

derecho en favor del donante. Pero ese principio no resulta de la naturaleza de la condición resolutoria; nada impide estipularla en un legado; la resolución aprovechará á los herederos del testador. Así, lo que no se puede hacer con el nombre de derecho de restitución, puede hacerse en forma de condición resolutoria. Esto prueba que el art. 951 deroga los principios relativos á las condiciones, como ya lo hemos hecho notar.

II. Del fideicomiso de residuo.

1. ¿Este fideicomiso es substitución prohibida?

475. Entiéndese por fideicomiso *de residuo* ó *de eo quod supererit* la disposición por la cual el donatario ó legatario está encargado de restituir, al morir, lo que le quede de los bienes donados ó legados. ¿Cae esa disposición bajo la prohibición del art. 896? Con alguna vacilación, los autores y la jurisprudencia han reconocido que el fideicomiso *de residuo* no es más que substitución fideicomisaria, que es la única prohibida por el art. 896. La ley anula la disposición por la cual el instituido está encargado de *conservar y restituir* á un tercero los bienes que recibió del disponente. Mas en el fideicomiso *de residuo* no hay carga de conservar, puesto que el instituido sólo tiene deber de restituir lo que le quede, y así tiene facultad ilimitada para disponer como le parezca. Otra cosa era en el derecho romano; el gravado no podía disponer más que para necesidades efectivas, por consiguiente, á título oneroso, y de buena fe; de donde resultaba que el instituido estaba obligado á conservar con ciertos límites; Justiniano fijó en la cuarta parte la de los bienes que tenía que restituir. Había, pues, substitución válida por el cuarto. La traducción romana hizo por de pronto creer á Roland de Villargues que los fideicomisos *de residuo* debían entenderse como en

Roma y que, por lo mismo, estaban prohibidos. Esta opinión enérgicamente combatida por Toullier, no encontró apoyo. La tradición en tal materia, es un guía que ciega. Los romanos buscaban la manera de dar efecto á los fideicomisos, que eran vistos con favor, mientras que el código los prohíbe; y cuando las prohibiciones se fundan en razones de orden público, son de derecho estricto. No toda substitución, dice Toullier, está prohibida; es menester que tenga los caracteres designados por la ley; ésta exige la carga de conservar, y esa carga no se haya en el fideicomiso *de residuo*, porque las leyes romanas que obligaban al gravado á conservar con cierta medida ya están abrogadas. Ninguna duda deja el espíritu de la ley. La substitución fideicomisaria del antiguo régimen fué la que quiso abolir el legislador, es decir, la substitución con carga de conservar, la que ponía los bienes substituidos fuera del comercio afectándolos de inalienabilidad. Pero desde que el instituido puede disponer de los bienes substituidos, no hay substitución en el sentido del art. 896. (1) Creemos que hay necesidad de ir más allá y decir que el fideicomiso *de residuo* no es substitución. Más adelante probaremos esto. Por de pronto, empleamos los términos usados de substitución, gravado, substituto, pero haciendo nuestras reservas.

Lejos de ser nocivo, tiene el fideicomiso *de residuo* una ventaja que ha hecho se le adopte en nuestras provincias flamencas, donde es muy usado entre esposos. Cuando éstos no tienen hijos, el afecto que mutuamente se profesan los obliga á dejar al supérstite de ellos mismos los bienes del que muere antes, para que no por sufrir en cuanto al afecto, padezca en cuanto á los intereses, y para que, des-

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 24, núm. 33, y pág. 25 nota 1. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 18, y nota 27, y los autores que se citan; Demolombe, t. 18, pág. 155, núm. 133.

pués de una vida común de comodidad, atendido el que sobrevive á sus propios recursos, no se vea expuesto á las privaciones. Sin embargo, los esposos tampoco quieren despojar á sus familias de los bienes que recibieran de ellas. No tienen más que dos medios para disponer en favor del cónyuge que sobreviva: por fideicomiso, ó en usufructo, como lo hacían antiguamente, lo cual expone al usufructuario á multitud de enredos y desazones y no le permite disponer, aunque tenga necesidad de hacerlo. El fideicomiso *de residuo* concilia todos los intereses. Asegura al supérstite el goce y la disposición de los bienes del finado, sin despojar á las familias; porque está obligado moralmente el supérstite á administrar bien el patrimonio del difunto y á no dejarle al morir á los herederos del disponente. (1)

