

# Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento

RAMON LOPEZ VILAS

SUMARIO: I. El legado como disposición mortis causa a título particular.—II. Las disposiciones testamentarias modales. Su concepto, importancia, caracteres, naturaleza jurídica y diferenciación de otras figuras afines.—III. Distinción entre legados y disposiciones testamentarias modales. Supuestos en los que hace crisis dicha distinción: las disposiciones testamentarias modales que supongan un beneficio patrimonial para tercero.

## I. EL LEGADO COMO DISPOSICIÓN MORTIS CAUSA A TÍTULO PARTICULAR

La sucesión mortis causa o sucesión en sentido estricto (1) es aquel cambio de sujeto respecto a una o varias relaciones jurídicas que se produce por la muerte de una persona. Tal sucesión puede verificarse a título universal o a título particular, según el modo y la forma en que tenga lugar la adquisición de la titularidad de las relaciones jurídicas correspondientes.

En la sucesión universal, el sucesor (heredero) que pasa a ocupar la titularidad del patrimonio que queda vacante con la muerte del causante lo hace, o bien subentrando en el puesto de aquél, o bien sólo como titular de una cuota (2) del citado patrimonio, pero (y esto

---

(1) El término sucesión en su sentido más amplio, es decir, como sinónimo de toda adquisición derivativa, incluso de cosas o derechos singulares, parece ser que es producto de la dogmática bizantina reflejada posteriormente en la compilación justiniana. Cfr. BONFANTE, *Scritti giuridici varii*, I, Turín, 1916. Sobre el concepto de *successio* y de *hereditas* y examen de los elementos integrantes de ésta puede verse U. ROBBE, *La successio e la distinzione fra successio in ius e successio in locum*. Guiffré, Milán, 1965.

(2) Por "cuota" se debe entender una fracción aritmética del patrimonio considerado como una universalidad. De igual forma que para fijar el concepto de herencia se aplica dicha idea de universalidad, el concepto de cuota debe configurarse también como una parte ideal y abstracta de aquélla. Véase en este sentido GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 1948, vol. II, pág. 181 y ss.

es lo característico de la institución) el sucesor sucede siempre al difunto "in universum ius".

De ahí que el heredero, precisamente por suceder "in universum ius defuncti", responderá siempre del pasivo de la herencia aunque ésta sobrepase el activo de la misma, quedando exceptuados de esta regla (responsabilidad "ultra vires") únicamente los supuestos de aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Esta idea de "universum ius" o universalidad característica y peculiar de esta modalidad de sucesión en contraposición a la sucesión a título particular, debe entenderse en el sentido de adquisición del patrimonio en su conjunto. Es decir, la herencia entendida no como una suma o agregación de cada uno de los bienes que la integran, sino la herencia misma como una unidad intelectual o abstracta que comprende en sí todas las varias relaciones jurídicas ("universitas iuris") (3).

Por ello decimos masa hereditaria, en singular, en contra de lo que ocurría en el Derecho consuetudinario francés, donde se hablaba de "masas hereditarias" debido a que en aquel Derecho la herencia estaba concebida como el complejo de bienes materiales y concretos diferenciados y distinguidos según su naturaleza, mueble o inmueble, o según que la procedencia y entrada de tales bienes en el patrimonio del "decius" hubiese sido por línea paterna o materna o, en fin, según se tratase de bienes ya heredados por el causante o bienes adquiridos posteriormente por él. Distinciones (4) todas ellas rechazadas por el propio Code de Napoleón en su artículo 732 que viene a acoger la concepción de la herencia como unidad abstracta o "universitas iuris" (5).

Por su parte, la sucesión a título particular tiene lugar cuando el que sucede al causante lo hace sólo en una o varias relaciones jurídicas determinadas y concretas, lo que hace que frente a la responsabilidad "ultra vires" característica del heredero puro y simple, el sucesor a título particular no responderá más allá del valor de lo recibido del causante.

Aquí no se produce, por consiguiente, la confusión de los patrimonios del causante y del heredero, característica de la sucesión universal (excepción hecha, como ya hemos señalado, de los casos de aceptación de la herencia a beneficio de inventario). En la sucesión

---

(3) Sobre la concepción de la herencia como *universitas iuris* puede verse CICU, *Derecho de sucesiones*, Parte general, trad. esp. Studia Albarnotiana. Barcelona, 1964, pág. 23 y ss. Este concepto de la herencia como *universitas* es concepción típica romana, distinta de la concepción germánica de la misma. Véase al respecto LACRUZ BERDEJO, *Sucesión univesal e institución de heredero en la Historia y en el Derecho comparado*, en Estudios de Derecho civil, 1958, pág. 584 y ss.

(4) Cfr. sobre el particular DEMOLOMBE, *Successiones*, I, 345 y ss. También VALINE, *L'individualisme et le droit*, 1948, pág. 357 y ss.

(5) Según dicho precepto del Code *la loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession*.

a título particular, uno y otro patrimonio se mantienen deslindados y diferenciados.

Pues bien, con esta sucesión a título particular se suelen identificar los legados. Nuestro propio Código civil, en su artículo 660, dice textualmente que "se llama heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular".

Tal equiparación debe admitirse con reservas, ya que al no valer dicha identificación para todos los casos, debemos de calificarla de inexacta.

