomisaria. Es preciso ver, pues, si la cláusula que estipula que se restituya al donante y á sus herederos ofrece los mismos caracteres que la substitución. A nuestro juicio, es simplemente una condición resolutoria. Si dijera el donante que donaba tal objeto con la condición de que si moría el donatario sin dejar posteridad, quedaría resuelta la donación, sería válida la disposición, puesto que se puede hacer una donación bajo condición resolutoria.

¿Y cuál sería el efecto de esa donación? Si se realiza la condición, quedará resuelta la donación, esto es, se estimará que nunca existió; de donde se sigue que se estimará no haber salido nunca los bienes del patrimonio del donante; la resolución aprovecha, pues, necesariamente al donante y á sus herederos. Y bien, tal es igualmente el efecto de una cláusula de restitución estipulada en favor del donante y de sus herederos. La dicha cláusula no es más que condición resolutoria, y produce los efectos de tal. Quedando resuelta la donación, nunca hubo liberalidad, ¿y cómo se quiere que haya substitución donde no hay instituido ni substituto? Lejos de que haya dos liberalidades hechas en un orden sucesivo, no hay más que una.

¿Será menester inferir de ahí que es permitido estipular la restitución en favor del donante y de sus herederos? Si pudiera resolverse la cuestión con arreglo á los principios, habría que responder afirmativamente sin vacilar. En una estipulación semejante no hay sombra de substitución; es una donación bajo condición resolutoria, y nunca se ha prohibido hacer una donación, como ningún otro contrato, bajo condición resolutoria. Pero el tenor del art. 951 prohíbe lo que los principios permiten; decir que no se puede estipular la restitución más que en favor de sólo el donante, es decir que no puede serlo para el donante y sus herederos; la estipulación de la restitución en favor de los herederos es, pues, una cláusula ilícita, y, por consiguiente, es menester hacerle desaparecer conforme al art. 900. No reflexionó el legislador que la cláusula de restitución en favor del donante y sus herederos es una verdadera condición resolutoria fideicomisaria. Resulta del art. 951 una singular anomalía. No se puede estipular la restitución para el donante y sus herederos, mientras que se puede hacer la donación bajo condición resolutoria; sin embargo, en el fondo las cláusulas son idénticas. ¿Se dirá que es menester sacar

otra consecuencia de esa identidad, y es que la prohibición de estipular la restitución en favor del donante y de sus herederos implica la prohibición de hacer una donación bajo condición resolutoria? Esto sería extender el art. 951 más allá del texto y del espíritu de la ley, al mismo tiempo. Lo que entendió prohibir el legislador es una substitución disfrazada con cláusula de restitución; mas una donación bajo condición resolutoria no es, por cierto, substitución.

Tal es el sentido de la jurisprudencia. Se hace por contrato de matrimonio una donación con la estipulación de restituir en caso de morir sin hijos el donatario, *ora al donante, ora á sus herederos*. El tribunal de Burdeos declaró que esa estipulación contenía, no una substitución sino una extensión del derecho de restituir, contra la ley; en consecuencia, la donación era válida, pero declarando como no escrita la cláusula de restitución estipulada en favor de los herederos. En los considerandos del fallo, el tribunal iba más lejos, diciendo en términos absolutos que el artículo 951 preveía un caso absolutamente distinto del previsto por el 896; lo cual implicaba que la cláusula restitutoria nunca encierra substitución. Acabamos de decir lo contrario en el caso de que la restitución se estipule en favor de un tercero (núm. 469); de modo que, al denegar el recurso contra el fallo de Burdeos, la sala de casación se limitó á aprobar el fallo sin apropiarse sus motivos. (1)

El tribunal de Tolosa había anulado en un caso análogo la disposición, teniéndola como substitución fideicomisaria; pero fué casada su resolución. No hay que confundir, dijo la sala de casación, la donación con cláusula de restituir y la substitución. El art. 951 permite la restitución en favor del donante, prohibiéndola en el de cual-

1 Denegada, 8 de Junio de 1836 (Daloz, palabra *Substitución*, número 201). Compárese con lo resuelto en Montpellier, á 25 de Abril de 1844 (Daloz, 1845, 2, 36). Compárese á Aubry y Rau, t. 7º, página 24, nota 38.

quier otro; pero cuando él excedió los límites de ese artículo, la ley no declara la nulidad de la donación, sino que será una estipulación ilícita que el código reputa como no escrita (art. 900); pero que no entraña la nulidad de la discusión principal. El fallo está concebido en términos demasiados generales; podía creerse que el tribunal entendía que, en cualquiera hipótesis, se había de regir la substitución por el art. 900; pero no es tal ciertamente su idea, puesto que es de práctica constante que la restitución estipulada en favor de un tercero sea substitución; es menester, pues, concordar el fallo con el que se dictó y limitarle al de restitución estipulada en favor del donante y de sus herederos.

