

CAPITULO XXXV

Contenido del testamento

§ 145.—*Condiciones de validez de las disposiciones testamentarias*

Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 299; Chironi, *Ist.*, II, §§ 474, 475; Filomusi, *Dir. ered.*, II, página 88; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 668, 670, 702; Aubry y Rau, *Cours*, VII, §§ 654-657, Planiol, *Traite*, III, números 2.871, 2.924, 2.991 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 546-550.

Toda disposición testamentaria de contenido patrimonial (el testamento puede contener disposiciones de otra especie) es siempre disposición de un *universum ius* o de una cuota parte de éste (por ejemplo, de un tercio o un cuarto de la herencia) o disposición de cosas singulares o de conjuntos singulares de cosas (por ejemplo, de todos los bienes muebles o de todos los inmuebles); estas disposiciones atribuyen en el primer caso la condición de heredero, en el segundo la de legatario (art. 760). Dejando para los párrafos siguientes el estudio de las dos especies de disposiciones y la exposición de las normas propias de cada una, consideraremos ahora desde un punto de vista general, los requisitos exigidos para que una disposición testamentaria sea, en cuanto a su contenido, válida y eficaz.

a) Ante todo, de los principios generales propios del negocio jurídico se desprende que la voluntad del testador debe estar exenta de vicios. La invalidarán, pues, el dolo, el error y la violencia. Influye en esta voluntad el error de derecho o de hecho, el que versa sobre la persona del destinatario, sobre cualidades de éste consideradas de modo especial por el testador, o sobre el objeto de la disposición. Influye también en dicha voluntad el error sobre el motivo o (como dice la ley, art. 828)

sobre la causa de la disposición, a condición de que sea el único determinante de la voluntad testamentaria y de que aparezca expreso en el testamento (1).

Es inválida la disposición emitida bajo el influjo del dolo, ya sea éste empleado por el beneficiado con la disposición o por un tercero, ya para obtener una disposición testamentaria favorable, ya para revocar la perjudicial. El dolo adopta las formas de *captación* y de *sugestión*; consiste en el empleo de artes y medios ilícitos para despertar en el testador sentimientos diversos de los que le animan, produciendo en él rencores o sospechas contra la persona a quien hubiera querido favorecer o afectos o inclinaciones en favor de aquella a quien habría seguramente olvidado. El consejo, la persuasión, el halago, no bastan para que la voluntad del testador pueda estimarse coartada o menos espontánea; el medio empleado ha de ser ilícito, revestir caracteres dolosos o consistir en maquinaciones fraudulentas. Finalmente, es anulable la disposición que hubiere sido arrancada con violencia, siendo indiferente que emplee la violencia el mismo a quien la disposición favorece o un tercero (2).

b) Algunos sostienen que la voluntad esté exenta de vicios; debe ser una voluntad propia del testador y por éste personal y directamente manifestada. No se admite representación alguna en materia testamentaria ni en cuanto a la declaración (pues no puede una persona encargar a otro que manifieste la última voluntad de la primera) ni con mayor razón en cuanto a la voluntad misma (encargando a un tercero que adopte la decisión y la declare como nuestra).

De aquí que no pueda confiarse al arbitrio de un tercero la designación de la persona del favorecido ni la determinación del objeto de la disposición. Respecto a la designación por un ter-

(1) Caldarera, *Causa erronea nelle disp. di ultima volontà*. Roma, 1916.

(2) Algunos sostienen que el testamento es válido, pero que el favorecido que empleó la violencia se convierte por ello en indigno; otros, que es válido sin más, como acto formal que es, cuya validez depende de la observancia de la forma. Schossmann, *Zur Lehre vom Zwang*. Leipzig, 1874; Caporali, *Della violenza como motivo di nullità del test.* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, IV, 1887, páginas 3 y siguientes).

cero del favorecido, el art. 834 declara nula toda disposición hecha en favor de persona incierta a designar por un tercero, ya sea institución de heredero, ya de legatario. Pero así como con respecto al heredero la prohibición es absoluta, exigiéndose que sea personalmente designado por el testador, en cuanto al legatario se admite en cierto modo el arbitrio del tercero; con tal que el testador limite la elección por el tercero entre varias personas determinadas por el testador mismo, sean físicas o jurídicas, o que el grupo dentro del cual haya de designarse heredero sea una familia determinada o una persona moral, el tercero puede válidamente designar al favorecido (art. 834).

En cuanto al objeto, la prohibición de recurrir al arbitrio de un tercero es formulada por la ley de un modo expreso con referencia al legado (art. 835), pero debe considerarse aplicable también a la fijación de la cuantía del derecho del heredero. La norma vigente es la que dispone considerar nula la disposición que deje al arbitrio del heredero o de un tercero la determinación de la cuantía de un legado; se exceptúan los legados remuneratorios hechos para retribuir servicios prestados al testador en su última enfermedad, pues el disponente no puede valorar el servicio para remunerarlo debidamente.

c) La persona del favorecido debe ser cierta, o sea heredero o legatario. Es cierta, no solamente cuando resulte individualmente determinada, sino cuando en el testamento hallan los elementos precisos para su determinación.

Así debe interpretarse el precepto del art. 830, que declara nula toda disposición (a título universal o particular) hecha en favor de persona incierta que no pueda determinarse. Lo que perjudica a la disposición es la incerteza absoluta. A este respecto poseen singular importancia las disposiciones relativas al alma y las hechas en favor de los pobres que han merecido una regulación especial.