Tales son las disposiciones usadas en Bélgica en los contratos de matrimonio: el cónyuge supérstite es instituido heredero del finado, con facultad absoluta para disponer á título oneroso, y ordinariamente los instrumentos expresan que todo lo puede consumir él. Al morir, su herencia se divide por mitad entre las dos familias, de suerte que los parientes del cónyuge finado tienen una parte en los bienes, á menos que el supérstite usé del derecho absoluto que tiene para gastar. (2) La misma disposición puede hacerse por testamento, ya en forma de substitución con carga de restituir, ya en forma de institución en favor de un pariente del testador, pariente que no recibirá sino lo que deje el cónyuge que sobreviva. (3)

476. En los primeros años que siguieron á la publicación

1 Demolombe, t. 18, pág. 161, núm. 136.

2 Véase el núm. 467. Gand, 13 de Diciembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 261).

3 Lieja, 31 de Mayo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 134); Bruselas, 25 de Julio de 1827 (*Ibid*, 1827, pág. 256); La Haya, 25 de Julio de 1823 (*Ibid*, 1823, pág. 483); Lieja, 23 de Abril de 1829 (*Ibid*, 1829, pág. 151); Lieja, 7 de Noviembre de 1843 (*Ibid*, 1844, 2, 308).

del código civil, la jurisprudencia anduvo con vacilaciones. El tribunal de Bruselas anuló un fideicomiso *de residuo*, fundándose en que el instituido no podía disponer por testamento de los bienes que le quedaran al morir, los cuales debía, por lo mismo, conservar y devolver al substituto; el tribunal dedujo de esto que hay substitución fideicomisaria por el resto de los bienes. (1) Es un error palpable. Efectivamente, desde el momento mismo en que el instituido está obligado á conservar, según el tribunal de Bruselas, tiene facultad para enajenar á título oneroso y aun gratuito; ¿y puede decirse que está obligado á conservar el que tiene derecho ilimitado para disponer? Sin embargo, el mismo argumento reprodujo aunque bajo distinta forma, el tribunal de París, en una resolución más reciente. El fideicomiso *de residuo*, dice, contiene una restricción al derecho de propiedad, puesto que debiendo devolver el instituido lo que le queda de los bienes donados ó legados, no tiene facultad para disponer de ellos por testamento. (2) Esto es cierto, pero no toda restricción impuesta al derecho de propiedad es una substitución. La disposición del artículo 896 prohíbe, hace más que restringir la facultad de disponer; prohíbe al gravado que disponga entre vivos, y por causa de muerte, á título gratuito y á título oneroso; pone los bienes fuera del comercio; hé aquí por qué el legislador la prohíbe y anula. ¿Puede decirse que los bienes están fuera del comercio porque el instituido no puede disponer de ellos por testamento? Esto no mira al comercio; y lo único que se puede sostener, es que la obligación de restituir lo que aun queda de los bienes, es opuesto al artículo 900. Más adelante volveremos á esta dificultad.

La sala de casación de Francia ha sostenido siempre que

1 Bruselas, 6 de Diciembre de 1809 (*Dalloz*, palabra *Substitución*, núm. 209).

2 París, 16 de Diciembre de 1833 (*Dalloz*, palabra *Substitución*, número 67, 5°).

el fideicomiso *de residuo* no es substitución, y da una razón irrefutable, la de que el donatario ó el legatario encargado de *restituir* no está obligado á *conservar*. De aquí la consecuencia importantísima, desde el punto de vista de los principios, de que los herederos del disponente á quienes deben restituirse los bienes restantes no reciben su derecho del disponente, puesto que éste permitió al legatario ó donatario que lo gastara todo hasta el último sueldo; si los herederos reciben los bienes ó lo que de ellos quede, es porque el instituido no dispuso como tenía derecho de hacerlo; así es que los herederos reciben su derecho del gravado, mientras que, en las verdaderas substituciones, éste no es más que intermediario, por cuyo conducto les llegan los bienes á ellos. (1)

477. La jurisprudencia de los tribunales de Francia y de Bélgica está hoy acorde en este sentido. (2) Fúndase en el texto y en el espíritu del artículo 896, que no prohíbe más que la disposición con carga de *conservar*, y esta obligación no existe en el fideicomiso *de residuo*. De allí nació otra dificultad. Se supone que el testador prohibió al legatario que dispusiera á título gratuito, y en ello hay otra nueva restricción al derecho de propiedad, puesto que el propietario no podrá hacer donación entre vivos. ¿Es esto decir que el fideicomiso *de residuo* se convierte en ese caso en substitución fideicomisaria? Nó, porque los bienes no quedan fuera del comercio; el legatario gravado con la carga de restituir lo que quede tiene derecho de enajenar á título oneroso de una manera ilimitada, y por lo mismo no está obligado á conservar, ni hay substitución. La traba que resulta de la prohibición de donar no basta para que tenga la disposición los inconvenientes de la substitución.