En efecto, pensemos, por ejemplo, que en el legado de cosa ajena o en el legado de género (cuando el género no está delimitado en el contenido de la herencia) no se produce en realidad una verdadera sucesión a título particular en el puesto del causante, ya que el contenido de estos legados es algo que está fuera del patrimonio del testador.

Uno y otro son supuestos de legados especiales que nuestro legislador ha previsto en los artículos 860, 861, 862, 884, etc., del Código, y en los que, como decimos, el hecho de no pertenecer al causante los objetos que integran los mismos hace que su adquisición por los legatarios no implique el subentrar de éstos en la titularidad o puesto del causante.

Desde otro punto de vista, no debemos olvidar tampoco que hay legados que no suponen ni sucesión a causa de muerte ni tan siquiera sucesión. Pensemos al respecto en el legado de reconocimiento de deuda o en el llamado legado de liberación, es decir, aquel legado previsto por nuestro legislador en el artículo 870 del C. c. y en virtud del cual se perdona una deuda que el legislador tenía frente al propio causante.

Por todo esto sostenemos que no es exacto afirmar que los legatarios son sucesores a título particular del "decius" (al menos no lo son siempre). Y por eso mismo nos merece críticas la identificación contenida en el ya citado artículo 660 de nuestro Código, según el cual "llámase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular".

Tal principio viene a expresar lo que normalmente sucede, pero, como acertadamente hace notar Lacruz (6), no puede tomarse como regla absoluta.

Error que arranca ya del Derecho romano, donde se consideraba que "legatarius unius rei est successor sicut heres universitatis" (Basil, 41, 1, 17) o se decía que "successores autem non solum qui in rei tantum singularum rerum dominium successerint" (I. 24, 1; D. 34, 2), sin prever en ningún caso la posibilidad de legados que no implicasen "successio".

En nuestra opinión, la figura del legado debe ser construida y asentada sobre algunos principios fundamentales que, a modo de pila-

---

(6) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*. Parte general, 1961, pág. 63.

res básicos de la institución, podríamos resumir en los siguientes:

1.º Los legados son disposiciones “mortis causa” a título particular que normalmente (pero no siempre) suponen una sucesión particular en el puesto del causante.

Como primera característica básica de los legados debemos decir que el legado se contrapone a la herencia de forma que, dentro de las sucesiones “mortis causa”, debe considerarse en principio como legatario al sucesor, o mejor dicho, al adquirente que no llega a la categoría de heredero.

Preferimos hablar aquí de adquirente en lugar de sucesor, porque así como hemos visto que no siempre se puede hablar de sucesión en los legados, es, en cambio, válido para cualquier tipo de ellos el definirlos como una adquisición de derechos patrimoniales concretos atribuidos por el causante en testamento.

Casi siempre que se ha intentado fijar el concepto de legado, los distintos autores más que dar una definición positiva de la figura lo que suelen hacer es poner de relieve las diferencias que le separan de la herencia señalando en forma negativa que cuando faltan las premisas o requisitos determinantes de la cualidad de heredero estaremos entonces ante un legatario.

Así, por ejemplo, Gangi, en definición que ha servido un poco de modelo a la doctrina posterior, dice del legado que “es una atribución patrimonial hecha por testamento que no tiene por objeto la universalidad o una cuota de los bienes de quien la hace y que no constituye, por consiguiente, institución de heredero” (7).

Este tipo de definición tiene siempre el inconveniente peculiar de todas las definiciones de carácter negativo. En ellas más que indicarnos lo que es la figura se nos dice en forma descriptiva precisamente lo que no es.

Este inegable paralelismo entre legado y herencia (8) se hace palpable también en diversos lugares de nuestro Código, pudiendo servir como ejemplo el artículo 768, conforme al cual “el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario”.

2.º En segundo lugar, el legado es institución característica y exclusiva de la sucesión testamentaria.

Así, pues, a la vez que se contrapone a la herencia vista como disposición “mortis causa” a título universal, el legado tiene sin embargo su mismo origen: el testamento.

Y si decimos que todos los legados se ordenan en testamento, con tal afirmación estamos rechazando la calificación de legados a aque-

(7) GANGI, ob. y lug. cit. También en *I legati*, I, Padua, 1933.

(8) En torno a la distinción entre heredero y legatario, con exposición de las teorías objetiva y subjetiva para calificar de herencia o de legado una determinada disposición. Cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, ob. ya citada, página 77 y ss., OSSORIO MORALES, “El legado de parte alicuota” en *Estudios de Derecho Privado*, 1942, pág. 117 y ss. y ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II, pág. 189 y ss.

llas figuras que se conocen con el nombre de legados legales o "ex lege".

Son supuestos de esta pretendida categoría de legados en nuestro Código civil el derecho de alimentos que el artículo 845 prevé y concede a los hijos ilegítimos; los derechos que los artículos 1.379 y 1.427 conceden a la viuda para los casos de regímenes de separación y de comunidad, respectivamente; en la sucesión abintestato, el usufructo del cónyuge superviviente en concurso con los hijos legítimos, etc.

Es curioso observar cómo existiendo ya en Derecho romano casos similares (como, por ejemplo, la llamada "quarta divi Pii") no fueron considerados o calificados entonces de legados legales. Tal innovación se debe en realidad a los juristas alemanes, que fueron los primeros que usaron esta contradictoria denominación (*gesetzliche Vermacht-nisse*), que tuvo eco en algunos Códigos de línea germánica.