α) *Las disposiciones en favor del alma.*—Es toda asignación patrimonial para el sufragio del alma del finado mediante actos de cultos, como misas, rezos, etc. Admitidas y favorecidas por el antiguo Derecho, sobre todo por el canónico, no están prohi-

bidas por el nuestro si son concretas, con lo que se excluye toda incerteza subjetiva u objetiva. En efecto, el art. 831 declara que las disposiciones en favor del alma hechas genéricamente son nulas; la nulidad deriva de la incerteza de la persona a quien se atribuye el beneficio, ya que el alma no puede tener la consideración de sujeto beneficiado, o sea de heredero o legatario, por no ser persona ni comparable a una persona; respecto a la certeza exigida por el art. 835, precisa la determinación cuantitativa de lo dejado a este fin. Para excluir la incerteza subjetiva, habrá que determinar la persona que debe disponer lo referente a los actos cuya finalidad sea el sufragio del alma del finado, empleando en ello las sumas o bienes dejados por éste. El carácter concreto de la disposición consiste en la determinación de la persona que habrá de recoger lo dejado a este fin por el testador y la cuantía de lo dejado. Contra la doctrina común que estima suficientes ambas determinaciones, sostiene Filomusi (1) que precisa una tercera especificación: la determinación de los actos que tengan por fin el sufragio del alma del difunto; y Scaduto (2), que basta la especificación de la suma, pues los Consejos de fábrica (donde existan) o el Obispo (que conserve los poderes necesarios para cuidar del cumplimiento de las cargas del culto), serán los órganos idóneos para promover y asegurar el cumplimiento de las pías disposiciones (3).

β) La *genericidad* no perjudica a las disposiciones cuando éstas son hechas en *favor de los pobres*; para favorecer la causa de la beneficencia la ley admite que siempre que el testador no hubiere determinado los pobres o la institución benéfica a que

(1) *Delle disposizioni per l'anima o a favore dell'anima nel dir. civ. it.* (Riv. it. p. le sc. giur., I, 1886, páginas 46 y siguientes; reproducido en *Dir. ered.*, II, páginas 109 y siguientes).

(2) *Dir. eccles.*, I, pág. 744.

(3) Para más detalles, vide Ruffini, *La spese di culto e le opere pie*, Turín, 1908; Falco, *Le disp. pro anima*. Turín, 1911; Braudileone, *I lasciti per l'anima e la loro trasformazione*. Venecia, 1911; id., *I lasciti per l'anima e l'art. 91 della C. sulle istituz. di pubbl. beneficenza* (Riv. dir. pubbl., 1913, II, páginas 231 y siguientes).

deba destinarse el legado, éste será adquirido por la Congregación local de caridad que ostente la representación y tutela de los pobres del lugar en donde el testador tenía su domicilio al tiempo de su muerte. Por consiguiente, toda disposición en favor de los pobres u otras semejantes hechas de modo genérico sin determinar el uso, la Obra pía o el establecimiento público, o cuando la persona a quien el testador confió tal determinación no pueda o no quiera aceptar el encargo, se entienden hechas en favor de la Congregación de caridad, que es una institución existente en todos los Municipios. Para que la disposición sea válida, precisa que resulte determinada la cosa o suma destinada a los pobres.

a) La necesidad de que la persona del favorecido sea designada por el testador directamente y el principio inderogable de que la voluntad testamentaria sólo puede manifestarse válidamente en testamento escrito, produce las consecuencias de que no se admitan en derecho civil italiano las llamadas *disposiciones fiduciarias*.

Era la *fiducia* una institución muy usual en derecho antiguo y hasta favorecida por el Derecho canónico. Mediante ella el testador confiaba al heredero o legatario, verbal y secretamente, el nombre de la persona a quien debían transmitirse los bienes de la herencia o del legado; pues según las intenciones del testador era esta otra persona la que debía ser heredero o legatario verdadero, y no la que aparecía designada en el testamento (fiduciario), quien como puro órgano transmisor no era más que un *nudus minister*, un ejecutor de la voluntad del causante. Era, pues, una especie de testamento *nuncupativo* y secreto en el que la persona del favorecido (heredero o legatario) era indicada *ad aures* del fiduciario, el cual sólo aparentemente adquiría la condición de heredero o legatario, ya que en virtud del acuerdo secreto con el testador debía en un momento sucesivo indicar la persona a quien el testador quiso transmitir real y verdaderamente los bienes dejados, sin que tal fiduciario pudiese retener nada para sí.

Varios eran los fines que esta institución pretendía. Unos

lícitos, otros ilícitos (como el de dejar los bienes a persona incapaz), si bien en este último caso hubieran medios de impedir que se usase de la institución con ánimo de burlar la ley y especialmente para infringir las normas concernientes a la incapacidad. Remitido el cumplimiento de este encargo a la conciencia y honradez del fiduciario, escapa a toda coerción; la institución se prestaba por ello a fáciles abusos, ya que no había más límite al arbitrio del fiduciario que la prohibición de declararse él mismo heredero o legatario, es decir, de designarse él como la persona a quien habían de transmitirse los bienes definitivamente.

La posición adoptada por el Derecho francés frente a esta institución fué la de declarar nula toda disposición testamentaria que contuviese la fiducia. De la Ordenanza de 1755 (en el Código Napoleón no se alude a la fiducia) deriva que todo testamento de esta especie es nulo, porque prohibidas todas las formas nuncupativas de testar, no se puede atribuir la herencia o el legado al favorecido secreta y realmente porque no aparece designado en el testamento, ni al fiduciario, porque ello no respondería a la voluntad del disponente.