1 Denegada, 14 de Marzo de 1832 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 69, 3°).

2 Véanse los fallos citados por Daloz, palabra *Substitución*, números 69 y 70. Y, *supra*, núms. 467 y 474.

ción. Lo que al interés general le importa, es que los bienes puedan ser vendidos y comprados; cosa que permite el fideicomiso *de residuo*. Esto es decisivo. (1)

478. La cuestión aumenta en dificultad cuando al encargar al legatario que restituya, le permite el testador que venda *en caso de necesidad*; y esa cuestión divide á los autores. Parécenos que es cuestión de intención; es menester atender á lo que el disponente quiere decir con las palabras *en caso de necesidad*. Si quiso constituir al legatario en juez único de sus necesidades, libertándole de toda inspección y de toda justificación en cuanto al ejercicio de la facultad de enajenar que le concede, entonces no hay carga de conservar, puesto que el legatario puede enajenar como él lo quiera, y esto excluye tal obligación. (2) Pero si la mente del testador fué que el legatario no pudiera enajenar sino en caso de necesidad acreditada, de suerte que en principio el legatario esté obligado á conservar los bienes, aun por esto mismo habrá substitución; el tenor y el espíritu del art. 896 son aplicables, puesto que el instituido no puede enajenar, salvo el caso de imperiosa necesidad debidamente acreditada. Por consiguiente, los bienes quedan fuera del comercio, atacados de incapacidad de enajenarse, (3) que son los caracteres de la substitución prohibida.

2. ¿Cuál es el efecto del fideicomiso de residuo?

479. Esta cuestión da lugar á muchas dificultades. Es

1 La Haya, 25 de Julio de 1823 (Daloz, 1823, pág. 483). Aubry y Rau, t. 6°, pág. 19, nota 28. Coin-Delisle, pág. 49, núm. 31 del artículo 896. Demolombe, t. 18, pág. 164, núm. 138.

2 Denegada, 24 de Abril de 1860 (Daloz, 1861, 1, 224). Coin-Delisle, pág. 49, núm. 30 del artículo 896. Compárese á Aubry y Rau, t. 6°, pág. 20, nota 30. Demolombe, t. 18, pág. 164, núm. 139.

3 Denegada, 28 de Noviembre de 1849 y el informe de Mestadier (Daloz, 1850, 1, 113). Gand, 13 de Diciembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 261).

menester, ante todo, determinar la naturaleza del fideicomiso *de residuo*. El nombre que se le da es á propósito para inducir á error y, efectivamente, ha engañado á muchos intérpretes. Hase creído, y así se ha resuelto judicialmente, que el fideicomiso *de residuo* es una substitución fideicomisaria; de suerte que habría dos substituciones fideicomisarias, una prohibida por el art 896, y la otra permitida. De donde resultaría que deberían aplicarse al fideicomiso *de residuo* los principios relativos á las substituciones, en tanto que no están modificados por el derecho de enajenar que distingue el fideicomiso *de residuo* de la substitución prohibida. Particularmente habría que decir que en el fideicomiso *de residuo* hay un instituido y un substituto, y que el derecho de éste no comienza sino con la muerte del instituto. Creemos, con M. Demolombe, que el fideicomiso *de residuo* no es substitución fideicomisaria, (1) y es fácil demostrarlo. El art. 896 prohíbe las substituciones fideicomisarias, y sólo hay una excepción respecto de las disposiciones fideicomisarias permitidas á los padres y madres y á los hermanos y hermanas, por los arts. 1,048 y 1,049. Fuera de estas disposiciones, no se puede tratar de la substitución fideicomisaria. Cuando, pues, se dice que el fideicomiso *de residuo* no es substitución prohibida, no quiere decir esto que sea substitución fideicomisaria permitida. De que la ley no la prohíba en el art. 896 no se debe seguir que la autorice á título de substitución. Esto sería racionar muy mal, porque no es la substitución uno de los modos de disponer á título gratuito admitido por el código. No se puede, dice el art. 893, disponer de sus bienes á título gratuito sino por donación entre vivos ó por testamento. Así, toda disposición á título gratuito es necesariamente ó donación ó legado. Cuando, pues, se dice que el fideicomiso *de residuo* no es substitución

