

la ley, es por la misma consideración de previsión que hizo admitir las substituciones permitidas. Un padre comienza por dar á su hijo una parte de su disponible; pero mirando que disipa los bienes ó que los emplea en especulaciones ruinosas, quisiera velar por los intereses de sus nietos, afectando con substitución los bienes donados. Púedelo haciendo una liberalidad con esa condición. Se necesita la aceptación de esa nueva liberalidad; toda aceptación debe ser aceptada y, en el caso, esa aceptación es esencial, puesto que el donatario se sujeta á una carga que altera su derecho de propiedad. Aplicanse los principios generales de la aceptación, puesto que la ley no los deroga. También por testamento puede hacerse la nueva liberalidad, pero será necesario que se acepte el legado que impone la carga. Si aceptó el donatario, la ley no le permite retractarse de su consentimiento; está, como dice Furgole, obligado por un cuasi-contrato. Hay éste, conforme á la doctrina de los antiguos jurisconsultos, cuando acepta el legatario un legado gravado con carga; si es donación, hay contrato, pero contrato de naturaleza muy particular, puesto que modifica otro irrevocable.

El código no dice cuál será el efecto de la substitución con respecto á los terceros. Según el Estatuto de 1747 (artículo 17) la substitución no producía efecto más que desde el día de la aceptación. Si los autores del código no han reproducido esta disposición, es por ser inútil, pues no hay para qué decir que no puede existir una substitución que resulta de un contrato sino desde el momento en que consienten los interesados. En cuanto á los derechos adquiridos para los terceros, son mantenidos. (1)

§ IV.—FORMALIDADES.

537. Conforme á los arts. 1,048 y 1,049, puede hacerse

1 *Comentario de Furgole al Estatuto de 1747* (t. 7º, págs. 73 y siguientes). Durantón, t. 9º, pág. 538, núms. 533-535.

la substitución por acto entre vivos ó por testamento. Es, pues, ella, un acto solemne que no existe sino cubiertas que sean las formalidades de la ley. Por lo que hace á éstas, nos remitimos á lo dicho ya acerca de las solemnidades de las donaciones y los testamentos.

La aplicación de este principio da lugar á una dificultad muy embarazosa. Toda liberalidad debe ser aceptada, como debe serlo también, expresamente, la donación, á menos que se haga en contrato de matrimonio (art. 1,087). Ahora bien, dos liberalidades contiene la substitución, una en favor del instituido y la otra en el del substituto. La primera queda sujeta al derecho común. Mas ¿cómo aceptarán los substitutos? ¿Pueden aceptar seres todavía no concebidos? Y si no pueden, ¿cómo habrá donación? Cada intérprete da una explicación, lo cual prueba ya que se trata de una anomalía jurídica. Pothier imagina un cuasi-contrato que forma la ley entre el donatario y el substituto. Esto quiere decir que el donatario está obligado á restituir los bienes al substituto, conforme á la ley y sin que se necesite la aceptación de éste. Pothier más bien que explicarle, establece el hecho. A decir verdad, no hay explicación que dar dentro del derecho común. Toullier recurre al natural y á la equidad. A tanto equivale confesar que son una anomalía las substituciones y que hay necesidad de aceptarlas tal como las consagra el legislador. (1)

§ V.—MEDIDAS DE CONSERVACIÓN

Núm. 1. Nombramiento de tutor.

538. Quiere la ley que haya un tutor para cuidar que se ejecute la substitución. Esta medida se establece de un

1 Véanse las diversas explicaciones que da Toullier, t. 3º, 1, página 406, núm. 735. Coin-Delisle, núm. 44 del art. 1,048; Marcadé, t. 4º, pág. 161, núm. 1 del art. 1,053. Demolombe, t. 22, pág. 418, núm. 441.

modo absoluto, sin distinguir si hay llamados, y si son mayores ó menores. Es necesaria para los hijos nacidos ya, tanto como para los que estén por nacer, para los mayores y para los menores. En efecto, las substituciones permitidas se hacen con un espíritu de desconfianza, por temor de que disipe los bienes el instituido; sin embargo, éste es el padre de los substitutos; ¿y cómo se quiere que velen ellos mismos por sus intereses? Esto sería encargar á los hijos que vigilaran á sus padres. Importa, pues, que intervenga otro para resguardar los intereses de los hijos, sin lastimar el respeto que deben éstos á su padre. (1)

Esta tutela nada tiene de común con la ordinaria, la cual se da á la persona para encubrir su incapacidad; incapacidad que no tienen los substitutos á quienes se da un tutor. Esto es evidente cuando son mayores, pues siendo menores, tienen un protector legal que los represente en todos los actos de la vida civil. Síguese de aquí que no hay lugar á la tutela subrogada; el art. 420, que exige en todo caso de tutela un tutor subrogado, no es aplicable más que á la ordinaria. Por igual razón se admite que los substitutos no gozan de hipoteca legal en los bienes de su tutor. (2) Volveremos á ocuparnos de este punto.