La denominación de legados legales sólo es útil y aceptable, en nuestra opinión, para poner de manifiesto la relativa semejanza y vecindad entre los legados y aquellos supuestos que pueden considerarse de sucesión particular legítima.

Aunque los legados se ordenen siempre en testamento no es necesario que el testador use al efecto palabras determinadas, pues no olvidemos que el testador no tiene por qué calificar de legado o herencia la correspondiente atribución "mortis causa".

3.º Finalmente, el legado es un acto a título gratuito que encierra una atribución patrimonial, entendida ésta en el sentido más amplio del término.

Aunque en la mayoría de los casos el legado significa un acto de liberalidad, esta característica no es esencial ni imprescindible, de modo que podrán darse supuestos de legados que no signifiquen para el legatario un provecho patrimonial, sin que por ello se desnaturalice la figura.

Pensemos en los legados de deuda ("legatum debiti"), en los cuales el testador lega a su creedor lo mismo que le debe. Este es un tipo de legado que atribuye al legatario algo a lo que ya tenía derecho en virtud de obligación anterior válida. O pensemos también en un legado gravado con otro legado o con una disposición modal que absorban totalmente el valor del primer legado.

El mismo artículo 858 de nuestro C. c., en su párrafo 2.º, está previendo la posibilidad de que se imponga al legatario un gravamen que supere el valor de lo atribuido. Y así como afirmamos que el beneficio económico o ánimo de beneficiar es efecto meramente normal pero no esencial del legado, también debemos decir que el legado no importará nunca para el legatario un perjuicio económico, entendido esto en el sentido de que el legatario o heredero gravado con manda o legado "no estará obligado a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado" (art. 858, párrafo 2.º).

Por lo expuesto, creemos que deben ser criticadas algunas definiciones clásicas dadas para los legados (como, por ejemplo, las debidas

a Modestino y Florentino), en las que, evidentemente, se tergiversan el valor y la esencia de los mismos.

Según Modestino, “*legatum est donatio testamento relicta*” (I, 36, D. 31), definición que hace caer en el error de creer que el legado, como donación hecha en testamento, supone siempre para el legatario un enriquecimiento o provecho patrimonial.

Para Florentino, en cambio, el legado era “*delibatio hereditatis qua testator ex eo quod universum heredis foret alicui quid collatum velit*” (I, 11, D. 30). Esta definición, a su vez, nos indica que objeto de legado podrán ser únicamente cosas de la herencia y que todo legado implicará necesariamente una disminución o “*delibatio*” de dicha herencia.

Principios que no son plenamente válidos, habida cuenta de que objeto de legado podrán ser también, como ya sabemos, cosas del propio gravado o incluso cosas de un tercero, de igual forma que pueden darse legados que no signifiquen una disminución del caudal de la herencia. Así, por ejemplo, el legado consistente en el derecho concedido al legatario para comprar al justo precio una cosa de la herencia, o la concesión de un préstamo al legatario al interés corriente.

Vistas las tres características que nosotros consideramos fundamentales y básicas de los legados, convendrá recordar someramente que en todo legado intervienen tres personas, a saber:

El causante, que es quien dispone o instituye el legado y que podrá ser todo aquel que tenga capacidad para disponer por testamento.

El gravado con el legado, es decir, la persona obligada a dar cumplimiento al mismo, y que podrá ser un heredero u otro legatario, cuyo segundo supuesto dará lugar a la figura del sublegado.

El legatario, que es la persona (9) favorecida o beneficiada con el legado y que, igualmente, podrá ser toda persona que tenga capacidad para ser instituida heredero. Es posible, además, que en una misma persona concurren las cualidades de heredero y legatario. Tal es el caso de los prelegados, que no son más que legados a favor de un coheredero y hechos a cargo de la herencia.

Como justamente hace notar Ossorio Morales, por excepción “podría señalarse el caso de alguna persona que no puede ser heredero y sí legatario: así ocurre con el notario autorizante de un testamento

---

(9) Por persona entendemos aquí todo sujeto de derecho, sea persona física o jurídica. Rige, pues, la regla del artículo 744, según el cual “podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley”, señalando el artículo siguiente quienes son incapaces para suceder. A su vez, el artículo 746, refiriéndose a las personas jurídicas, puntualiza que “las iglesias y los cabildos eclesiásticos, las Diputaciones provinciales y las Provincias, los Ayuntamientos y Municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública, las asociaciones autorizadas o reconocidas por la Ley y las demás personas jurídicas, pueden adquirir por testamento con sujeción a lo dispuesto en el artículo 38”. Y, en fin, en los artículos 747, 748 y 749 se detallan los procedimientos de adquisición en instituciones específicas.

y con la esposa, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, que no pueden ser herederos, pero a quienes se puede dejar un legado de cosa mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal relicto (arts. 754 y 682 del C. c.)” (10).

El legatario, además, ha de ser persona cierta, determinada o determinable, debiendo considerarse nula toda disposición que haga depender del arbitrio de un tercero la indicación de la persona del legatario.

Señalemos, sin embargo, que tanto el legatario como el obligado o gravado con legado podrán ser dos o más personas, en forma conjunta o alternativa.