1 Demolombe, t. 18, pág. 157, núm. 134.

ción prohibida, esto quiere decir que tal manera de disponer queda en el derecho común; es una donación ó un legado; por consiguiente, hay que aplicar al fideicomiso *de residuo* los principios de las donaciones y de los legados.

480. Falta deducir las consecuencias de ese principio. Se pregunta por de pronto si la cláusula en cuya virtud el legatario debe restituir lo que le quedare de los bienes es válida. Se resolvió ya que la cláusula debe reputarse como no escrita; pero el tribunal de París no motiva esa resolución. (1) El de La Haya declaró que es válida la cláusula, por no haber ley que prohíba disponer de sus bienes bajo ciertas restricciones. (2) La cuestión está en saber si los herederos del disponente habrán de recibir los bienes de que no hubiere dispuesto el legatario. Si es ilícita la carga de restituir, hay que hacerla desaparecer, en el cual caso pasarán los bienes á los herederos del legatario. Plantada la cuestión así, supone que el fideicomiso *de residuo* es substitución. Si se admite nuestra opinión, la cuestión deja de ser. El fideicomiso *de residuo* no es substitución, y así no puede tratarse de una verdadera carga de restituir, impuesta á un instituido en favor de un substituto. Ni uno ni otro hay, puesto que no hay substitución. ¿Quién recibirá, pues, los bienes? Debe atenderse á lo que el testador quiso y á si lo que quiso es lícito. No podría dudarse de la mente del testador; quiere que el legatario entregue á sus herederos lo restante de los bienes legados, y así prefiere á sus herederos sobre los del legatario, á la vez que prefiere á éste sobre sus herederos. Esto es decisivo; imposible es que reciban los bienes por los herederos del legatario, si se atiende á la voluntad del disponente. Pero se puede discutir que tal voluntad es lícita. Esto estriba en la interpretación que se le dé. ¿Cuá-

1 París, 26 de Enero de 1808 (Daloz, palabra *Substitución*, número 69, 2°).

2 La Haya, 15 de Julio de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, pág. 483).

les son los herederos á quienes deben restituirse los bienes al morir el legatario? ¿Son los que viven en esa época? ¿ó son los que el disponente deja al morir? Creemos que en este último sentido hay que resolver la cuestión. Si se admite nuestro principio, no es dudosa la consecuencia. El fideicomiso *de residuo* contiene dos liberalidades, pero que á diferencia de la substitución, se abren en el mismo instante al morir el testador; una de ellas produce efecto inmediatamente, esto es, la disposición hecha en favor del legatario; la otra no producirá el suyo sino cuando muera el legatario sin haber enajenado todos los bienes. La primera es un derecho cierto, inmediato; la otra un derecho futuro, eventual; lo cual no impide que los dos derechos comiencen al mismo tiempo. Desde que muere el testador, tienen sus herederos un derecho adquirido á los bienes que deje el legatario á su fallecimiento, derecho que transmiten á sus sucesores si llegan á morir. (1) Síguese de aquí que para tener derecho á los bienes que quedan, es menester que hayan nacido los herederos ó que cuando menos estén concebidos al morir el testador, porque es la primera condición para poder heredar.

Otra cosa había de ser si se tratara de substitución; los herederos substituidos serían los que existieran al morir el instituido, puesto que en ese momento es cuando se abre la substitución. Poco importaría, pues, que esos herederos estuvieran ó no concebidos al morir el testador, porque la substitución puede hacerse en favor de los hijos por nacer. Precisamente el ser llamados herederos que no eran los del testador ni son los del instituido, es lo que constituye el orden sucesivo, quiere decir, un orden distinto del de la ley, un orden establecido por el testador y

1 Gand, 13 de Junio de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 285). En sentido contrario, la opinión del abogado Ballin, que considera el fideicomiso *de residuo* como una substitución (*Pasicrisia*, 1866, 2, 287 y siguientes).

prohibido en razón de esto por los autores del código civil. En el fideicomiso *de residuo*, el orden de suceder establecido por la ley no se turba, por ser los herederos del testador quienes recibirán los bienes, á quienes no reciben más que aquellos de que no dispuso el legatario; el orden regular suspendido en vida del legatario vuelve á su curso al morir éste por lo que hace á los bienes que quedan. Tal es, en dos palabras, el fideicomiso *de residuo*.

