

cian el beneficio de la liberalidad hecha en su favor. No puede tratarse de una renuncia anterior á la apertura de la disposición, puesto que tal cosa sería un pacto acerca de una sucesión futura, pacto que el código prohíbe de una manera absoluta (art. 1,130). Si se hace la renuncia después de la muerte del testador, es improductiva, porque la disposición está atacada de nulidad desde el momento en que se abre, y la nulidad es radical, como lo diremos más adelante. Por tanto, en el momento en que el instituido ó el gravado renuncian su derecho, éste no existe ya; la renuncia queda sin efecto, y la substitución es nula. Objétase que la renuncia es causa de caducidad, lo mismo que lo es el fallecimiento anterior del legatario (art. 1,043), y que debe producir igual efecto. En los legados ordinarios, quiere decir, cuando es lícita la liberalidad, es cierto esto, pero la substitución es una liberalidad ilícita, y en el momento en que debería abrirse es anulada, y no hay ya derecho que pueda renunciar uno de los agraciados. Si pasa otra cosa en el caso de fallecimiento anterior, es porque no estando abierta en ese caso la disposición, todavía no hay substitución, ni puede haberla, precisamente á causa del fallecimiento anterior del instituido ó del substituto. (1)

517. Temiendo el testador que se ataquen y anulen sus disposiciones como inficionadas de substitución, declara que si no pueden tener lugar las substituciones que él establece, es su ánimo que se ejecuten las que no se opongan á la ley. ¿Borra esta cláusula el vicio de la substitución? La sala de casación declaró la validez de una disposición concebida en los términos que acabamos de indicar, á pesar de que el testamento contenía substituciones prohibidas; y creemos que lo declaró bien. Puede encontrarse el

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 31 y nota 60. Demolombe, t. 18, página 213, núm. 185.

testador en la incertidumbre de si son ó no válidas sus disposiciones; no quiere violar la ley; ¿qué tiene que hacer? Declara que si se oponen á ella sus disposiciones, las deja sin efecto y las retira. Desde luego, pues, ya no hay substitución. En efecto, para que la haya es necesario que el instituido esté obligado á conservar y á restituir; mas habiendo expresado el testador que no quiere que se ejecuten más que aquellas de sus disposiciones que no se opongan á la ley, tal declaración hace desaparecer para el instituido toda obligación, aun moral, de conservar y restituir. Se preguntará qué sucede con las disposiciones que contengan substituciones prohibidas. La sala responde que al renunciar el testador la substitución manifestó su intención de preferir la institución á la substitución, en el caso de que no pudieran ejecutarse ambas; con lo cual, pues, quedan libres de toda carga los bienes en manos del instituido, y esto hace desaparecer todos los inconvenientes, en razón de los cuales prohibió la ley las substituciones. (1)

También puede estar concebida la cláusula en otros términos. Supónese que el testador dice que, en el caso de que la disposición fuere atacada por contener una substitución, quiere que la disposición surta efecto como liberalidad pura y simple, sin carga alguna, ó que se mantenga la substitución como liberalidad directa, abandonándose la substitución. ¿Vale la cláusula formulada así? MM. Aubry y Rau enseñan que se le debe reputar como no escrita, porque tiende á eludir la prohibición de las substituciones. (2) Otros autores la declaran válida. Parécenos que esta última es la preferible, á lo menos como regla. Es indudable que no se puede permitir al testador que eluda la prohibición legal, sobre todo cuando la ley es de orden

1 Denegada, 5 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 36).

2 Durantón, t. 8º, pág. 101, núm. 84. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 32 y nota 61).

público, porque eludirla es violarla, y la violación debe traer consigo nulidad de la cláusula. Es menester, pues, ver si la cláusula litigiosa implica necesariamente fraude. Este no se presume, en general; ¿por qué se le había de presumir en materia de substitución?