El Código italiano (art. 329), siguiendo el albertino, ha adoptado una posición diversa: declara nula la fiducia, prohibiendo toda prueba que tuviese por objeto el demostrar que la disposición hecha en favor de la persona designada en el testamento es aparente, favoreciendo en realidad a otra distinta, y esto, aunque el testamento contenga una expresión cualquiera que indique o haga presumible la existencia de una fiducia; considera firme el nombramiento del fiduciario, reputando a éste como verdadero y propio favorecido a quien van a parar los bienes de la herencia o del legado. El art. 829, que en su acepción literal parece limitarse a establecer una norma restrictiva de la prueba, es decir, a excluir ésta cuando tenga por objeto contradecir el contenido del testamento, tiene en realidad mayor alcance: declara la fiducia nula en sí y desprovisto de toda eficacia el encargo secreto que entraña, niega al designado en secreto acción para pedir el cumplimiento del encargo y para exigir que le sean transmitidos los bienes; también declara ineficaz el espon-

táneo cumplimiento de la fiducia. Heredero o legatario único y definitivo es, pues, el designado en el testamento; con esto se priva de eficacia a las disposiciones fiduciarias, pero de un modo poco justo, ya que se declara válida una disposición aparente, en realidad no querida por el testador. Una excepción a la prohibición de la prueba, es el caso en que la institución o el legado son impugnados por hacerse mediante persona interpuesta en favor de un incapaz (artículos 829 y 773). Para probar que se burlaron las normas sobre incapacidad, se permite la prueba del carácter fiduciario de la disposición, o sea de que hubo persona interpuesta (1).¹

§ 146.—*La institución de heredero*

Brugi, *Ist.*, § 96; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 308; Chironi, *Ist.*, II, § 474; Filomusi, *Dir. ered.*, II, pág. 34; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 720-722; Aubry y Rau, *Cours.* VII, §§ 713, 714, 719, 720, 692; Planiol, *Traité*, III, número 3.006 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 551-556.

Por el principio contenido en los artículos 760 y 827 del Código civil, la institución de heredero no consiste, como en el Derecho romano, en la designación por el testador del institu-

(1) La bibliografía es abundante y recientemente ha refflorecido. Vide Brugi, *Dichiarazione di fiducia e fiducia testamentaria* (*Dir. e giur.*, 1912, páginas 137 y siguientes); Coviello *Della fiducia nel dir. civ. it.* (*Giur. it.*, 1912 y siguientes); Venerian. *Nullità assoluta della dichiarazione di fiducia test* (*Legge*, 1912 pág 567); Manenti, *Della fiducia o sostituzione fiduciaria* (*St. Scuesi*, XXVIII, páginas 280 y siguientes); Coppa-Zuccari *La fiducia testam. nel dir. vigente*. Palermo, 1912 y en *Scritti per Chironi*, I); de Ruggiero, *L'illicittà della fiducia testamentaria* (*Riv. dir. civ.* V, 1913, páginas 433 y siguientes) y las citas y referencias contenidas en este trabajo. Vide también Gabba, *La fiducia nel dir. civ.* II, páginas 119 y siguientes, y Landolfi, *La fiducie testamentarie*. Nápoles. 1917; notables, son los trabajos de Gianturco, *Delle fiducie nel dir. civ. it.* Nápoles, 1882, y *Scritti varii*. Nápoles, 1906, páginas 113 y 124. pero la opinión por él sustentada contraria a la defensa en el texto no cuenta con muchos partidarios. Un trabajo amplio de revisión histórica y doctrinal es el de Ambrosini, *Disposizioni di ultima volontà fiduciaria*, Nápoles, 1915-1917.

do con el nombre de heredero; lo que verdaderamente caracteriza la institución es su contenido y su substancia. No es tampoco cierto en nuestro Derecho, como lo era en el romano, que la *institutio heredis* es el *caput et fundamentum totius testamenti* (1), es decir, que lo que da al testamento eficacia es el nombramiento del *heres*, de modo que si éste falta o caduca, son ineficaces todas las disposiciones contenidas en el testamento (2). El rigor del principio por el que el nombramiento de heredero es elemento esencial del testamento, implicaba que el heredero por serlo adquiría todo el patrimonio del difunto, no que la universalidad de la adquisición produjese el título de heredero. De aquí algunas consecuencias que pueden tal vez parecer extrañas hoy, pero que eran completamente lógicas en el sistema romano, consecuencias que se patentizan en el *legatum partitionis* y en la *institutio ex re certa*.

Si en efecto el testador, al designar heredero, hubiese al mismo tiempo impuesto la obligación de ceder a un tercero una cuota parte del haz hereditario, o sea, hubiere distribuído el haz entre el heredero y un tercero, el favorecido con tal disposición no era heredero (aun cuando hubiese dispuesto el testador de todo el haz en su favor), sino legatario, aunque sucediese no en cosas singulares, sino en el *universum ius* o en una cuota parte del mismo. Tal disposición era un legado, el *legatum partitionis* o *partitio legata*. Viceversa, nombrado heredero era inconciliable con tal nombramiento la institución de heredero en una o varias cosas singulares (*institutio heredis ex re certa*), pues la atribución de un determinado elemento patrimonial era incompatible con el título de heredero que confiere el derecho al *universum ius* del difunto y a apropiarse cualquier elemento patrimonial de que no se hubiere dispuesto en favor de otro mediante legado. Pero más que la nulidad de la *institutio* y la ineficacia

(1) Así textualmente en el § 34, *Inst.*, 2,20: *quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt et ob. id veluti caput adque fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.*

(2) Modestino, fr. 1, § 3 D. 28 6: *nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.*

del testamento por la inconciliable contradicción que esta disposición entrañaba admitieron los romanos para favorecer la voluntad testamentaria, que la mención de la *certa res* se considerase como no puesta; el *heres ex re certa* se reputaba heres puro y simple *detracto rei certae mentione*.

Nada de esto rige en el derecho moderno que ha invertido la relación del título de heredero con la adquisición universal; no es el nombramiento de heredero la causa de la adquisición del *universum ius*; a la inversa, es la disposición a título universal la que atribuye la condición de heredero. La institución de heredero no depende de las palabras empleadas, sino de la esencia de la disposición, pues cualesquiera que sean las expresiones usadas por el testador, será heredero aquel a quien se atribuya la universalidad de los bienes o una cuota de ésta; los demás favorecidos tendrán la condición de legatarios. Han desaparecido, pues, las figuras del *legatum partitionis* y del *heres ex re certa*; en el primero había una disposición a título universal, porque al *partiarius* se atribuye una cuota parte del haz hereditario; la *institutio ex re certa* no entrañaría nada de contradictorio; en esta disposición habría que reconocer el llamamiento de un heredero o de un legatario según que la atribución de la cosa singular se hiciese en función de cuota hereditaria o con la carga de pagar las deudas de la herencia, o fuese verdadera disposición a título particular.