Ahora se comprenderá que el fideicomiso *de residuo* no puede establecerse en favor de los herederos que existieran al morir el legatario; esto sería turbar el orden regular de las sucesiones, puesto que el testador instituiría herederos á los hábiles para suceder, que no lo eran al morir él. Se dirá que es libre para legar sus bienes, ó por lo menos su parte disponible, á quien él quiera. Sí, pero con una condición, y es, que el legatario viva al morir el disponente (art. 905); el testador no puede beneficiar al que no vive. Esto equivaldría á disponer de sus bienes para un momento en que él mismo ya no viviera; más la ley sólo le permite que disponga al morir (art. 895), y únicamente por excepción le concede la facultad de arreglar su herencia para una época en que habrá dejado de existir, en los casos en que autoriza las substituciones fideicomisarias; fuera de esos casos, el derecho del testador cesa en el momento de morir.

481. La cláusula de restituir los bienes que quedan al morir el legatario, ha sido impugnada también por otra causa. Dícese que la carga de restituir con facultad para el legatario para que disponga hasta del último sueldo, es una carga puramente potestativa, la cual vicia toda liberalidad. No se puede hacer depender la donación de una condición potestativa, y también está viciado en su esencia el legado, si el testador dice: Lego á mis herederos lo que mi legatario universal quiera dejarles. Respóndese, y la

respuesta es concluyente, que la carga no está sujeta al gusto del legatario. Este puede ciertamente enajenar y no dejar hacer nada á los herederos del testador. Pero si no enajena, ellos tienen derecho á los bienes que queden; derecho eventual que basta para que la liberalidad no dependa de una carga puramente potestativa. (1) Esto es cierto en cuanto al legado, ¿pero lo es también respecto de la donación? Siguiendo la opinión que hemos enseñado, basta que la condición de la cual depende la donación sea en parte potestativa para que ésta resulte nula; (2) y el donante que hace una donación en forma de carga potestativa hace indudablemente una liberalidad subordinada á la voluntad del que debe ejecutar la carga. No insistimos en este aspecto de la dificultad, puesto que no ocurre en la práctica, por hacerse regularmente los fideicomisos *de residuo* en un instrumento de última voluntad, sea institución convencional, sea testamento.

482. ¿Cuáles son los derechos del legatario encargado de restituir, al morir, los bienes legados? Es necesario consultar los términos del fideicomiso. Si el testador permite al legatario que enajene y ejecute cualesquiera otros actos á título oneroso, el legatario no podrá disponer á título gratuito, ni por testamento, ni por donación. Si sólo le prohíbe el testador que testó concediéndole facultad para disponer entre vivos como él quiera, podrá el legatario hacer donación. Pero ¿qué debe decirse cuando el testador simplemente manifestó que el legatario entregaría á sus herederos lo que quedara al morir de los bienes legados? ¿Tendrá derecho para disponer de los bienes por testamento? Los autores y la jurisprudencia enseñan unánimes que ésta es cuestión de intención; pero ¿cómo se interpretará el testamento cuando no haya manifestado su intención el dis-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 120, nota 29, y los autores que citan. Añádase á Demolombe, t. 18, pág. 159, núm. 135.

2 Véase el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 608, núm. 409.

ponente? Sobre este particular no hay acuerdo. Nos parece que el que dispone con carga de restituir á sus herederos lo que quede, manifiesta claramente su voluntad de preferir á sus herederos sobre los del legatario; la cláusula ó tiene este fin, ó ninguno tiene. Desde ese momento no se puede reconocer al legatario la facultad de disponer á título gratuito, ni por testamento ni por donación; porque si el legatario tiene tal derecho, podrá donar ó legar los bienes á sus propios herederos; ¿y qué sucederá entonces con la cláusula de restituir á los herederos del testador? El derecho ilimitado de disponer á título gratuito estaría en oposición con la intención del testador, puesto que lo estaría con el fin que éste se propuso al hacer un fideicomiso *de residuo*. No se podría admitir ese derecho mientras el testador no le concediera formalmente al legatario. (1)

Hay un fallo de París en sentido opuesto, que se dictó con motivo de una institución recíproca entre esposos, con la cláusula de que los bienes que al morir el supérstite quedaran, se dividirían entre los herederos de ambos. El tribunal admite que el supérstite puede válidamente disponer de los bienes por testamento. (2) Citamos la resolución sin poder combatirla, puesto que no está motivada, y por lo mismo carece de autoridad doctrinal.