El intérprete, á lo menos, no lo puede, puesto que la ley no establece ninguna presunción, ni de buena ni de mala fe. Por tanto, el juez deberá investigar la mente del testador, teniendo en consideración las circunstancias del caso y las cláusulas del testamento: anulará la substitución, á pesar de la cláusula que tendía á prevenir la anulación, si hubo fraude contra la ley; pero la mantendrá si el testador no tuvo intención de violar la prohibición del artículo 896. Teóricamente, hay probabilidades de la buena y la mala fe. Es un hecho que muchos testadores buscan la manera de escapar á la prohibición que establece el artículo 896, y esto también que hay algunos que ni piensan en eludir una ley que no conocen, y que, aun conociéndola, pueden estar en error de buena fe: ¿no los mejores jurisconsultos se han dividido en cuestiones espinosas? Y si el testador obra de buena fe, ¿por qué no se le había de permitir agregar una cláusula que, al modificar sus disposiciones, les diera efecto? (1)

En este sentido se ha formado la jurisprudencia; y, fuerza es decirlo, ninguna apariencia de fraude había en los casos que ha tenido que resolver, por no decir que era cierta la buena fe que había en ellos. Un testador otorgó varias disposiciones por las cuales estipulaba la restitución de las cosas que daba á sus herederos, en el caso de que murieran los legatarios sin posteridad. Las cláusulas de restitución son más dudosas; previendo ó temiendo que

1 Bayle-Monillard comentando á Grenier, t. 1º, pág. 251. Coin-Delisle, pág. 57, núm. 51 del artículo 896. Demolombe, t. 18, página 215, núm. 155.

quedaran sin efecto sus disposiciones, añadía: "En el caso de que se pretenda que yo no pude asegurar la restitución á mis herederos, y que de hecho, por cualquier motivo, no tenga lugar esa restitución, libro de toda pensión mi herencia con respecto á la madre, etc." El testador mantenía la institución y suprimía la substitución. El tribunal de París dió efecto á la cláusula; no se suscitó cuestión acerca del fraude, ni era dudosa la buena fe del testador. (1) Mucho menos dudosa lo era en un asunto que se resolvió en Poitiers. Cuidó la testadora de tomar parecer á varios consultos y abogados distinguidos, y declaró que de acuerdo con los consejos que se le habían dado, estaba en el caso de creer que sus intereses se acomodaban á la ley; pero que si, contra lo que esperaba, se atacaban las disposiciones que acababa de formalizar en favor de su sobrino nieto, y se atacaban so pretexto de que contenían una substitución prohibida, otorgaba una liberalidad pura y simple en favor de su legatario, á quien amaba con predilección y con la mayor ternura, queriendo, por consiguiente, que recibiera su herencia con preferencia á cualquier otro. (2)

518. No sucedería lo mismo si el testador hubiese añadido una cláusula penal para estorbar que los herederos atacaran las disposiciones por causa de substitución. En esto puede aplicarse literalmente lo que los autores enseñan acerca del carácter de la prohibición y de la necesidad de declarar la nulidad de las cláusulas que tendieren á eludirla. Por eso la jurisprudencia declara la nulidad de las cláusulas penales añadidas á una substitución con el fin de mantenerla. Nos remitimos á lo dicho ya sobre este punto. (3)

1 París, 3 de Marzo de 1820 (Daloz, palabra *Substitución*, número 246).

2 Poitiers, 30 de Julio de 1830, y denegada, 20 de Diciembre de 1831 (Daloz, núm. 149).

3 Denegada, sala de lo civil, 30 de Julio de 1827 (Daloz, palabra

*Núm. 3. Efecto de la nulidad.*

519. El art. 896 declara la nulidad de toda la disposición. ¿Cuál es el carácter de esa nulidad? Importantísima es la cuestión en razón de las consecuencias que se desprenden del principio, según que se admita que la nulidad es ó no de orden público. Creemos en la sala de casación que ella es esencialmente de orden público. (1) El carácter de la nulidad que sanciona una prohibición, depende de la naturaleza de la disposición que está prohibida. Recuérdense los motivos que hicieron prohibir las substituciones: éstas se oponen al interés económico de la sociedad, porque dejan los bienes fuera del comercio; se oponen al principio democrático, base de nuestro orden social; hieren por fin, el orden moral estableciendo la desigualdad entre los hijos de un mismo padre. Si alguna prohibición y, por consiguiente, alguna nulidad ha habido que sea de orden público, es sin duda la consignada en el art. 896. Sin embargo, se ha discutido acerca de ella. La substitución, se ha dicho, es opuesta al interés general, pero nada tiene la institución que comprometa los intereses de la sociedad, es una liberalidad ordinaria. (2) Es indudable; mas cuando esa liberalidad se liga con una liberalidad prohibida, está inficionada con los mismos vicios; si se quieren impedir las substituciones, hay que atacar la institución; esos dos elementos de las substituciones se comprenden, pues, al grado de no poder dividir, para decir que uno es de orden público y el otro no; por eso la ley declara la nulidad de la disposición.