El legado se adquiere por el legatario “*ipso iure*” en el momento de la muerte del causante (11); no se necesita la aceptación, como ocurre en la herencia. Esto no quiere decir, sin embargo, que el legatario no pueda eludir el legado, pues siempre tendrá, como es lógico, la posibilidad de renunciar al mismo. Renuncia que en todo caso se distingue netamente de la citada aceptación previa peculiar de la herencia.

Digamos finalmente que, al contrario de lo que también sucede en materia de herencias donde la aceptación parcial está prohibida por el artículo 990 (12), en cambio, el 889 está implícitamente admitiendo la posibilidad de que el legatario acepte sólo en parte el legado. En efecto, según el párrafo primero del citado artículo, “el legatario no podrá aceptar una parte del legado y repudiar la otra, si ésta fuese onerosa”, de donde se deduce, a “*sensu contrario*”, que el mismo legatario podrá renunciar parcialmente cuando la parte renunciada no sea onerosa.

## II. LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS MODALES.—SU CONCEPTO, IMPORTANCIA, CARACTERES, NATURALEZA JURÍDICA Y DIFERENCIACIÓN DE OTRAS FIGURAS AFINES

El modo considerado como elemento accidental que puede incorporarse a ciertos negocios jurídicos ha recibido en la doctrina numerosas denominaciones.

La múltiple y variada terminología con que se le ha distinguido viene a poner de manifiesto, como señala Castán (13), el considerable confusiónismo que envuelve a la figura. La simple observación y consi-

(10) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*. 1957, pág. 349-350.

(11) Tal afirmación va referida al legado puro y simple, pues no hemos de olvidar que junto a las muchas variedades que la doctrina y el mismo Código prevén de legados, puede ocurrir además que aquel aparezca sujeto a cualquiera de las determinaciones accesorias de la voluntad a que puede ser sometida una institución de heredero (condición, término y modo).

(12) Art. 990: “la aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente”.

(13) CASTÁN, *El modo en los actos jurídicos*, en Rev. Der. Privado, 1921, página 211 y ss.

deración de los términos empleados para designar el modo en los distintos países nos indica, de otra parte, las preferencias de los autores a la hora de destacar y resaltar la esencia de las disposiciones modales.

Junto a la tradicional y peculiar denominación romana de "modus" en Derecho español se habla indistintamente de modo, carga y gravamen. En Francia se usan los términos destination y, sobre todo, charge (14). En Italia, en cambio, onere, incarico o erogazione. En Alemania, en fin, Auflage, Auftrag, Zweck, Zwecktimmung, Verwendung, Endzweck...

De todas ellas, la mejor y más acertada denominación es, en nuestra opinión, aquella que hace alusión a la idea de carga o gravamen, pues el modo supone, efectivamente, una carga o gravamen para la persona obligada a cumplirlo.

Carga o gravamen que se traduce en una limitación a la liberalidad hecha por el disponente. Por eso Sovigny llama al modo Verwendung y lo comprende entre las limitaciones, o mejor dicho, entre las autolimitaciones de la voluntad. E igualmente Windscheid consideraba a las modalidades que las partes podían añadir al negocio jurídico (entre ellas, fundamentalmente, el modo) como una autolimitación de la eficacia del mismo (Selbstbeschränkungen).

Esta misma idea del modo como limitación o moderación de la disposición principal es perceptible también en Derecho histórico español, donde se describe el modo como "moderatio quaedam..." (15).

En realidad, la noción del modo proviene ya del Derecho romano justiniano ("si tibi legatum vel fideicommissum relictum uti quid facias") y tuvo un importante desarrollo en Derecho intermedio y moderno.

En Derecho intermedio se decía que "onus aliquid heredi vel legatario injuctum, dandi vel faciendi aut non faciendi, quo heres vel legatarius cogi potest"; y en Derecho moderno la elaboración doctrinal del modo adquirió considerable impulso con la teoría de la presuposición de Windscheid.

Para Windscheid, la llamada presuposición (Voraussetzung) era una condición no desarrollada, no desenvuelta (Unentwickelte Bedingung) y, al igual que la condición propiamente dicha, significaba una autolimitación de la voluntad verdadera (16).

(14) En la doctrina francesa la distinción entre *legs avec charges* y *legs par personne interposée*, se confunde exactamente con la situación entre legados (*legs*) y modo (*charge*). V. BOUYSSON, *Los liberalités avec charges en droit civil français*. These. Toulouse, 1945, pág. 83. DUPEYROUX, *Contribution a la theorie générale de l'acte a titre gratuit*. París, 1955, pág. 228 y ss.

(15) GÓMEZ, Antonio, *Variae Resolutiones*. Tomus primus. Cap. XII. De legatis, n.º 70. Lugduni, 1701.

(16) Windscheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, 1850. En castellano puede verse una resumida exposición de la teoría de la presuposición de WINDSCHEID en Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. española, Madrid, 1956, pág. 21 y ss., o en J. BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, 1956, pág. 311 y ss.



Pues bien, dentro de este concepto de presuposición Windscheid hacía encajar el modo. Planteamiento que consideramos equivocado, puesto que quien hace una disposición gravada con modo no se está limitando a presuponer, sino que está imponiendo real y verdaderamente un cierto comportamiento a la persona gravada. Comportamiento que, consistiendo en un dare, un facere o un non facere, no podrá en ningún caso considerarse como la contraprestación típica de los negocios onerosos.