Así, pues, un testamento puede existir sin que tenga institución de heredero; puede otorgarse todo el haz con legados, porque nada impide al testador distribuir sus cosas mediante disposiciones particulares, sin atribuir a nadie la cualidad de heredero. El problema en tal caso consistirá en averiguar quién puede o debe asumir la condición de heredero, lo cual tiene una gran importancia, porque (como ya sabemos) sólo el heredero responde de los débitos y cargas hereditarios; jamás es el legatario quien responde solamente de las cargas reales que graven la cosa legada o que le hubieren sido expresamente impuestas por el testador; es natural que los acreedores quieran saber quién ostenta la representación del difunto para poder dirigirse contra él.

La solución varía según las hipótesis: *a)* Puede no agotarse el haz con las disposiciones particulares; en tal caso por testamento no habrá más que legatarios y el heredero será el legítimo. *b)* El haz se agota con los legados; puede aun en este caso haber un heredero. Este será el heredero legítimo si el llamado por la ley no se mueve tan sólo por el interés económico y acepta la herencia aunque vacía de contenido. También puede ser heredero cualquiera de los favorecidos en el testamento o todos ellos, si del tenor de las disposiciones, de las declaraciones del testador, de todas las circunstancias, se pudiese deducir la intención del causante de que fuese heredero alguno, algunos o todos los favorecidos. Así, por ejemplo, si a dos personas que el testador designa como legatarios deja éste una serie de cosas específicamente enumeradas que agotan el haz hereditario y consta que la intención del testador es que ambos respondan de las deudas y cargas hereditarias; en este caso resulta claro que los dos favorecidos con disposiciones particulares deben reputarse como verdaderos y propios herederos. *c)* Los legatarios lo son verdaderamente y el llamado por la ley no acepta la herencia; falta en tal caso el heredero de un modo absoluto. En tal caso el remedio será la separación de patrimonios. A falta de un heredero que responda personalmente y frente a los legatarios que están exonerados de toda responsabilidad, incluso de la limitada a la cuantía del haber hereditario, los acreedores deben satisfacer sus créditos en el patrimonio del difunto; tal satisfacción puede obtenerse pidiendo la separación de los bienes de la herencia contra los legatarios, ejercitando contra y sobre los bienes de la herencia la acción ejecutiva.

La institución de heredero puede ser pura y simple o ir acompañada de modalidades. Pero de éstas no todas son compatibles con dicha institución.

a) Condiciones.—Nada se opone a que el nombramiento de heredero sea condicional. La condición suspensiva es siempre utilizable; no, en cambio, la resolutoria, porque perdiéndose la cualidad de heredero al realizarse el hecho en que la condición consiste, se quebrantaría el principio de la irrevocabilidad

de la aceptación y el de la perpetuidad del título hereditario y se violaría en muchas ocasiones la prohibición de las sustituciones fideicomisarias. El Código no declara esto de un modo expreso y se limita a enunciar el principio general de que las disposiciones a título universal o particular pueden hacerse bajo condición (art. 848). De aquí deduce la mayoría de los autores que la condición resolutoria está también permitida. Pero la inaplicabilidad de la condición resolutoria a la institución de heredero deriva en nuestra opinión de los principios enunciados, los cuales restringen el alcance del art. 848 más de lo que de su tenor literal se desprende (1).

Si se fija una condición suspensiva, la herencia no se adquiere si dicha condición no se verifica; lo cual produce como consecuencia el que si la persona instituída muere antes de verificarse la condición, la disposición testamentaria es ineficaz (art. 853). Pero aunque no muera el instituído antes de cumplirse la condición habrá—como en cualquier otro negocio jurídico condicionado—un estado de suspensión y de incerteza que requiere normación especial, ya que el haz hereditario o la cuota del mismo que corresponda al instituído condicionalmente no puede dejarse sin administración y sin custodia. La ley provee a esto ordenando que hasta que la condición se verifique o hasta que resulte cierto que no puede verificarse, se entregue la herencia a un administrador (art. 857) y éste será el presunto heredero legítimo del testador o un tercero extraño designado por la autoridad judicial cuando ésta estime preferible por justas razones confiar a dicho tercero la administración (art. 859) o, si se trata de heredero instituído en una cuota parte, el coheredero o coherederos instituídos sin condición, cuando entre éstos y el heredero condicional haya lugar al derecho de acrecer (art. 858). La condición potestativa negativa exige también una regulación especial, pues la prohibición de dar o de hacer en que la condición

(1) Vide Gabba, *La condizione risolutiva apposta alle disposizioni testamentarie* (en *Quest. dir. civ.* II, páginas 92 y siguientes; Milone, *Dell'istituzione di erede sotto condizione risolutiva* (en *Studi per Persina*, III); Butera, *La cond. risolutiva nella ist. di erede*, Milán, 1904.

consiste, puede ser violada mientras viva el favorecido por éste y contrariar el sentido de la disposición, no puede aplazarse hasta el momento de la muerte del favorecido, la adquisición de la herencia. Para evitar este inconveniente la ley impone al heredero instituido con esta condición la obligación de prestar caución u otra garantía que asegure el cumplimiento de la voluntad del testador a aquellos a quienes la herencia sería atribuida en caso de incumplimiento de la condición (art. 855) (1).