539. ¿Quién nombra al tutor? Puede hacerlo el autor de la disposición, ora en el instrumento que la contiene, ora en otro posterior en forma auténtica. Esta última forma ha dado lugar á una dificultad que divide á los autores. Unos dicen que el art. 1,055 excluye el testamento ológrafo, y otros que puede hacerse en esa forma el nombramiento. Ciertamente la segunda opinión es más racional; si el tutor puede ser nombrado en el testamento ológrafo que contiene la substitución, ¿por qué no podía serlo en un ológrafo posterior? (3) ¿Pero cómo conciliar esta interpre-

1 Demolombe, t. 22, pág. 440, núm. 462.

2 Durantón, t. 9º, pág. 550, núm. 563, y todos los autores.

3 Véanse en sentido diverso, los autores citados por Aubry Rau

tación con el texto? ¿No equivale esto á borrar de la ley las palabras *ó por instrumento posterior en forma auténtica*? ¿y puede el intérprete alterar el texto? Creemos que el objeto de esas palabras no es exigir un instrumento auténtico, sino permitir al testador que haga el nombramiento en instrumento auténtico sin sujetarse á las formalidades solemnes del testamento público. El código permite al disponente que nombre el tutor en el testamento ológrafo que establece la substitución; por lo mismo, puede hacerlo en otro posterior que será anexo al primero. Si el testador no sabe ó no puede escribir y hace la substitución en testamento público, podrá nombrar en seguida al tutor por un simple instrumento auténtico. Este es el sistema que sigue la ley en el art. 1,035, pudiendo interpretarse en el mismo sentido el 1,055, sin violentar la ley.

¿Puede no aceptar el tutor nombrado por el disponente? La ley asimila bajo este respecto, la tutela fideicomisaria á la ordinaria; el tutor no puede, pues, excusarse más que por una de las causas que admite la ley para la tutela de los menores (art. 1055).

540. "A falta de este tutor, dice el art. 1056, se nombrará uno á instancia del gravado ó de su tutor, si es menor, dentro de un mes contado desde el fallecimiento del donante ó testador, ó desde que, después de esa muerte, se haya tenido conocimiento del instrumento que contiene la disposición." La ley no dice quién nombrará el tutor. Admítase que esto lo hace el consejo de familia; pero preferiríamos la intervención de los tribunales, que ofrece más garantía que la de aquel consejo que todavía no se sabe cómo se formará, y, que, en todo caso, poco se interesará por el éxito de la substitución. Pero á falta de ley, es imposible reconocer competencia al tribunal. Conforme al

(t. 7º, pág. 42, nota 27), y por Demolombe, t. 22, pág. 444, número 467.

sistema del código, el consejo de familia es el que nombra el tutor, y en esto hay un argumento de analogía incontestable.

¿Cómo se formará el consejo de familia? Aun en esto debemos proceder por analogía. En favor de los substitutos se nombra al tutor, y así en la familia de los substitutos será menester buscar los miembros de aquel consejo. Pero puede suceder que no haya todavía llamados al morir el donante ó el testador; entonces forzosamente habrá que formar el consejo con parientes ó deudos del gravado. ¿Ante qué juez de paz se ha de reunir el consejo de familia? Cuando se trata de nombrar tutor á un menor, el consejo deberá reunirse en el juzgado de paz del domicilio del menor. En esto no hay analogía entre la tutela ordinaria y la fideicomisaria; el tutor se nombra no á menores incapaces, sino á la substitución, esto es, á los bienes, á la herencia; y es lógico que allí donde ésta se abra se reúna el consejo de familia. Tal es también lo que previene el código para cuando el nombramiento se pide por el ministerio público; el art. 1057 da el encargo al procurador imperial adscrito al tribunal del lugar donde se abre la herencia. (1)