En nuestra opinión, el modo no es más que una declaración accesorio de voluntad que contiene una obligación de dar, hacer o no hacer impuesta por el testador o disponente a cargo del gravado y a favor ya sea del disponente, ya del mismo gravado o ya incluso de un tercero beneficiario.

Cuando el citado modo aparece incluido en una disposición testamentaria hablamos de disposición testamentaria modal.

En forma descriptiva, Scuto ha dicho del modo que "es una carga o peso, aneja a una disposición a título gratuito y a cargo de quien adquiere, que en todo caso agrava en algún modo la condición de este último, pudiéndose imponer tanto un uso determinado de la cosa transferida, cuanto una prestación variada a favor de quien da, o aun de un tercero, o bien cualquier otra en interés del mismo gravado" (17).

Biondo Biondi, por su parte, afirma más concisamente que se llama modus, según los intérpretes y siguiendo el lenguaje del Corpus Juris, a la carga impuesta a un acto de liberalidad (disposición testamentaria, donación) que debe cumplir el que la recibe (18).

Domenico Barbero entiende, a su vez, que "el modo consiste en un peso que en los negocios a título gratuito (testamento y donación) puede ser impuesto al destinatario de la liberalidad, de hacer o de dar cualquier cosa a favor del disponente, de un tercero o del mismo beneficiario o de emplear en una cierta manera el objeto de la disposición" (19).

En nuestra doctrina, Roca Sastre y Puig Brutau (20) señalan, siguiendo a Oertmann (21), que el modo "es aquella determinación accesorio agregada a un acto de disposición, y por la cual se obliga al adquirente a realizar una prestación en favor del disponente o de un tercero".

Así, pues, lo que se pretende con el modo es lograr y tratar de asegurar el cumplimiento de un fin ulterior, y por eso se ha dicho que el modo viene a ser un motivo particularmente relevante y con

(17) SCUTO, *Il modus nel Diritto civile italiano*. Palermo, 1909, pág. 107.

(18) B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*. Trad. española, 1960, página 580.

(19) D. BARBERO, *Sistema del Diritto privato italiano*. U. T. E. T. Sexta edición, 1965, I, pág. 461.

(20) ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, en *Estudios de Derecho Privado*, I, pág. 76.

(21) OERTMANN, *Introducción al Derecho civil*, trad. española, 1933 página 302.

eficacia jurídica en relación a un fin determinado querido por el disponente.

En toda disposición testamentaria modal considerada en su conjunto se da, por tanto, una yuxtaposición de dos prestaciones en el sentido de que el causante, a la disposición que hace a título gratuito, agrega la carga o modo propiamente dicho.

Como es sabido, el modo, junto con la condición y el término, constituyen lo que la doctrina conoce con el nombre de determinaciones accesorias de la voluntad. De igual forma que estas determinaciones accesorias de la voluntad son conocidas en los negocios "inter vivos", también en Derecho de sucesiones tienen amplio campo de aplicación, pudiendo encontrarse en cualquier disposición testamentaria, sea institución de heredero o legado.

Se puede decir incluso que es precisamente en esta parcela del Derecho civil donde aquellas determinaciones accesorias de la voluntad, y en particular el modo, adquieren mayor relieve debido a la especial importancia que aquí asume la voluntad del disponente o causante, que es quien podrá someter a condición, término o modo la disposición o atribución principal que él mismo dispone.

Cierto que en todo el campo del Derecho y de las relaciones jurídicas la voluntad de las partes juega papel decisivo, pero con lo dicho anteriormente queremos resaltar el hecho de que esta primacía de la voluntad del causante encarnada en las llamadas determinaciones accesorias de la voluntad presenta el Derecho sucesorio importantes consecuencias.

En primer lugar, porque de aquella voluntad del causante dependerá en principio que nos encontremos ante un modo, ante una condición o ante un término; que la figura que contemplemos sea un supuesto de modo propiamente dicho con eficacia jurídica, o se trate, por el contrario, de un simple ruego o consejo ("modus simplex"); que debamos hablar de condición suspensiva o de condición resolutoria; que debamos considerar la institución como modal o como legado, etc. El testador, que es quien crea y da origen a la disposición, le dará la forma y el carácter que tenga por conveniente.

En segundo lugar, es de destacar también la utilidad de estas disposiciones accesorias de la voluntad en Derecho sucesorio. Las disposiciones "mortis causa" tienden a regular relaciones jurídicas que miran al futuro, de modo que el testador, no pudiendo conocer la situación exacta y real de las personas o de los bienes en ese tiempo futuro, trata de fijar (por así decirlo) esa situación por medio de aquellas disposiciones accidentales. Como dice Binder, "las determinaciones accesorias tienden a subordinar en el grado posible el futuro a la voluntad humana y a neutralizar de antemano, con prudente precaución, la incertidumbre del acaso" (22). Y en el mismo sentido, señala Ossorio cómo "los efectos normales del testamento... pueden

---

(22) BINDER, *Derecho de sucesiones*, trad. española, 1953, pág. 74.

modificarse mediante determinaciones accesorias de la voluntad, alterando o limitando la eficacia de las disposiciones contenidas en él" (23).