Creemos que hay necesidad de ir más lejos; si se admite la doctrina de los instrumentos no existentes, debe decirse *Disposiciones*, núm. 185. 2º). Compárese lo dicho en el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 620, núm. 475.

1 Denegada, 12 de Marzo de 1858 (Daloz, 1858, 1, 308).

2 Berthauld, *Cuestiones practicas y doctrinales del Código Napoleón*, t. 1º, pág. 395, núms. 489 y 490.

dirse que las substituciones están afectadas de una nulidad radical, en el sentido de que no pueden producir ningún efecto. Conforme al artículo 1,131, no le puede producir la obligación cuando tiene una causa ilícita; y el artículo 1,133 dice que la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, ó es contraria á las buenas costumbres ó al orden público. Estas disposiciones, como lo hemos dicho en otro lugar, se aplican á las donaciones y á los testamentos, con la excepción que establece el artículo 900 en cuanto á las condiciones ilícitas que se reputan como no escritas. (1) Habiendo conformidad respecto á estas premisas, no podría disputarse respecto de la consecuencia. ¿Cuál es la causa de las substituciones? Un motivo jurídico que la ley reprueba, ya un móvil aristocrático, ya una preferencia y un privilegio, ya la imposibilidad para disponer de los bienes. Bajo cualquier concepto, pues, la substitución reconoce una causa ilícita; puede decirse que reúne todos los vicios que constituyen una causa ilícita conforme al artículo 1,131: está prohibida por la ley, es contraria á las buenas costumbres y al orden público. Por cierto que si algún acto merece los golpes del legislador, es aquel que hiere todos los intereses, todos los derechos. Y ¿cuál es el medio más enérgico para impedir que se ejecuten las substituciones contra la prohibición de la ley? Declararlas como no existentes; no teniendo existencia á los ojos de la ley, jamás podrán producir ningún efecto. Mientras que, conformándose con declararlas nulas, tendrán existencia jurídica, podrán ejecutarse, confirmarse y llegar á ser plenamente válidas. Volveremos á la teoría de los actos inexistentes, en el título de las *Obligaciones*; muchas ocasiones lo hemos expuesto y explicado ya. Por de pronto,

1 Véase el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 564, núms. 427 y siguientes.

suponemos demostrados los principios y no hacemos aplicación de ellos á los substitutos.

520. Una de las consecuencias más importantes de la inexistencia de un acto jurídico, es que no puede confirmarse; mientras que la nulidad se cubre con la confirmación del que tenía derecho de pedir esa nulidad. ¿Puede confirmarse la substitución? Entendemos que no, porque los actos no existentes no son susceptibles de confirmarse. No puede haber confirmación expresa ni tácita por la ejecución del acto, lo cual sería dar efecto á una disposición que ninguno puede producir, según la expresión enérgica del artículo 1,131. Inútil sería prevalerse de la ejecución que los herederos dieran á la disposición, pues éstos podrán, á pesar de ello, oponer la inexistencia del testamento. Ni siquiera puede concebirse la confirmación, haciendo abstracción de la teoría de los instrumentos inexistentes. La confirmación se retrotrae en el sentido de que borra el vicio que inficiona el testamento, de suerte que se considera como si nunca hubiera estado viciado éste. Y ¿se concibe que una disposición contraria á las leyes, á las buenas costumbres y al orden público sea jamás purgada de vicios? La confirmación es una renuncia al derecho que tiene la parte interesada para pedir la nulidad del instrumento; ¿y concíbese que los particulares renuncien á lo que es de interés general?