483. Queda una dificultad. El fideicomiso *de residuo* implica, á nuestro entender, prohibición de testar; á veces el testador impone en términos generales la prohibición de disponer á título gratuito; ¿es válida tal restricción al derecho de propiedad? En otro lugar hemos examinado la cuestión de si la cláusula por medio de la cual prohíbe el testador á su legatario disponer por testamento de la cosa

1 Denegada, 1º de Febrero de 1827 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 75, 2º), y Agosto 11 de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 468). Compárese con Aubry y Rau, t. 6º, pág. 20, nota 21).

2 París, 22 de Abril de 1841 (Dalloz, palabra *Substitución*, número 75, 4º).

legada es ilícita, ó si debe considerarse como no escrita, por ser una traba puesta al ejercicio del derecho de propiedad. En el caso ocurrido, la validez de la cláusula se admitió en casación, y casi no es dudosa. (1) Creemos, con el tribunal de Gand, que el legado hecho á alguien con la cláusula de substituir á los herederos del muerto antes, lo que quede es un legado á término, quiere decir, que no transmite al legatario más que una propiedad temporal en cuanto á los objetos de que no dispone en vida; ese derecho cesa á su muerte (2); muy natural es, pues, que no pueda disponer por testamento de las cosas que se legaron, porque el testamento no produce efecto sino á la muerte, y en ese momento cesa el derecho del legatario. No se puede, pues, decir que la cláusula litigiosa viola el derecho absoluto de propiedad, porque el derecho de un propietario á tiempo no es absoluto.

484. ¿Cuáles son los derechos que el fideicomiso *de residuo* da á los herederos en favor de los cuales se estableció la carga de restituir? En lo que hemos dicho de ese fideicomiso, hemos supuesto siempre que estuviera establecido por testamento. En otro tiempo, se hacía por contrato de matrimonio, en favor del cónyuge supérstite y con la obligación que acabamos de recordar (núm. 482). Bajo el imperio del código hay que distinguir las dos hipótesis.

En nuestra opinión el fideicomiso *de residuo* no puede establecerse más que en favor de los herederos que deja al morir el disponente. Se pregunta cuál es la naturaleza de ese derecho: ¿es un legado á término, ó uno condicional? Ya hemos contestado á esta pregunta; opinamos que el derecho comienza al morir el testador; que es puro y simple, y, por lo mismo, le adquieren los herederos desde el día de

¹ Denegad, 11 de Agosto de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 468). Compárese con lo resuelto en Lieja, á 7 de Noviembre de 1843 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 308).

² Gand, 13 de Junio de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 285).

la muerte del testador; si mueren antes que el legatario encargado de restituirles los bienes, transmiten su derecho á sus sucesores. En este sentido se resolvió la cuestión en Gand. En sentido contrario, hay un fallo de Poitiers que considera el legado como condicional, pero es un fallo más bien de caso especial que de principios. No dijo el tribunal que el legado era condicional en todo caso, sino que se fundó en la intención de la testadora; siendo de notar que ésta no había llamado á sus herederos á los bienes que quedaran, sino que llamó á su sobrino por afinidad; lo cual cambia por completo la naturaleza del fideicomiso; la testadora prefiere á un sobrino por afinidad, es decir, á un extraño, sobre su familia: ¿quiere esto decir que prefiere también á los parientes de ese extraño sobre sus parientes? Cuestión de intención que el tribunal resolvió negativamente, conforme á las circunstancias del caso. (1)