Si a todo lo dicho añadimos el principio de irreversibilidad de la voluntad del causante plasmada en testamento, una vez muerto aquél, no cabe duda de que la intención y el querer del testador es principio básico en materia testamentaria. De ahí que se haya dicho que la voluntad del testador (salvo en cuestiones de legítimas, forma y capacidad) es soberana y da la ley de la herencia. Y por eso también la gran importancia y dificultad que tiene la labor interpretativa de dicha "voluntas" en todos aquellos supuestos, tan frecuentes, que ofrecen dudas de calificación (24).

Lo dicho hasta aquí nos ha servido para fijar el concepto y destacar la importancia del modo en Derecho sucesorio, visto que toda institución modal testamentaria no es más que el producto de la voluntad del causante, que ha querido gravar con aquella carga ("modus") la correspondiente disposición o atribución principal contenida en testamento.

En cuanto a los caracteres que tipifican al modo, debemos enumerar los siguientes:

1.º *Obligatoriedad*.—El modo es obligatorio y vincula jurídicamente a la persona gravada.

A la carga modal se aplicarán, en cuanto sea posible, la disciplina jurídica de la obligación en general, pudiendo tener por contenido el modo las más variadas figuras del Derecho de obligaciones, consintiendo a su vez dicho modo la aposición de una condición o término, según la voluntad del disponente.

La razón de la obligatoriedad del modo radica no sólo en la protección del interés del beneficiario, sino, sobre todo, en la protección de la voluntad o interés del causante, que ha dispuesto la correspondiente prestación de dar, hacer o no hacer; es decir, del testador, que ha tenido a bien incorporar a la atribución principal esa carga o gravamen que constituye el modo propiamente dicho.

El modo será vinculante aun cuando el beneficiario de la disposición modal sea la misma persona gravada con la carga. Ahora bien, dado que la persona beneficiaria de la carga modal tiene siempre la posibilidad de renunciar a dicho beneficio, en aquellos supuestos excepcionales en que beneficiario y gravado con el modo coinciden en una misma persona sucederá que si ésta renuncia al beneficio quedará también libre de la carga.

Y ello precisamente porque siendo la carga modal, como veremos a continuación, algo accesorio respecto de la atribución principal, se cumple aquí, una vez más, el principio tan conocido de que lo accesorio sigue siempre a lo principal.

---

(23) OSSORIO MORALES, ob. cit., pág. 205.

(24) Casos en los que ha de tenerse siempre presente el principio romano de generalizada aceptación *modum non tam verba faciunt, quam voluntas*.

2.º *Accesoriedad*.—Dentro de la clasificación general y tradicional de elementos esenciales, naturales y accidentales de los negocios jurídicos el *modus* testamentario es un claro supuesto de elemento accidental que, como tal, podrá ser incorporado al testamento, prototipo de negocio jurídico unilateral.

Pero es que además de este carácter de elemento accidental, al que ya aludimos en páginas anteriores, el modo está caracterizado también con la nota de accesoriedad.

Y así como la accidentalidad del modo es —tal como señala ALBALADEJO (25)— nota común a la condición y al término, la accesoriedad, en cambio, es privativa del modo. “En el caso del modo —dice ALBALADEJO (26)— hay dos voluntades: una encaminada a los efectos normales del negocio; otra distinta, aparte, que formula una disposición accesoría, deseando unos efectos dependientes de aquellos efectos normales”.

No quebranta esta nota de accesoriedad el hecho de que el modo consista en la aplicación de todo lo dejado por el causante. El artículo 858 de nuestro C. c. en su párrafo segundo está pensando justamente en el supuesto de que el cumplimiento de la carga modal agote la atribución principal (legado) al señalar el legislador al respecto que el legatario gravado con modo, cuyo gravamen sea superior al valor del legado, cumplirá respondiendo sólo hasta donde alcance el valor de éste.

Pues bien, el carácter accesorio de la carga o modo decimos que se mantiene aun en los casos en que el cumplimiento de aquél agote la atribución principal dejándola, por así decirlo, vacía de contenido. La accesoriedad, aunque sólo sea formal, viene dada por el hecho de que la carga modal o *modus* aparece siempre incorporado y pendiendo de la citada atribución principal.

En contra de este carácter del modo se ha manifestado de forma tajante Giorgianni, el cual propone una sistematización y encuadramiento de la figura diverso del tradicional (27). Aboga el citado autor por una consideración del *modus* testamentario como disposición autónoma equiparable y situada junto a los legados y a la institución de heredero.

También es curioso observar en este mismo sentido cómo parte de la doctrina alemana al ocuparse del contenido del negocio jurídico contemplan la condición y el término, pero no el modo (28), como hay quien estudia dentro del Derecho de sucesiones el modo testamen-

(25) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil. Parte general y Derecho de obligaciones*. Studia Albarnotiana, 1960, pág. 414. También en “Condición, término y modo”, en *Rev. Der. Notarial*, julio-diciembre, 1957, pág. 85.

(26) ALBALADEJO, ob. y lug. anteriormente citados.

(27) GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, en *Rivista trimest. de diritto e proc. civile*, 1957, pág. 890 y ss. También en *Studi in onore de F. Messineo*, volumen I, Milán, 1959, pág. 191 y ss.

(28) ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeine Theil des bürgerlichen Rechts*, 15 edición, Tübingen, 1960, pág. 1164.

tario junto a los legados, en capítulo dedicado a ambas figuras (29), dándole una consideración preeminente respecto de la condición y el término.