La sala de casación consagró esta doctrina, pero sin admitir todas sus consecuencias. Esto se debe á la incertidumbre que reina en la jurisprudencia acerca de los caracteres y efectos de los instrumentos que llamamos inexistentes. Debemos limitarnos aquí á hacer constar el estado de la jurisprudencia, para discutir sobre ella en el título de las *Obligaciones*. La sala de casación formula el principio en los términos más absolutos. "Atento que la nulidad que resulta de una cláusula de substitución pro-

hibida es de orden público y no puede, por consiguiente, subsanarse con ninguna ratificación, ya expresa, ya tácita." En el caso ocurrido, el legatario universal había ejecutado un legado con substitución; ¿era eso una confirmación tácita? La ejecución voluntaria equivale á la confirmación, conforme al art. 1,338, el cual supone que los instrumentos son simplemente nulos; si son inexistentes, no puede tratarse de confirmarlos por medio de la ejecución. La resolución de la sala de casación no es tampoco clara; insiste en la naturaleza de los actos de ejecución que se oponían al legatario universal para declarar que no era de admitirse su demanda de nulidad; esos actos mantenían la substitución escrita en el testamento; al remitir al instituido los objetos legados, había dicho terminantemente que estaban gravados con la carga de conservar y restituir; por tanto, la ejecución dejaba subsistente el vicio de la substitución; por mejor decir, la ejecución estaba atacada del mismo vicio, y era consiguientemente nula, y no podía, por cierto, estorbar la acción de nulidad. (1) Esto es cierto, pero implica que puede haber actos de ejecución que hagan inadmisibles la acción de nulidad; en lo cual no podríamos estar de acuerdo; en la doctrina de los instrumentos inexistentes, la cosa es evidente; no se confirma la nada, y la nada nunca podría producir ningún efecto.

Un testamento contiene un legado universal inficionado de substitución, y uno particular en favor del sobrino, heredero legítimo del testador. Este pide la entrega de su legado al legatario universal, y después intenta una acción de nulidad contra el testamento; opónesele como excepción la demanda de entrega, que implica una renuncia á impugnar el testamento que voluntariamente ejecutaba. La sala de casación declaró que las nulidades de orden público no

1 Denegada, 2 de Marzo de 1858 (Daloz, 1858, 1, 308).

se podían subsanar con la ratificación, y que tal era evidentemente el carácter de la nulidad con que la ley hiere á las substituciones. Se objetaba, en favor del recurso, que las partes pueden renunciar válidamente prevalerse de una nulidad de orden público en lo que mira á sus intereses pecuniarios. En nuestro concepto, esta objeción es una herejía; si el instrumento es inexistente por razón de orden público, no puede producir ningún efecto (art. 1,131). Ni en lo tocante á intereses pecuniarios ni en lo tocante á otros, por mejor decir, en materia de substitución, sólo hay de por medio intereses pecuniarios; permitir que se confirme el instrumento desde el punto de vista pecuniario, sería revalidarle completamente; ¿y qué sucedería entonces con el principio proclamado por la sala de casación, de que las nulidades de orden público no pueden subsanarse con ninguna ratificación? La sala hace á un lado la objeción con otra consideración, y es la de que, en el caso, admitida la renuncia, mantendría el testamento en todas sus partes y no tan sólo en lo relativo al legado cuya entrega pedía al heredero; por tanto, la confirmación tendería á revalidar toda la substitución. Siguiese de ahí que la renuncia dejaba subsistente el vicio de la substitución y estaba realmente atacada del mismo vicio; lo cual la hacía nula y, por consiguiente, no podía resultar de ella una excepción contra la acción de nulidad. (1) La resolución nos parece mejor que los considerandos en que se funda. Si las partes pueden celebrar convenios acerca de sus intereses pecuniarios, á pesar de tratarse de una nulidad de orden público, ¿por qué no podrían transigir acerca de todos los intereses pecuniarios que resultan de una substitución? Los considerandos van más allá que la parte dispo-

1 Denegada, 24 de Abril de 1860 (Daloz, 1860, 1, 224). Compárese con lo resuelto en Amiéns, 6 de Marzo de 1866 y 7 de Diciembre de 1868 (Daloz, 1869, 2, 41, 59).

sitiva y conducen á consecuencias que no podríamos admitir.