Se permite la fijación de toda condición posible y lícita. Remitimos aquí al lector a lo dicho sobre las condiciones ilícitas e imposibles, las cuales se tienen por no puestas (art. 845), reputándose en tal caso la institución pura y simple. El Código se refiere de un modo expreso a las condiciones ilícitas, declarando contraria a la ley la que tienda a impedir la celebración de primeras o ulteriores nupcias; es decir, la condición de celibato y la de viudez (art. 850). En cambio, como excepción considera lícita la condición de viudez impuesta por un cónyuge al otro (artículo 850). De aquí resulta que una misma condición varía según la relación en que el testador se halle con el heredero (2). Otra condición ilícita a que alude el Código es aquella que hace depender la validez de la institución de heredero de la existencia de una recíproca disposición testamentaria en favor del tes-

(1) Es esta la llamada *cautio Muciana* por el nombre del Jurisconsulto romano que la introdujo. Vide Scialoja, *Sulla cautio Muciana applicata all'eredita* (*Bull. ist. dir. rom.*, XI, pág. 265 y siguientes).

(2) Sobre estas condiciones vide Polignomi. *La conditio viduatatis*, Nápoles, 1872; Ramponi, *La condizioni del celibato e di vedoranza nei testamenti e nei contratti*, Florencia, 1893; Del Vecchio, *Le seconde nozze del coniuge superstite*, Florencia, 1885, censurando el art. 850.

¿Se incumple la condición de viudez contrayendo solamente matrimonio religioso? Según unos no porque este matrimonio para la ley no existe; según otros sí, porque prácticamente, y para quien puso tal condición, tanto vale el matrimonio civil como el religioso. Vide Del Giudice, *Il matrimonio religioso e la condizione di vedoranza nella legge e nei testamenti* (*Riv. dir. civ.*, VIII, 1916, páginas 293 y siguientes), Ferrara, *Teoria del negozio illecito*, 2.^a ed., 1914, páginas 164 y siguientes; Corazzini, *Il matrimonio religioso e la conditio viduitatis* (*Dir. eccles.*, 1915, páginas 77 y siguientes).

tador. Pero esta condición, que es de las llamadas disposiciones captatorias, vicia toda la disposición, no siendo posible en tal caso que la condición se cancele y la disposición subsista; toda la disposición es ineficaz, pues infringe la prohibición de los testamentos recíprocos y se opone a otros principios fundamentales la declaración del testador de disponer de cierto modo, para así beneficiarse eventualmente del testamento de su heredero (art. 852).

b) *Términos*.—La institución de heredero no puede sujetarse a término inicial o final; si se fija término se considera no puesto y la institución se reputa pura (art. 851). Con el principio de la continuidad ininterrumpida de las relaciones del difunto mediante la transmisión de las mismas al heredero, pugna el término en que el instituido debe comenzar a ser heredero; a los principios de la perpetuidad del título de heredero y de la irrevocabilidad de la aceptación y a la prohibición de las sustituciones fideicomisarias se opone el término final. De esto puede extraerse otro argumento para probar lo improcedencia de la condición resolutoria, que funciona análogamente al término final, ya que si la ley prohíbe éste de modo expreso, tal prohibición debe estimarse aplicable a aquélla.

c) *Modo*.—El testador puede imponer a su heredero cargas y gravámenes de toda especie con tal que sean lícitos; de esto nace en el instituido la obligación de ejecutar el *modus*. Para constreñir al heredero tal cumplimiento del *modus* tendrán acción los interesados en que se respete la voluntad del testador; primeramente los demás herederos, si hubieren coherederos, y el modo de imponerse a uno de ellos; el tercero beneficiado con la carga, si lo hubiere; el executor testamentario, o, finalmente, si el *modus* lleva cláusula de caducidad, los que por efecto de ésta serían llamados a la herencia.

§ 147.—*Las sustituciones*

Brugi, *Ist.*, § 97, Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 332; Chironi, *Ist.*, § 476; Filomusi, *Dir. cred.*, II, pág. 243; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 773-707; Aubry y Rau, *Cours*, VII, §§ 693-697; Planiol, *Traité*, III, números 3.265, 3.299 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 557-561, 637, 662-668.

Toda la materia de las sustituciones era en el derecho antiguo compleja y dificultosa; en el derecho vigente se ha simplificado mucho, pues sólo dos sustituciones han sobrevivido y de ellas una está permitida: la sustitución vulgar; la otra, rigurosamente prohibida, la sustitución fideicomisaria. Sustitución en general es el llamamiento de un segundo heredero o de un segundo legatario hecho por el testador para el caso de que el primero no tenga efectividad. El llamamiento del sustituto puede ser directo, es decir, haber un llamamiento único para el instituido y el sustituto o bien indirecto u oblicuo, es decir, haber dos llamamientos en orden sucesivo. Constituyen estas dos formas de institución, una permitida y prohibida la otra. Debemos estudiar una y otra.

I. *Sustitución vulgar*.—Llámase sustitución vulgar o directa aquella por la cual el testador sustituye al heredero o legatario por otra persona en el caso en que el primero no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado (art. 895). Así, por ejemplo, si el testador dice: «instituyo heredero a Ticio, y en defecto de éste a Cayo», o bien «lego a Ticio el fundo tusculano, y si éste no quiere o no puede aceptarlo lego dicho fundo a Cayo». Es, pues, la sustitución directa una institución condicional en la que la condición consiste en el hecho de que el instituido no llegue a ser heredero o legatario. En nada se opone esto a los principios generales de la sucesión ni a los de la economía pública o de la libre circulación de los bienes; por ello dicha sustitución está permitida. La ley permite condicionar la herencia o el legado; con mayor razón había de permitir poner la condición de que el instituido no pudiese o no quisiese aceptar, pues con ello asegura el testador el tener sucesor, dándose

cumplimiento a su voluntad antes que recurrir a la sucesión legítima. La sustitución puede extenderse más allá del segundo grado, habiendo un primer llamado (instituído), un segundo (sustituto), un tercero (sustituto del sustituto), etc., y así hasta el infinito; cuanto más extensa es la serie de los llamados, más remoto el peligro de que nadie acepte. Cualquiera que sea el número de las sustituciones, el llamamiento del instituído y de los sustitutos, es siempre único, porque estando tales llamamientos recíprocamente condicionados, no hay varios herederos o legatarios sucesivamente llamados; es heredero o legatario aquel de la serie que efectivamente acepte; los demás no lo son ni lo han sido un solo instante.