471. Hay otra restricción que hacer á la doctrina que acabamos de exponer. Suponen los autores que la restitución se estipuló en favor del donante y de sus herederos; ¿qué debería resolverse cuando el instrumento expresara que á falta del donante volverían los bienes á otros que no fueran sus herederos; ó lo que es igual, cuando se estipulara la restitución para el donante y para un tercero? En ese caso, la restitución en favor del tercero sería verdadera substitución. Esto no es dudoso, siguiendo la opinión que hemos sustentado. La substitución es condición resolutoria, y la resolución no puede aprovechar sino a aquel que ha sido y se ha estimado ser siempre propietario, una vez realizada la condición. Tales son el donante y sus herederos; pero como el tercero nunca tuvo la propiedad de la cosa donada, no puede ciertamente reputarse que siempre la conservó. La adquiere, pues, en virtud de la cláusula restitutoria. Falta saber si esto sucede como substituto ó bien á virtud de haberse resuelto la primera donación. Si como substituto, quiere decir, si el donante se propuso agraciar al primer donatario y después de él al segundo, habrá substitución prohibida y, por consiguiente,

nulidad. En la cláusula, tal como la hemos formulado, la intención del donante no era absolutamente la de hacer dos liberaciones con orden sucesivo, puesto que comenzaba por estipular la restitución para sí, esto es, la resolución de la donación; luego por quedar resuelta ésta pasan los bienes á un tercero, quien, por lo mismo, los recibe, no del primer donatario, que se estima no haber sido nunca agraciado, sino directamente del donante, y esto excluye toda substitución.

Conforme á la opinión general que admite que la restitución en favor de un tercero implica siempre substitución, debe resolverse que la cláusula que estipula la restitución al donante y al tercero es nula por estar inficionada de substitución. No es una extensión ilegal del derecho de restituir, porque no se puede extender la restitución á un caso en que es imposible; ¿concíbese que se restituyan á un tercero bienes que nunca ha poseído? Por lo mismo, es una verdadera substitución con nombre de restitución. No se puede decir otro tanto cuando se estipula ésta en favor del donante y sus herederos, porque en tal caso sí sería posible restituir, toda vez que si los herederos no han sido propietarios lo ha sido el donante, y aquéllos y éste forman una sola personalidad. (1) Esto es justísimo si no se ha resuelto la primera donación, en el cual caso hay dos agraciados con orden sucesivo y, por consiguiente, substitución. Pero no es cierto, á nuestro juicio, cuando la cláusula restitutoria hace que se resuelva la primera liberalidad; y tal es, por cierto, el caso general, puesto que la restitución implica condición resolutoria.

472. Queda la última hipótesis y es la más controvertida. Estipulase la restitución en favor de los herederos, sin haberlo sido para el donante. ¿Es substitución prohibida ó una cláusula nula y, como tal, reputada como no escrita?

1 Demolombe, t. 18, pág. 126, 3º, núm. 112.

A nuestro juicio no hay substitución; es una cláusula de restitución prohibida por la ley y que, por lo mismo, cae bajo la aplicación del art. 900; que será destruida, y la disposición con la cual venía quedará válida. No hay substitución. En efecto, la cláusula restitutoria es una condición resolutoria que, al realizarse, produce la resolución de la donación, después de lo cual los bienes donados vuelven al donante y á sus herederos. Estipular en favor de éstos la restitución es, pues, estipular lo que acontezca de derecho, en caso de resolverse la donación. No hay primer agraciado, puesto que se ha resuelto la liberalidad que se le hizo. Por tanto, no hay instituido. ¿Habrá substituto? Tampoco. Porque, en realidad, no están agraciados los herederos á quienes vuelven los bienes; ellos los habrían recibido á virtud de la resolución, aun cuando no hubiese habido ninguna estipulación en provecho suyo; en todo caso, no reciben como instituidos, puesto que no los hay. Conforme á los verdaderos principios, la cláusula tendría que ser válida por no ser más que condición resolutoria; pero el código la prohíbe y, por tanto, es nula y debe reputarse como no escrita, conforme al art. 900. (1)