Resolvióse, en materia fiscal, que la ejecución de la substitución, una vez abierta ésta en favor del substituto, cubre su nulidad; de suerte que la recaudación de rentas puede exigir los derechos de translación en razón de una disposición que la ley declara nula, cuando la jurisprudencia resuelve que es de orden público la nulidad. Esto nos parece inadmisibile; el orden público protesta contra cualquier efecto que se quisiera dar á una substitución; y prueba también que el principio proclamado en casación es insuficiente, y que es menester ir más lejos declarando la inexistencia del testamento. (1)

521. ¿A quién aprovecha la nulidad, al legatario universal ó al heredero *ab intestato*? Excusado es decir que si el legatario universal está encargado de conservar y restituir, siendo nulo el legado el heredero tiene derecho de pedir esa nulidad. Pero si sólo está obligado el legatario á conservar y restituir una cosa comprendida en su legado, ¿á quién aprovechará entonces la nulidad del legado, al legatario universal ó al heredero legítimo? Esto equivale á preguntar también: ¿quién puede intentar la acción? Porque sólo el que tenga interes puede obrar. La cuestión ha sido objeto de prolongados debates; vamos á comenzar por traer á la memoria las vicisitudes de la jurisprudencia.

Una testadora instituye por su legataria universal á su prima, con obligación de conservar y restituir un terreno comprendido en el legado, á su hijo mayor, quien igualmente le conservará para restituirle al suyo también mayor. Esta substitución estaba permitida en el momento de formarse el testamento, conforme á la ley de 17 de Mayo de 1826; pero al morir la testadora, el 2 de Septiembre de

1 Casación, 5 de Marzo de 1866 (Daloz, 1866, 1, 123), y 11 de Diciembre de 1860 (Daloz, 1861, 1, 26).

1849, la citada ley estaba ya abrogada por la de 11 de Mayo del mismo año 1849. El testamento se regía, pues, por el código civil. A los ocho años de abierta la sucesión, una parienta de la testadora impugnó el testamento como viciado de substitución. Se le opuso la excepción de falta de interés, puesto que la nulidad, si la había, no debía aprovechar más que al legatario universal. El tribunal de Caen lo declaró en ese sentido. Por principio, el legado universal inviste al legatario de todos los derechos que pertenecen al testador al tiempo de morir; luego el terreno que la testadora encargaba á la legataria universal que conservara y restituyera, estaba comprendido en el legado; y era un hecho que el legado de este terreno estaba gravado con substitución, pero ese legado estaba afectado de nulidad. ¿A quién había de aprovechar esa nulidad? No al legatario universal, puesto que estaba llamado á todos los derechos de la difunta, con exclusión de los herederos legítimos. El legado nulo se estima que no ha existido, y así el terreno gravado con substitución quedaba comprendido en la masa de bienes que se había devuelto al legatario universal. El tribunal añade que tal había sido la mente de la testadora, puesto que había instituido á su prima por su única heredera; lo cual implicaba que si algunas de sus disposiciones llegaban á no tener efecto por esta ó por aquella causa, deberían volver los bienes legados al legatario universal. (1)

La sala de casación casó aquella resolución, colocándose en el terreno del art. 896. ¿Por qué declara nula el legislador toda la disposición, institución y substitución? Para dar una sanción enérgica á la prohibición que hace. ¿Qué sería de esa prohibición si el derecho de pedir la nulidad estuviese reservado al heredero testamentario, con exclu-

1 Caen, 21 de Julio de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 105). Demolombe había dado una consulta en ese sentido (compárese con el tomo 18, pág. 221, O., núm. 191).

sión de los herederos que lo son por la sangre? Que el legatario universal se colocaría entre dos deberes contrarios: la ley le daría derecho para pedir la nulidad, y el difunto le impondría el deber de ejecutar la liberalidad, conservando la cosa para restituirla al substituto. ¿Y no es de temerse que no proceda á esa nulidad, como de hecho, en nuestro caso, no había procedido la legataria universal? Y si el único que tiene derecho é interés para obrar no lo hace, ¿qué será de la prohibición de las substituciones? Que se ejecutarán éstas á pesar de la ley. No hay más que un medio para obtener la anulación de las substituciones prohibidas, y consiste en dar derecho al heredero legítimo para pedir la nulidad, atribuyéndole el beneficio de la misma. (1)