La ley deja al consejo de familia en absoluta libertad para escoger tutor. Sin embargo, debe no abusar de esa libertad el consejo, nombrando tutor al substituto; lo cual ya se ha dado, y prueba la confianza que se puede tener en los consejos de familia. ¿Se nombrará vigilante á aquel en cuyo interés se estableció la vigilancia? ¿se nombrará al hijo para que vigile al padre? Excusado es decir que tan extraño nombramiento fué anulado. (2)

541. ¿Cuándo se ha de nombrar el tutor? La ley que

1 Angers, 12 de Abril de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 213).

2 Angers, 17 de Junio de 1825 (Dalloz, palabra *Tercer opositor*, número 148, 2°).

hemos transcripto (núm. 540) responde á esta pregunta. Y de ella resulta que no debe haber tutor en vida del donante; siendo la razón de esto que nadie tiene más interés y carácter que el autor de la disposición para cuidar de que se ejecute. El donante, pues, será quien sirva de tutor, y sólo cuando muera se nombrará otro.

542. Si el gravado no cumple con la obligación que le impone la ley de nombrar tutor, "caducará el beneficio de la disposición, y, en ese caso, podrá declararse abierto el derecho en favor de los llamados, á instancia de las personas que indica el art. 1,057." ¿Cómo se debe entender la palabra de la ley: *caducará*? Causa admiración que se discuta este punto, por lo menos entre los autores, porque la jurisprudencia nunca ha vacilado, sino que se ha estado al texto, y éste no da lugar á duda, es imperativo; declara la caducidad como pena por no observar la ley. ¿Se preguntará por qué la ley se muestra tan severa cuando no se trata más que de una simple formalidad? El tribunal de París responde que el tutor está colocado entre los padres y sus hijos para proteger los derechos de éstos. Tal protección debe comenzar desde que comience la administración de los gravados, pues podrían ocasionar un mal irreparable á los llamados si estuviese en sus facultades disponer de los valores muebles sin inspección y degradar los inmuebles sin la vigilancia que los sujeta. (1)

Sin embargo, no hay que exagerar el rigor de la ley. Hase pretendido que la caducidad era declarada por la ley, de modo que la habría de pleno derecho sin la intervención judicial; pero la jurisprudencia rechaza fundadamente esa interpretación. La caducidad es una pena, implica una falta, y ésta debe ser apreciada por el juez. Puede el gravado hallarse imposibilitado para obsequiar la

1 París, 29 de Mayo de 1841, y Denegada, 17 de Abril de 1843 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 363); Orleáns, 9 de Abril de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 58).

ley, por residir en un país lejano cuando adquiere noticia de la muerte del disponente y se le hace saber la disposición, pudiendo no bastarle un mes para nombrar tutor. Alguna enfermedad ú otro accidente de fuerza mayor puede impedirselo. Creemos que debe irse más allá; no solamente no debe declararse la caducidad en caso de imposibilidad, sino que basta con que el gravado no haya incurrido en culpa, y necesariamente el tribunal tiene facultad para apreciar cuando se trata de imponer tan grave pena. (1)

De que la caducidad no tenga lugar de pleno derecho, resulta que los del gravado quedan en pie, á pesar de la falta que cometa; todos los actos que practique son válidos respecto de tercero, hasta el día en que judicialmente se declare la caducidad. (2)

543. El art. 157 añade: "Y en este caso podrá declararse abierto el derecho en favor de los llamados, á instancia, etc." ¿Quiere decir esto que de los tribunales depende la declaración de estar abierto el derecho? Sobre este particular, hay una nueva disputa que se ha reproducido en las resoluciones judiciales. La palabra podrá parece indicar una facultad, y de aquí se ha concluido que la caducidad es facultativa así como la apertura del derecho de los llamados. (3) La palabra *podrá* recibe aún otra interpretación; refiriéndose á las personas llamadas por la ley á pedir la apertura del derecho de los llamados contra el gravado negligente; esta interpretación concilia por sí sola el texto con los principios. Estando prevenida por la ley la cadu-

1 Bruselas, 21 de Junio de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, 1824, pág. 144). Sala de casación de Bélgica, 25 de Junio de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 1, 418). Compárese á Moulón, t. 2°, pág. 420; Aubry y Rau, tomo 6°, pág. 43; Demolombe, t. 22, pág. 452, núm. 474.