Igual podríamos decir de la doctrina francesa más reciente, dentro de la cual hay algunos autores (30) que no incluyen el modo entre las modalidades que puede presentar la obligación, refiriéndose sólo en tal epígrafe a la condición y al término.

3.º *Gratuidad*.—Como especie del modo en general, el modo testamentario tiene una enorme importancia, puesto que aquél es característico y exclusivo sólo de los negocios a título gratuito (donación y testamento).

De la misma forma que la nota de obligatoriedad permite distinguir el modo del simple consejo o recomendación (*nudum preceptum* o *modus simplex*), así también la llamada gratuidad del modo permitirá diferenciarlo, como veremos más adelante, de la contraprestación peculiar de los negocios onerosos.

En los negocios onerosos toda atribución patrimonial va necesariamente acompañada de la correspondiente contraprestación de la otra parte. En cambio, el modo, siendo exclusivo de los negocios a título gratuito, no puede considerarse ni confundirse con la contraprestación. Es un límite o una simple carga o gravamen de la liberalidad que el causante hace y que no tiene para él la significación de prestación equivalente (contraprestación).

No hará faltar decir que el *modus* testamentario habrá de ser lícito, posible y determinado o determinable ya que pudiendo ser objeto de modo todo lo que pueda serlo de la obligación, se entenderá que no será susceptible de ser configurado como tal algo que no reúna los requisitos que se exigen a toda obligación (31).

El modo ilícito o imposible se tendrá por no puesto (*pro non scripto*). Eliminado el modo se mantendrá, sin embargo, vigente e inalterada la disposición principal a la que hubiese sido incorporado aquel, sea institución de heredero, sea legado. Única excepción a este principio de conservación de la disposición principal son aquellos supuestos en que resulte probado que el modo fue precisamente motivo determinante que impulsó al causante a otorgar aquella atribución.

Ahora bien, en la correspondiente labor investigadora e interpretativa de la voluntad del causante debemos tener presente que cuando una disposición accesoria tenga aquel carácter tan relevante estaremos

---

(29) BINDER, ob. citada, pág. 315 y ss.

(30) Así, por ejemplo, P. VOIRIN, *Manuel de Droit Civil*, 15 ed., París, 1966, pág. 419 y ss. o J. CHEVALLIER, *Droit civil*, 2.ª ed., Sirey, París, 1966, página 248 y ss.

(31) Al ocuparse del objeto de los contratos, nuestro Código sienta, como es sabido, tales requisitos en los artículos 1.271, 1.272, y 1.273.

normalmente ante una condición y no ante una simple carga modal (32).

En efecto, si el difunto obró movido fundamentalmente por el deseo de que la disposición accesoria fuese cumplida, normalmente habrá elevado aquélla a la categoría de condición, habida cuenta de los distintos efectos entre ésta y el modo, de forma que mientras aquella disposición accesoria condicional no se cumpla estarán en suspenso todos los efectos de la obligación.

La imposibilidad del modo puede surgir también como algo sobrevenido, es decir que puede hacerse imposible su ejecución o cumplimiento en un momento posterior al de su constitución como disposición accesoria lícita y posible.

Pues bien, si la imposibilidad sobrevenida del modo no es debida a culpa de la persona gravada con el mismo, ésta queda liberada de su cumplimiento, manteniéndose a los demás efectos la disposición testamentaria principal como si se tratara de una imposibilidad inicial, existente ya en el momento de la apertura de la sucesión. En cambio si aquella imposibilidad ha sido provocada o debida a actitud culposa o dolosa de la persona obligada a cumplir la carga, estaremos ante un supuesto asimilable y equiparable al voluntario incumplimiento del modo, punto éste del que nos ocuparemos con detalle en el siguiente capítulo, al estudiar las analogías y diferencias entre los legados y las disposiciones testamentarias modales.

Puede ocurrir, en fin, que la imposibilidad del modo sea sólo relativa en cuyo caso en Derecho moderno (33) cabe lo que se llama la conmutación del modo, es decir, el cumplimiento del modo en la forma más aproximada y fiel a la deseada por el causante. Naturalmente, esta conmutación será verificable siempre y cuando el causante no la hubiese prohibido expresamente. Por eso se dice que el modo no se reputará imposible cuando se puedan cumplir y alcanzar los mismos fines queridos por el causante, aunque no sea en los mismos y precisos términos establecidos por aquél. A este respecto el artículo 798 de nuestro C. c. señala en su párrafo primero que “cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no pueda tener

---

(32) En los casos normales en que no se dé aquella circunstancia tan especial y anormal de que la pretendida carga modal ha constituido el motivo determinante de la atribución, la interpretación de los supuestos dudosos entre condición y modo debe inclinarse hacia el modo en virtud de la admisión del principio del efecto mínimo. Pero sobre este punto volveremos más adelante al distinguir entre condición y modo.

(33) En cambio, en Derecho romano era tan fuerte el respeto a la voluntad del difunto, que en principio no se admitía cambio alguno. Más tarde, sin embargo, la práctica administrativa va admitiendo en determinados casos la conmutación del modo, cuando se trata de disposiciones a favor de entes públicos o dirigidas a un fin de carácter público o cuando se trata de buscar uno de mayor utilidad pública.

efecto la institución o legado de que trata el artículo precedente (o sea, el objeto, la aplicación o la carga impuestos al heredero o legatario) en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, lo más análogos y conformes a su voluntad”.