Esta opinión no ha encontrado apoyo. Generalmente se enseña que la cláusula restitutoria estipulada en favor de los herederos contiene una substitución prohibida. No es, dicen, una cláusula de restitución, porque nunca se puede estipular que vuelvan los bienes á quien nunca los poseyó. La cláusula no tiene, pues, de restitución más que el nombre; el donante se despojó realmente de los bienes en favor del donatario, é hizo, en el de sus herederos, una disposición eventual en segundo orden, para el caso de que muriera el donatario sin posteridad. (2) No nos parece

1 Compárese á Demolombe, t. 4º, pág. 21, núm. 10 bis, 9º. Duranton, t. 8º, pág. 109, núm. 93.

2 Aubry y y Rau, t. 6º, pág. 23, nota 38. Demolombe, t. 18, página 123, núm. 111.

exacto esto. Una donación hecha con cláusula de restitución no es donación pura y simple; transmite, cierto, la propiedad al donatario, pero bajo condición resolutoria; y así, cuando se realiza la condición de morir sin hijos, queda resuelta la donación. ¿Qué sucede entonces con los bienes? Que vuelven al donante ó á sus herederos. No queda ya ninguna liberalidad, y así, no se puede disputar ya acerca de la substitución. Siguiéndose la opinión que impugnamos, para nada se toma en cuenta la cláusula de restitución, sino que se interpreta la donación como si hubiese dicho el donante; "Doy á Pedro, y si muere sin hijos, le substituyo con mis herederos." Esto es alterar la cláusula, porque es hacer que desaparezca la de restitución, y transformar una donación con condición resolutoria en donación sin condición; para lo cual no está facultado el intérprete.

473. La jurisprudencia ha estado por aplicar el art. 896. Cuando se entra al examen minucioso de las resoluciones, algo pierden de su autoridad. Léese en un fallo dictado en Riom, bajo la presidencia de Grenier, que toda restitución que no se hubiere estipulado en favor del donante, es substitución fideicomisaria (1) Hacemos á un lado aquella resolución demasiado absoluta; es inútil combatirla, por no haberla adoptado la jurisprudencia. Hay otras que también es necesario desentenderse; unas por no estar motivadas, (2) y otras por no resolver en forma la dificultad. Así, en un caso tratábase de la restitución estipulada en favor del donatario universal; (3) en otro, la sala de casación insiste en una circunstancia particular, y es la de que se había estipulado la restitución, no en favor de los

1 Riom, 9 de Agosto de 1829 (Daloz, palabra *Substitución*, número 200).

2 Denegada, 16 de Julio de 1807 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 203, 1º). Casación, 5 de Marzo de 1866 (Daloz, 1866, 1, 123).

3 Casación, 22 de Junio de 1812 (Daloz, palabra *Substitución*, número 203, 2º).

herederos en general, sino de un individuo determinado. (1) En cuanto á los fallos de principio, los motivos en que se fundan nos parecen convincentes. Muy natural era, en el derecho antiguo, que se tuviera como substitución la restitución estipulada en favor de los herederos, puesto que se veían favorablemente las substituciones hasta el punto de presumirlas con facilidad. (2)

En muchos casos podía sostenerse que no había verdadera condición resolutoria, quiere decir, que si se realizaban la cláusula de restitución ú otra análoga, no quedaba resuelta la donación primitiva, en el cual caso puede decirse con los fallos, que el primer donatario tenía encargo de conservar y de restituir, bajo condición, al segundo agraciado, lo que implica una substitución prohibida. Así, un testador instituye por heredero universal á su hermano, con esta cláusula: "Me reservo, si mi heredero llega á morir sin hijos; queriendo, que mis bienes vengán á mis hermanas." No se encuentra en el testamento la palabra restituir: el testador lega pura y simplemente á su hermano, declarándole su heredero; por tanto, le gratifica, y si muere sin hijos, no dice que quedará resuelto el legado, sino que quiere que entren sus hermanas á heredarle. Hé aquí dos liberalidades que comienzan sucesivamente; tuvo razón el tribunal de Nimes para resolver que había substitución. (3) Igualmente, si la testadora lega la nuda propiedad de todos sus inmuebles con esta cláusula: "En el caso de que antes muera la legataria sin posteridad después de recibir la propiedad de mis dichos inmuebles, quiero y entiendo que vuelvan á mis herederos, á quienes los lego en