2 Fallo precitado (nota anterior) de la sala de casación de Bélgica.

3 Colmar, 14 de Agosto de 1840 (Dalloz, núm. 364). En el mismo sentido, Grenier, Baseille y Troplong.

cidad, debe pronunciarse desde que se incurre en culpa; y en favor de quién se declara? En el de los llamados; la caducidad debe tener, pues, como consecuencia, la apertura de su derecho. El art. 1,053 está concebido en el mismo sentido; expresa que los derechos de los llamados se abrirán en la época en que, *por cualquiera causa*, cesé al goce del gravado; luego la caducidad de éste produce, como consecuencia necesaria, la apertura del derecho de los llamados. (1)

544. Hemos supuesto que hay dos llamados, pero puede no haberlos al morir el disponente, lo cual no impide que no se haya de declarar la caducidad. Pero es imposible, en ese caso, declarar abierto el derecho en favor de los llamados, puesto que no los hay. El tribunal deberá ordenar medidas de conservación en favor de los hijos que estén por nacer. Se ha pretendido que los bienes substituidos debían volver á los herederos legítimos del disponente. Esto no es admisible; los herederos del disponente no se pueden aprovechar de una caducidad que les es ajena; no se declara sino en favor de los llamados, y sólo á ellos debe aprovechar. Si no hay llamados, ni nace algún hijo, caduca la substitución, y tal caducidad aprovecha naturalmente al instituto. La caducidad, en el caso de no haber llamados, es, pues, condicional. Si hay llamados, se declarará abierto en su favor el derecho, sin perjuicio de que el tutor cuide de los intereses de los hijos por nacer. (2)

545. Se pregunta si el gravado menor incurre en la caducidad que declara el art. 1,057? El 1,074 responde á esta pregunta. "Si el gravado es menor, no podrá, ni aun en caso de insolvencia de su tutor, ser repuesto contra la ine-

1 Orleáns, 9 de Abril de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 58). Aubry y Rau, t. 6°, pág. 43, nota 29 y los autores que citan.

2 Durantón, t. 9°, pág. 554, núm. 567. Demolombe, t. 22, pág. 455, núms. 477 y 478.

jecución de las reglas que se le prescriben por los artículos de este capítulo." Con ser tan terminante la ley, todavía se discute el punto. Troplong, así como Coin-Delisle, resuelven que no caducará el derecho del menor; el tutor, dicen, es el culpable de negligencia, y no se puede hacer recaer sobre el menor una pena que no se ha declarado sino contra la persona misma del gravado. Y ¿que se hace del artículo 1,074? ¿qué del artículo 450 que confiere facultad al tutor para representar al menor en todos los actos civiles? ¿qué del principio de que el menor no puede ser restituido contra la mala administración del tutor, cuando éste ha procedido dentro de sus atribuciones? La ley y los principios son de una certidumbre tal, que nos dispensa de insistir en este punto. [1]

546. ¿Quién provoca la caducidad del gravado? El artículo 1,057 no lo dice; indica las personas que deben pedir la declaración de apertura del derecho en favor de los llamados; esas mismas personas tienen también derecho á obligación de proseguir la caducidad, porque ésta no se declara sino para que se declare también abierto el derecho. Si los llamados son mayores, pueden obrar; si son menores ó están sujetos á interdicción, su tutor será el que obre. La ley añade ó el *curador*; pero es descuido en la redacción. En nuestro derecho moderno, los sujetos á interdicción lo están asimismo á tutela como los menores. El legislador debió preveer que no obrarían los llamados, puesto que deberían obrar contra su padre. Hé aquí por qué la ley da á cualquier pariente de los substitutos, capaz ó no, derecho para provocar la caducidad del gravado, y faculta al procurador del rey para proceder de oficio.

1 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 44 y nota 30. Demolombe, t. 22, página 453, núm. 475. En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 543, núm. 6 del artículo 1,057; Troplong, t. 2^o, pág. 294, núm. 2,263.