Las normas que rigen esta sustitución, pueden resumirse del modo siguiente:

a) La condición para que el sustituto adquiriera la herencia o el legado, es que el sustituído no quiera o no pueda aceptar. No quiere aceptar quien renuncia; no puede quien haya premuerto al testador o comuerto con él, esté ausente (en sentido técnico) o sea incapaz. Difieren, pues, el no querer y el no poder; el testador puede ordenar la sustitución para el caso de renuncia, no para los demás, o sólo para algunos de los demás casos distintos del de renuncia; cuando esto ocurre, la voluntad del testador debe respetarse. Pero como en la práctica ocurre que quien prevé el caso de que el instituído no quiera, prevé también por lo general el de que no pueda, o a la inversa, la ley, interpretando la voluntad del causante de modo amplio y siempre que no conste una voluntad contraria, entiende que la sustitución que prevea uno de estos dos casos es aplicable también al no expresado (art. 896).

b) A una sola persona instituída pueden sustituir varias (nombre heredero a Ticio y sustitutos suyos a Cayo y Sempronio), o a varios instituídos puede nombrarse un solo sustituto (instituyo herederos míos a Cayo y Sempronio, y si no llegan a serlo, a Ticio) (art. 895). En el primer caso, los sustitutos tendrán derecho a partes iguales de la herencia o legado no adquiridos por el instituído; en el segundo, el sustituto adquirirá la

totalidad en defecto de ambos instituídos o la cuota de uno solo si solo uno no acepta.

c) En el caso de varias sustituciones sucesivas, cada sustituto ulterior se reputa sustituto no solamente de la persona que le precede inmediatamente, si que también del propio instituído, *substitutus substituto est substitutus instituto*. Así, si nombrado heredero Ticio, se sustituye por Cayo y Cayo por Sempronio, éste se subroga en el lugar de Ticio si Ticio no puede o no quiere aceptar aun cuando Cayo no exista.

d) La sustitución puede ser recíproca, es decir, tener lugar entre los mismos instituídos. Esto ocurre cuando el testador, nombrando dos o más herederos o legatarios, ordena que faltando uno de ellos le sustituyan el otro o los otros (ejemplo: instituyo herederos a Ticio, Cayo y Sempronio; si alguno de ellos premuere, le sustituirá el sobreviviente). La cuota que viene a faltar es adquirida por el supérstite o supérstites. Pero, ¿en qué medida deberá distribuirse la cuota del heredero que falta entre los demás supérstites? La ley distingue en este caso tres hipótesis distintas: según que en el llamamiento se indique la proporción de las cuotas o no se indique o se mezcle en la sustitución recíproca a un extraño (art. 898). α) Si no se indican las cuotas (por ejemplo, instituyo herederos a Ticio, Cayo y Sempronio con sustitución recíproca), como éstas son iguales, si Ticio falta, su cuota se dividirá en partes iguales entre los demás. β) Indicada la proporción y suponiendo las cuotas desiguales (ejemplo: instituyo heredero a Ticio en cuatro octavos, a Cayo en tres octavos y a Sempronio en un octavo), si falta Ticio, su cuota se distribuirá desigualmente entre Cayo y Sempronio en la proporción de tres a uno: «La proporción establecida en la primera disposición se presume repetida para la sustitución» (artículo citado). γ) Siendo designadas las cuotas y llamándose en la sustitución, además de los primeramente nombrados, a un tercero (por ejemplo, nombro herederos a Ticio, Cayo y Sempronio, y si uno de éstos falta le sustituirán los supérstites y Pedro), la ley, ante la incerteza de la medida en que el tercero debe entrar en la distribución de la cuota del heredero que fal-

ta, adopta la solución (que mejor responde probablemente a la intención del testador) de distribuir dicha cuota entre todos los sustitutos en partes iguales.

e) La sustitución implica que la situación del sustituto al subrogarse en el lugar del instituido, es idéntica a la de éste. Por tanto, siempre que no conste una voluntad contraria, lo dispuesto en orden a la institución regirá también para la sustitución. Constituye aplicación de este principio general, el caso poco antes examinado en que la medida o proporción de la cuota de los instituidos se repite para los sustitutos. También hay aplicación de dicho principio en el caso previsto por el artículo 897, que dispone que los sustitutos deben soportar las cargas que se hubieren impuesto a los instituidos, salvo expresa voluntad contraria; en cambio, las condiciones que afectasen personalmente a los primeramente llamados, no serán extensivas a los sustitutos si no se declarase así expresamente.