1 Casación, 22 de Enero de 1839 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 30).

2 Denegada de la sala de lo civil, 3 de Mayo de 1829 (Daloz, número 203, 3º).

3 Nimes, 4 de Abril de 1827 (Daloz, palabra *Substitución*, número 203, 5º).

cuanto necesario fuere." La palabra *vuelta* se halla en la disposición, pero no se ve que la testadora la empleara como sinónimo de condición resolutoria; por tanto, el tribunal de Amiéns pudo declarar que había dos liberalidades hechas con orden sucesivo. (1) La cuestión es más á menudo cuestión de hecho, en la cual se trata de saber lo que entendió el testador por *volver* ú otra expresión análoga. Si quiso agraciar al primer donatario sin resolver la donación en caso de fallecimiento sin hijos, habrá dos liberalidades sucesivas, y por tanto, substitución. Así se declaró en casación en un caso en que el testador dijo que los bienes legados debían *entrar* en poder del legatario exentos de todo derecho de mutación, y *volver* á la herencia del testador, si moría aquél sin hijos. ¿Era esta una condición resolutoria? ¿era doble liberalidad? La sala declaró que, conforme á la mente del testador, la propiedad de los inmuebles pasaba al primer legatario, quien al morir debía dejarlos á los herederos instituidos. (2) Está por demás decir que, en eso caso, hay substitución.

La jurisprudencia belga está conforme con la francesa, declarando de una manera azás absoluta, según creemos, que la donación es substitución desde que se estipula la restitución en favor de los herederos del donante. Debemos detenernos en un fallo de Bruselas dictado conforme á las conclusiones del procurador general Daniels. La requisitoria establece muy bien la diferencia que hay entre la cláusula de restitución y la substitución. En esta hay dos liberalidades, el disponente no estipula nada para sí. En la restitución, hay sólo una liberalidad que inmediatamente traslada la propiedad al donatario; pero queda resuelta la donación, si se realiza la condición de restituir; de suerte que el donante estipula en favor propio, mientras que en

1 Amiéns, 7 de Diciembre de 1868 (Daloz, 1869, 2, 60).

2 Casación, 11 de Diciembre de 1860 (Daloz, 1861, 1, 25).

la substitución, estipula en favor del instituido y del substituto. Esto es muy cierto. Pero de ahí hay que inferir, con Daniels y el tribunal de Bruselas, que la donación con cláusula de restitución en favor de los herederos, necesariamente es substitución. (1) Creemos que esto sería demasiado absoluto. ¿Es cierto que nada estipula el donante á favor de sí? Estipular para sus herederos, es estipular para sí. ¿Y no habrá que aplicar el principio de que la cláusula restitutoria es una condición resolutoria? Puede no serlo, indudablemente; y de aquí inferimos que no hay necesidad de una resolución absoluta; debe verse lo que el donante entendió por la restitución que estipuló: si fué resolución, se aplican los arts. 951 y 900; si no lo fué, hay substitución y nulidad conforme al art. 896.

474. Hemos estado suponiendo, con el art. 951, que la cláusula de restitución se estipuló en una donación. ¿Qué deberá resolverse si el testador lega con cláusula de restitución? Daniels dice que el testador no puede disponer bajo esa condición. En efecto, es una condición resolutoria estipulada en provecho del disponente; es menester, pues, que en el momento en que se realiza, pueda el disponente aprovecharse de la resolución. Ahora bien, las liberalidades testamentarias no comienzan sino con la muerte del que las hace y así es imposible que el disponente se aproveche de ellas; de donde se sigue que no se puede estipular en su favor la resolución. Hé ahí por qué, dicen, nunca tiene lugar en materia de testamentos el derecho de restitución. (2) Es consecuencia evidente del principio establecido por el art. 951 que no permite estipular ese

1 Casación, 5 de Noviembre de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 217). Compárese con lo resuelto en Bruselas, á 31 de Octubre de 1864 (Daloz, 1866, 2, 172).

2 Amiéns, 25 de Febrero de 1837 (Daloz, palabra *Minoridad*, número 135). Tolosa, 30 de Junio de 1840 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 203, 8°).