¿Fundada esta interpretación en el espíritu de la ley, no excede á su texto? El texto dice claramente que el instituido no puede recibir el beneficio de la nulidad, puesto que la disposición es nula en el todo; pero no dice que si viene abajo ésta, el heredero *ab intestato* deba aprovecharse de ella, aunque haya un legatario universal. Hay, pues, conflicto entre el espíritu y el texto. ¿Cómo allanarle? La teoría de la inexistencia de la substitución conduce al mismo resultado que la jurisprudencia de la sala de casación. ¿Por qué la ley hiere con la inexistencia la substitución? Porque ésta lastima los intereses más graves de la sociedad; substituir es violar la ley que lo prohíbe, es sublevarse contra el orden social que reprueba las substituciones, es atentar contra las buenas costumbres, sembrando el trastorno y la desunión en las familias. La ley no puede reconocer ningún efecto en una disposición como esa. ¿Qué hay que decir? Se estima que el difunto no dispuso de la cosa que substituyó, y así queda ella en la herencia *ab intestato*, por lo cual los herederos legítimos son quienes de-

1 Casación, 6 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 43), y en apelación, 25 de Junio de 1863 (Dalloz, 1864, 2, 219).

ben aprovecharse de la nulidad. En vano dirá el legatario universal que allí donde hay legado universal no hay herencia *ab intestato*; que, por consiguiente, el legado nulo queda en las sucesión testamentaria. Esto es cierto tratándose de los legados que pudo hacer el testador y que caducan ó se hacen nulos sin que esté de por medio el orden público. Pero cuando el legislador declara que la substitución no podría tener efecto, con esto mismo está diciendo que se estima no haber sido legada la cosa substituida, y las cosas no legadas pertenecen al heredero legítimo.

522. El que demanda la nulidad de una substitución debe probar que hay carga de conservar y restituir á un tercero; ¿cómo formará tal prueba? Los que impugnan un testamento como viciado de substitución, ¿deben probar esta substitución con el testamento mismo, ó pueden formar su prueba conforme al derecho común, prestando el juramento ó haciendo que se interrogue al instituido acerca de hechos y artículos, ó aun por medio de testigos y presunciones? La opinión casi general es que no puede formarse la prueba de la substitución sino por el testamento mismo. Resulta del artículo 896, combinado con los artículos 893-895, que la substitución debe hacerse, ya por donación, ya por testamento; y uno y otro son actos solemnes, y los actos solemnes no se prueban sino con las solemnidades prescritas por la ley. Es más: á nuestro juicio, se establece mal la cuestión preguntando cómo se prueba una substitución; las solemnidades de una donación se prescriben, no para probarla, sino para que exista; y lo mismo pasa con el testamento. ¿Quién pensó jamás el probar por medio de juramento ó de testigos la existencia de una liberalidad entre vivos ó testamentaria? Tampoco se puede probar, conforme á las reglas generales de las pruebas, la existencia de una substitución, porque ésta ó es una donación entre vivos, ó es un testamento.

La opinión contraria tiene en su favor la autoridad de Merlin; hay, pues, que detenerse en ella y contestar las objeciones. Sólo una es, en realidad, la que se hace, pero no carece de peso. Dícese que el instituido puede estar encargado de conservar y restituir los bienes á un tercero, sin que lo diga el instrumento, sea donación ó testamento; habiéndose obligado oralmente ó por escrito el instituido á conservar y restituir; y esa obligación de honra le llevará á ejecutar la substitución, con lo cual se eludirá la prohibición del artículo 896. Respondemos que la obligación de que se trata no constituye la carga de conservar y restituir exigida por la ley, y que, en tal virtud, no habrá substitución. Supongamos que el disponente dice, en el instrumento mismo, que se remite á la honradez, á la delicadeza, á la conciencia del instituido para la ejecución de sus disposiciones; supongamos también que añade que su deseo es que los bienes sean conservados y restituidos al tercero que él designa; el instituido acepta el legado formulado así; véase la obligación de honra probada por el testamento mismo. ¿Será decir esto que habrá substitución? Indudablemente que no, porque no la hay sino cuando el tercero tiene acción civil contra el instituido ó sus herederos para compelerlos á restituirle los bienes. Ahora bien, toda obligación, excepto la carga jurídica de conservar y restituir, no es más que una obligación de honra; y desde que el instituido no está civilmente obligado, no hay substitución. ¿Se dirá que de hecho los bienes serán conservados y restituidos y que en lugar de una substitución legal habrá substitución fraudulenta? Nó; esa pretendida substitución, que descansa en un deber moral, no es substitución, pues no presenta ninguno de los inconvenientes que motivaron la prohibición de la fideicomisaria. El instituido no está civilmente obligado á conservar y restituir; si restituye, hará una li-