II. *Sustitución fideicomisaria* (1).—Se llama así la disposición por la que el testador que ha nombrado heredero o legatario impone a éstos la obligación de conservar la herencia o la cosa legada y de transmitirla a su muerte a otra u otras personas indicadas por el propio testador. Deriva del fideicomiso romano, en el cual se imponía al heredero instituido en el testamento la obligación moral de transmitir los bienes a otra persona (que

(1) Brugi, *Tedecommeso* (en *Dig. it.*; Cuturi, *Dei fedecommissi e delle sostituzioni nel dir. civ. it.*, Citá di Castello, 1889; Patervio Castello di Biccocca, *Le sostituzioni fidecommissarie di fronte al Cód. civ. it.*, Catania, 1896; Gabba, *Sostituz. fidecomm. e sostituz. Volgare* en *Quest. dir. civ.*, 2.^a ed., páginas 35 y siguientes, y en *Nuove quest.*, 1905, I. pág. 346; Brunetti, *Il legato «quum heres morietur» e la sostituz. fedecomm.* (*Giur. it.* 1905, I, 2, página 311 y en *Scritti giur.*, II, pág. 287). Para la historia del fideicomiso véase: Plaff y Hofmann, *Zur Gesch. der Fideicommissa*, Wien, 1884; Brückner, *Studien über die Gesch. der Fideicommissa*, München, 1893; Milone *Il fedecomm. rom. nel sus svolgimento storico*, Nápoles, 1896; Gierke, *Fideikommissa* (en *Handwört der Staatswiss.*); Kruse, *Die Familien Fideicommissa*, Berlín, 1909; Frommhold, *Zur Lehre vom Stammgut, Familien fideic. und Familien vor Kaufrecht* (en *Festschr. f. Gierke*); Meyer, *Die Anfänge des Familien fideik. in Deutschland* (en *Festgalé f. Sehn*); Trifoni, *Il fedecomm.*, Roma, 1914.

generalmente era incapaz de recibir cosa alguna del testador) y se desenvolvió en el derecho medioeval, que le dió especial configuración; la sustitución fideicomisaria recibe, finalmente, una amplísima aplicación en un tiempo en que la conservación de los bienes en las familias y la concentración de la riqueza en manos de los descendientes varones, especialmente en los primogénitos, eran condiciones precisas para mantener rica y poderosa a la aristocracia, para conservar la fuerza política de los señores asegurándoles con la preeminencia económica el ejercicio del poder público. Pero la revolución francesa debía acabar con esto, que constituía la base del viejo régimen; el Código francés abolió las sustituciones fideicomisarias, y el Código italiano le imitó, declarando en el art. 899 inválida cualquiera disposición que pudiese reproducir, aun en forma larvada, el viejo fideicomiso. Este, según las modernas ideas, se opone a la libre comerciabilidad de los bienes y perjudica a la economía pública, porque al hacer los bienes inalienables acumulando una gran cantidad de ellos en manos de unos pocos, obstaculiza la libre circulación de la riqueza y provoca el perecimiento de los bienes; contradice al principio de la igualdad porque determina que haya miembros de una familia privados de todo beneficio y otros privilegiados; es contrario a la libertad de testar, porque al disponer el testador de los bienes en favor de los herederos o legatarios, prefija el sucesor de éstos, impidiéndoles disponer en favor de persona distinta del sucesor que se les haya señalado. Considerada toda vinculación de propiedad nociva a la economía general, lo era aún más esta vinculación familiar, en que la sustitución de generaciones llegaba al infinito y la vinculación resultaba, por tanto, perpetua. El Código la ha prohibido de modo absoluto. Pero el camino seguido por la ley italiana es distinto del que siguió la francesa, pues mientras el Código napoleónico declara (art. 896) nula toda la disposición de modo que el instituído y el sustituto nada perciben de la herencia o del legado, nuestro Código (art. 900) declara nula tan sólo la sustitución, quedando la institución, en cambio, plenamente válida. La consideración que a la ley merece tal sustitución

ción es, pues, análoga a la que le merecen las condiciones ilícitas o imposibles que se reputan no escritas; todas las sustituciones, aun las de primer grado, se estiman no puestas, es decir, se cancela la obligación de conservar y de retransmitir impuesta al heredero.

Los requisitos de la sustitución fideicomisaria son tres, según la doctrina.

α) *Doble vocación.*—La hay cuando un mismo testador dispone dos veces de un mismo objeto (herencia o legado) mediante un doble llamamiento, uno directo, y el otro indirecto u oblicuo. El heredero es el llamado directamente, el sustituto fideicomisario el llamado indirectamente; este último, al adquirir los bienes después que el primer llamado ha sido heredero o legatario, no sustituye a éste (como ocurre en la sustitución vulgar), sino que le subsigue, recibiendo la herencia o el legado del sustituido, no del testador. El doble llamamiento debe referirse a un mismo objeto; no es, por tanto, fideicomisaria, y sí lícita, la institución de una persona en el usufructo y de otra en la propiedad, pues como el nudo propietario consolidará el usufructo a la muerte del usufructuario, los derechos a que uno y otro son llamados son diversos.

β) *Obligación de conservar y retransmitir.*—Precisa que al heredero o legatario se imponga la obligación de conservar para retransmitir, no como simple recomendación o consejo, y sí de un modo imperativo; es indiferente la formación o modo de expresar esta obligación; lo substancial es que dé a entender que el gravado con ella no puede enajenar (art. 899). Muchos creen que no entraña esta obligación el llamado fideicomiso de *residuo*, o sea la disposición por la que el testador sustituye al heredero o legatario nombrado por un tercero, limitadamente tan sólo a lo que pueda sobrar al primer llamado después de su muerte. Pero tal opinión no es admisible, porque si bien es cierto que en vida el instituido hubiera podido consumir todo cuanto le hubiera dejado el testador, también lo es que no puede dejar a otro que no sea el fideicomisario lo que queda después de muerto. Insistiremos más sobre este punto.

γ) *Orden sucesivo*.—El sustituto ha de adquirir la herencia o el legado en el momento de la muerte del primer llamado.

Esto implica que el heredero o legatario deben conservar los bienes hasta su muerte, momento en que aquéllos pasan al fideicomisario por sucesión *mortis causa*, porque éste es sucesor del instituído, no del testador. Esta es la noción exacta del *ordo successivus*, en el cual el momento en que para unos se extingue el goce de los bienes comenzando para otros, no es un momento cualquiera, sino el de su muerte. Si la disposición por la cual el heredero o legatario deben en un cierto día (transcurridos diez o veinte años) retransmitir los bienes a un tercero, debiera caracterizarse como fideicomisaria, no tendrían razón de ser las normas relativas a los términos a que se sujeta la herencia o el legado.