Se podría objetar, y se ha objetado, que el derecho de los herederos es condicional por su naturaleza, puesto que no ha de existir sino muriendo el legatario sin haber dispuesto de todos los bienes que recibió, lo cual implica una condición. El tribunal de Gand responde, y con razón, que la objeción confunde el derecho condicional cuya existencia misma es incierta con el eventual que existe, pero subordinado á una probabilidad, de suerte que se puede reducir á nada. Tal es el derecho de los herederos en el fideicomiso *de residuo*. Reciben ese derecho del testador, es un legado que se hace exigible al morir el legatario, lo cual es un término, y no una condición, pues es uno de esos términos de que habla el artículo 1,041, que suspenden solamente la ejecución de la disposición según la mente del testador. Tal intención no sería dudosa, puesto que el testador prefiere á sus herederos sobre los del legatario, en-

¹ Poitiers, 24 de Mayo de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 35).

tendiendo así legar un derecho cierto. Sin embargo, prefiere al legatario sobre sus herederos, y esto es lo que hace incierto el derecho de los herederos, en cuanto á que se reducirá á medida de las enajenaciones hechas por el legatario, y puede aún reducirse á nada si nada queda de los bienes legados. Mas no por ser aleatorio el derecho, es menos cierto: está en el patrimonio de los herederos y pasa tal cual es á sus sucesores. (1)

485. Pasemos al fideicomiso *de residuo* estipulado por contrato de matrimonio. La primera cuestión que ocurre está en saber si los futuros cónyuges todavía pueden establecer un fideicomiso en favor del que sobreviva de ellos, bajo el imperio del código civil. Es preciso distinguir. El fideicomiso, tal como se usaba en Francia y Bélgica, ya no puede tener lugar. No era aquel simple fideicomiso, sino un convenio sobre una herencia futura. Véanse los términos del fideicomiso tradicional: "Los futuros declaran hacerse mutua donación, el que muera antes al que le sobreviva, de todos los bienes muebles é inmuebles de que sea propietario el difunto, para que el supérstite disponga de ellos como de cosa que le pertenezca, partiendo desde el día del fallecimiento; pero con la condición de que todo aquello de que sea propietario el que sobreviva se dividirá por mitad entre sus herederos y los del finado." Esta es la cláusula cuya nulidad se declaró en casación. (2) Hemos dicho ya, que formulada así la cláusula, implica la continuación de comunidad entre el supérstite y los herederos del difunto; lo cual es primera causa de nulidad (núm. 480). Hay otra causa, y es que la cláusula contiene un pacto he-

1 Gand, 13 de Junio de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 285).

2 Denegada de la sala de lo civil, 10 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 336). Lo mismo sería si se hubiese hecho una disposición semejante por testamento (Rennes, 29 de Mayo de 1861, Dalloz, 1862, 2, 5). La disposición sería nula cuando recayera sobre los bienes del legatario, puesto que tal cosa sería legado de cosa ajena y una derogación del orden natural de las sucesiones.

reditario; en efecto, los futuros esposos, haciendo una masa de la herencia del que muera antes y de la del que le sobreviva, dividen esa masa entre los herederos que han de existir al morir el primero de aquéllos. Ese pacto sucesorio es al mismo tiempo una derogación del orden legal de las sucesiones, por disponer en favor de dos familias de los bienes que deje el que sobreviva, sin distinguir de qué familia han de provenir y á cuál han de pasar los bienes; cosa que contraviene al artículo 1,389 que prohíbe á los esposos celebrar convenio alguno cuyo efecto sea cambiar el orden de las sucesiones. Agrega la sala de casación que esa donación mutua hecha en un mismo acto viola el artículo 968, que no permite que en un mismo acto dispongan dos personas para un tiempo en que ya no han de vivir. Sobre este punto, hacemos nuestras reservas, y volveremos á él cuando tratemos de las donaciones hechas en el contrato de matrimonio.

Siendo nula la cláusula de restituir estipulada en tales términos, ¿qué sucede con la disposición que se hace en favor de los herederos? Es menester aplicar el artículo 900 que, concebido en términos generales, se aplica á las donaciones hechas por contrato de matrimonio, lo mismo que á las ordinarias. Se reputará, pues, la cláusula de restituir como no escrita y la donación recíproca seguirá siendo válida; será una substitución convencional en favor del supérstite. ¿Quiere decir esto que no se pueda estipular por contrato de matrimonio el fideicomiso *de residuo*? Puede hacerse por institución convencional, tanto como por legado, y en los mismos términos; quiere decir que el supérstite recibirá los bienes del finado con obligación de restituir al morir lo que le quede. Este fideicomiso convencional producirá el mismo efecto del testamentario.