beralidad, que será donación ó legado, y el tercero la recibirá, no del disponente primitivo, sino del instituido; habrá dos transmisiones de bienes distintas, y así por orden sucesivo, mas no doble liberalidad procedente de un solo disponente, ni, por tanto, substitución. ¿Se dirá que los bienes quedarán no obstante fuera del comercio? Nó, porque están en el dominio del instituido, que puede disponer de ellos como le parezca. Si no dispone, no por eso estarán más fuera del comercio que sus otros bienes, y estarán afectos á la hipoteca legal, pudiendo los menores y las mujeres casadas hacer que se registren esos mismos bienes; los acreedores podrán embargarlos, y todos esos actos serán válidos, definitivos, sin quedar resueltos con la apertura de una substitución á la muerte del propietario; si éste no dispuso de los bienes, pasarán á sus herederos. Esto quiere decir que quedan bajo el imperio del derecho común.

La última objeción que se hace es ésta: el fideicomiso fraudulento, que tiene por objeto transmitir los bienes á un incapaz, puede probarse por testigos y hasta por presunciones. ¿Por qué? Porque implica un fraude á la ley. Lo mismo debe suceder con la substitución fraudulenta, porque también ella se hace para defraudar la ley, para defraudar una prohibición de orden público. El argumento confunde dos hechos de naturaleza esencialmente distinta. Cuando el fideicomiso es fraudulento, no hay liberalidad: el donatario ó legatario nominal es persona interpósita; el verdadero agraciado es el tercero, y éste no puede recibir, puesto que es incapaz. ¿Sobre qué recae, en ese caso, la prueba? Sobre la interposición de persona y sobre la incapacidad del agraciado. Por lo demás, la liberalidad es válida en cuanto á la forma, como se supone; para defraudar la ley se escribió en el instrumento el nombre de un donatario ó legatario que no es el verdadero agraciado; véase el único objeto de la prueba. En el caso de una subs-

titución fraudulenta, preténdese probar la existencia de una liberalidad hecha sin observar las formalidades de la ley, lo cual es una imposibilidad jurídica. Hay, por lo demás, una liberalidad perfectamente válida; la que se hizo al instituido. ¿Qué se pide que se pruebe? Que está encargado de conservar y restituir; y ¿qué resultaría de esa prueba? Una simple obligación de honra; mas un deber moral no engendra substitución, y así el instituido quedaría siendo lo que es, propietario irrevocable. ¿A qué, pues, admitir una prueba que á nada ha de conducir? (1)

Hay un fallo de Bruselas conforme á la opinión general. El tribunal dice muy bien que si no se hizo la substitución con las formalidades del art. 893, no la habrá. (2) La sala de casación de Francia declaró que basta la confesión del legatario, relativa á que el legado se le hizo con carga de conservar y restituir y que entiende ejecutar esta obligación, para que se haya de anular el legado como viciado de substitución. (3) El fallo no está motivado y no formará jurisprudencia.

## SECCION II.—De las substituciones permitidas.

### § I.—NOCIONES GENERALES.

523. Dice el art. 1,048: "Los bienes de que tienen facultad los padres y madres para disponer, podrán ser donados por ellos en todo ó en parte, á uno ó más de sus hijos, por acto entre vivos ó por testamento; con la carga de restituirlos á los hijos nacidos y por nacer, en primer grado solamente, de los dichos donatarios.

El art. 1,049 contiene una disposición análoga: "Será válida, en caso de morir sin hijos, la disposición que hubie-

1 Aubry y Rau, t 6º, pág. 33, nota 64, pfo. 694 y los autores que allí se citan. En sentido contrario, Merlin, *Cuestiones de derecho*, palabra *Substitución fideicomisaria*, pfo. 14.

2 Bruselas, 29 de Julio de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 296).

3 Denegada, 22 de Diciembre de 1814 (*Dalloz*, palabra *Substitución*, núm. 255).