547. ¿Cuáles son las funciones del tutor? El art. 1,073 dice que debe practicar todas las diligencias necesarias para que sea bien y fielmente desempeñada la carga de restituir. Es responsable, dice la ley, si no cumple con esa obligación que le incumbe por la naturaleza misma de su encargo. La propia ley precisa lo que debe hacer tocante á las medidas de conservación, como son el inventario, la venta de los muebles, el empleo del numerario, la publicación del acto. Fuera de las disposiciones expresas del código, es difícil definir exactamente los derechos y obligaciones del tutor. Es un hecho que él no administra; el propietario lo es el gravado, quien puede ejecutar todos los actos de disposición y mayormente los de administración, sin que tenga facultad el tutor para intervenir en ellos. Su única misión está en vigilar por los intereses de los gravados, y debe practicar lo necesario, dice el artículo 1,073, para que los bienes se restituyan á los llamados. De modo que sólo puede obrar el tutor cuando un acto del gravado puede comprometer la restitución de los bienes; con razón se resolvió ya que no tenía el tutor facultad para dirigir por sí mismo y á pesar del gravado, acciones concernientes á los bienes substituidos; esto sería ponerse en lugar del propietario embarazar el ejercicio de la propiedad; facultad que la ley no le da al tutor. (1) Pero se resolvió también que el tutor tiene carácter para pedir que se empleen medidas propias para pedir la disposición de los bienes substituidos. (2) El derecho es cierto; al tribunal le toca resolver si el tutor hizo legítimo uso de él.

Núm. 2. Del inventario.

548. "Muerto el que haya dispuesto con carga de res-

1 Metz, 13 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 126).

2 Caen, 12 de Junio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 193).

tituir, se procederá, en la forma ordinaria, á inventariar todos los bienes y objetos que formen la herencia" (artículo 1,058). La ley obliga á hacer inventario á todos los que deben restituir los bienes que ellos administran; tales son los que obtuvieron la posesión de bienes de un ausente (artículo 1,126), los tutores (art. 451), los usufructuarios (artículo 600) y los sucesores irregulares que piden la posesión (art. 769).

Estos últimos son más que administradores, son propietarios; pero si se presentan herederos legítimos, están obligados á restituir los bienes. Sólo una garantía hay para esa restitución, el inventario; y estando encargados de conservar y restituir los bienes los instituidos con esta carga, la ley debió obligarlos á que hicieran inventario.

Por lo común éste no se refiere más que al mobiliario. El art. 1,057 quiere que se haga inventario de *todos los bienes* y objetos de la herencia; luego es preciso que el inventario comprenda hasta los inmuebles. Como sólo el disponible puede gravarse con substitución, casi siempre se compondrá de dos partes la herencia del disponente, que serán: la reserva y lo disponible; así es que se necesita que se inventarían todos los bienes, para que se sepa cuáles son reservados y cuáles substituidos. Si la substitución no recae más que sobre la parte disponible, si no tiene por objeto más que bienes particulares, no tiene el inventario razón de ser; por eso el art. 1,058 dice que no debe haber inventario cuando se trata de un legado particular. El legado mismo determinará suficientemente las cosas gravadas con substitución. Que si se hace por donación la substitución, debe el instrumento precisar igualmente la cosa donada y aun contener un estado estimativo para el mobiliario (artículo 948); la ley no prescribe esta formalidad para los legados de cosas muebles; con todo, importa que se pre-

sente un estado estimativo, para impedir su malversación ó su disipación.

Debe hacerse el inventario en la forma ordinaria, quiere decir, por instrumento autorizado, y debe contener el avalúo de los muebles y efectos muebles (art. 1,058). El inventario debe hacerse á instancia del gravado con la restitución. El art. 1,059 añade que debe procederse á él en el término señalado en el título de las *Sucesiones*, que es el de tres meses. Excusado es decir que no puede tratarse de los cuarenta días para deliberar, puesto que, en tal caso, no há lugar á deliberar; lo cual no es obstáculo para que el gravado reclame el término ordinario como heredero del disponente. El inventario debe formarse en presencia del tutor nombrado para la ejecución de la substitución; y así, debe llamársele para el efecto, sin perjuicio de ir adelante si no se presenta.

Si el gravado no hace inventario en el término legal, se procederá á él dentro del mes siguiente, á instancia del tutor y en presencia del gravado ó de su tutor (art. 1,060). El art. 1,073 declara al tutor responsable de que no se cumpla con esta obligación.

Si ni el tutor ni el gravado proceden al inventario, la ley quiere que se haga á instancia de los parientes ó del procurador del rey, llamando para la diligencia al tutor y al gravado (art. 1,061).

Si á pesar de todas las precauciones de la ley deja de formarse el inventario, podrán los llamados probar el valor y calidad de los bienes, por testigos y aun por la fama pública. La ley admite esta última prueba contra los que teniendo obligación de hacer inventario no le hacen por negligencia ó dolo (art. 1,415). La misma razón milita respecto del gravado. (1)

1 Aubry y Rau, t. 6º, págs. 45 y siguientes, Demolombe, t. 22, pág. 464, núms. 483.494.