Habida cuenta de estos requisitos y de los sutiles artificios a que recurren los testadores para ocultar bajo una disposición válida una sustitución fideicomisaria, no es tarea fácil del Juez el indagar si en cada caso concreto una disposición aparentemente lícita contiene una sustitución prohibida (1).

Puede contenerla una sustitución condicional, singularmente, cuando la condición sólo puede verificarse con la muerte del instituído. Así, por ejemplo, la institución de heredero y sustitución por otro en el caso de que el primero muera sin hijos; pues en esta hipótesis se daría en el primer llamado la obligación de conservar y retransmitir hasta su muerte, oculta dicha obligación bajo la apariencia de una condición *si sine liberis decesserit* (2).

(1) Gabba en *Concetto della sostituzione fedecommissaria* (en *Nuove quest. dir. civ.*, páginas 32 y siguientes), trata muchas de las cuestiones prácticas a que da lugar el art. 895; por ejemplo: la de si es admisible el fideicomiso tácito; la significación de conservar y retransmitir; si puede ordenarse la retransmisión en vida del fiduciario; si la vocación del primer llamado puede ser condicionada suspensivamente; si la retransmisión del fideicomiso a la muerte del fiduciario puede ser condicionada suspensivamente; si la vocación del primer llamado puede ser condicionada resolutoriamente.

(2) Por la validez de ésta y en contra de la opinión corriente, pronúnciase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 833 y además vide Vita en *Giur. it.*, 1922, 1, 2, páginas 143 y siguientes; Cañero, *La condiz. si s. liberis dec. e il fedecommeso* (*Foro it.* 1922, I, páginas 652 y siguientes).

La ley es tan rigurosa en esta prohibición, que nuestro Código veda incluso el usufructo sucesivo (art. 901), aun cuando en él no haya, ni pueda haberse verdadera sustitución fideicomisaria. El usufructo es, en efecto, un derecho personal que se extingue a la muerte de su titular, y no puede transmitirse a otros, siendo inconcebible en el primer usufructuario una obligación de conservar para retransmitir al segundo. Sólo por analogía con la sustitución fideicomisaria puede explicarse el precepto del artículo 901: «La disposición por la cual se deja el usufructo u otra anualidad a varias personas sucesivamente, es eficaz solamente en relación con el primer llamado al goce, a la muerte del testador». Tal prohibición es quizás excesiva (1). Dentro de ella no cae más que el usufructo (uso o habitación), dejados en *ordo successivus* en el sentido ya aplicado, o sea, cuando el segundo usufructuario sea llamado al goce a la muerte del primero; queda fuera de la prohibición el usufructo asignado a dos o más personas sucesivamente, sujeto a un término que no corresponde a la muerte del primer llamado (así, por ejemplo, dejo el usufructo a Cayo por los primeros diez años, y a Mevio, por el tiempo sucesivo hasta su muerte), y el usufructo conjuntivo en que se atribuye el goce a dos o más personas simultáneamente, de modo que el usufructo dure cuanto dure la vida del más longevo (2). Excepcionalmente quedan fuera de la prohibición las anualidades dejadas sucesivamente a personas de cierta condición o de determinadas familias que sean socorros a la indigencia, premios a la virtud o al mérito, o que respondan a fines de utilidad pública (art. 902); la alteza del fin justifica la excepción.

Se ha aludido ya antes al fideicomiso de *residuo*, o sea a la disposición por la que el testador ordena que el *quod superirit* del haz hereditario se transmita por el heredero a un tercero, designado por el propio testador. Se discute vivamente si en esta disposición se encierra un fideicomiso. En nuestra opinión, como

(1) En su defensa, en cambio, pronúnciase Venezian, *Legato di annualita successive* (en *Studi per Lilla* y en *Opere giur.*, II Roma, 1920).

(2) Filomusi, *L'usufrutto succ. e la sostituz. fedecomm.* (*Giur. it.*, 1878, páginas 17 y siguientes y en *Dir. ered.*, II, páginas 247 y siguientes); Veni en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 880, n. c.

ya dijimos, también hay aquí una institución prohibida, porque concurren los tres requisitos de éste: una institución y una sustitución sucesivas, un doble llamamiento, una limitación a la libre disponibilidad de los bienes por el heredero, el cual puede enajenarlos sin trabas por actos *inter vivos*, pero no transmitirlos del mismo modo *mortis causa*, pues el destinatario de tales bienes ha sido ya designado por el testador. Se objeta que para que haya sustitución fideicomisaria prohibida, no basta el orden sucesivo y el doble llamamiento, sino que ha de concurrir también la obligación de retransmitir y la de conservar, y que esta obligación no grava al heredero que puede enajenar libremente los bienes, y sólo los que queden a su muerte, escapan a su libre disposición. Pero, en realidad, si bien no hay limitación alguna para disponer *inter vivos*, la hay en cambio para la libertad testamentaria, y esta última limitación es bastante a justificar la prohibición del legado de residuo. Añádase, además, que se opone a lo dispuesto en el art. 835, con arreglo al cual, no puede remitirse a un tercero la fijación de la cuantía del legado, y además, la disposición del testador implica una restricción de la libertad del propietario; el fideicomiso de residuo, tiene, pues, un sentido contrario al espíritu de nuestra ley (1).

(1) Por la nulidad se inclinan Losana en *Dig. it.*, XXII, páginas 387 y siguientes; Cuturi, *Fedecommissi e sostituzioni*, pág. 185; Gabba en *Foro it.*, 1883, I, pág. 950; Venezian, *Usufrutto*, 1, pág. 362. Vide también Vitali, *Fedecommissio de residuo*, Piacenza, 1889; Costa, *Il fedecommissio de residuo*, 1908. La jurisprudencia se inclina, en cambio, por la validez de la disposición.