Al igual que ya vimos que ocurría con las varias denominaciones atribuidas al modo, también cuando se ha tratado de fijar la naturaleza jurídica de la figura, han surgido una serie de teorías que tratan de destacar los distintos aspectos que integran y caracterizan aquélla. Tales teorías, expuestas en forma esquemática (34), son las siguientes (35):

1. Teoría de la carga, según la cual el modo no es más que una carga o gravamen que se impone a la liberalidad hecha.

2. Teoría del empleo o aplicación patrimonial, de acuerdo con la cual la esencia del *modus* radica en que con él se impone al favorecido la obligación de emplear lo que recibe en la consecución de un cierto y determinado fin.

3. Teoría del fin, para cuyos sostenedores el modo es la determinación expresa del fin del acto jurídico.

4. Teoría de la modalidad, según la cual el modo viene a modificar o, mejor dicho, a delimitar en su extensión el derecho que se atribuye al beneficiario de la disposición.

5. Teoría de la obligación accesoría, que sustancialmente sostiene que el contenido del modo está constituido por una prestación exactamente igual a la que es objeto de otra obligación cualquiera (dar, no dar, hacer o no hacer algo).

6. Teorías eclécticas que no son más que el resultado de combinar los caracteres destacados por las demás teorías de forma que en ellas aparecen aunadas las ideas anteriormente expuestas de carga, aplicación patrimonial, fin, modalidad, etc.

Con todos los caracteres básicos examinados en páginas anteriores, la institución testamentaria modal se perfila ya con la necesaria autonomía jurídica que le mantiene debidamente diferenciada de otras figuras e instituciones jurídicas que le son afines, pero con las que no llega a confundirse.

Veamos cuáles son éstas:

1.º *Modo testamentario y mera recomendación o consejo.*—La

(34) No es nuestra intención, desde luego, extendernos en un estudio general y completo del modo, ni siquiera del modo testamentario. Por el contrario, tal como hemos hecho en el capítulo anterior cuando fijamos el concepto de los legados, lo que nosotros aquí pretendemos es dejar debidamente caracterizada y delimitada la figura del modo testamentario o disposiciones testamentarias modales, para luego, una vez sentadas las necesarias premisas, intentar establecer con trazos firmes las correspondientes analogías y diferencias entre tales disposiciones y los legados. Tal procedimiento nos parece fundamental y aconsejable habida cuenta del considerable confusionismo y falta de límites claros entre ambas figuras.

(35) Para una exposición más detallada de estas teorías, con expresión de los principales sostenedores de unas y otras, véase CASTÁN, ob. y lug. anteriormente citados, pág. 211 y ss.

mera recomendación o consejo dado por el testador o causante no tiene eficacia jurídica, pues como su mismo nombre indica obliga sólo, y como máximo, moralmente, sin posibilidad de que aquél le sea exigido al destinatario conforme a Derecho (36).

Los romanos le llamaron *modus simplex* precisamente para distinguirlo del *modus qualificatus* que era el verdadero modo con relevancia jurídica.

2.º *Modo testamentario y motivo.*—Vale para la distinción el mismo criterio anterior de falta de exigibilidad jurídica.

Los motivos que inducen al causante a disponer una atribución también carecen de relevancia jurídica por tratarse de consideraciones personales de aquél que se mantiene dentro de su ámbito interno sin salir, por así decirlo, a la luz del Derecho.

Podrá un motivo ser elevado por el propio testador a la categoría de modo o condición, pero en ese mismo momento deja de ser motivo propiamente dicho y pasa a adquirir los perfiles y la consideración de la otra figura.

3.º *Modo testamentario y contraprestación.*—El que la contraprestación sea, como veíamos antes, característica de los negocios onerosos (37) no significa que no pueda darse en los negocios jurídicos unilaterales (testamento). Es decir, el hecho de que la declaración de voluntad del testador sea eficaz por sí sola para dar vida al negocio (unilateralidad) no impide que una atribución patrimonial testamentaria pueda ir acompañada de una contraprestación. No lo irán únicamente aquellas atribuciones que sean hechas a título gratuito (donación, legados).

La contraprestación representa la equivalencia de la atribución o sacrificio de la otra parte. Las partes se obligan a prestaciones recíprocas y cualquier obligación que asuman (aun en forma de pactos agregados) caerá dentro de aquel esquema de equivalencia o contraprestación de la prestación debida.

Por el contrario, el modo, como ya vimos al ocuparnos de la accesoriedad y gratuidad del mismo, no guarda con la atribución o disposición principal a la que grava esa relación de interdependencia y coordinación características de las contraprestaciones y tampoco tiene

---

(36) La Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 16 de noviembre de 1944 afirmó que "basta que el testador exprese el fin, objeto, destino o aplicación de una cosa o cantidad, para que exista el modo, siempre que dicha expresión no envuelva una simple recomendación o deseo". Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia más reciente, de fecha de 24 de noviembre de 1958, ha sentado la doctrina de que "las admoniciones, ruegos o consejos no elevados por el decius al rango de normas de obligado acatamiento para los herederos, no producen acciones viables en justicia en orden a su estricta ejecución, ya que de otro modo se equipararía el mero deseo de índole sentimental o afectivo con las disposiciones testamentarias en sentido propio".

(37) SÁNCHEZ-BLANCO, *Onerosidad, gratuidad y causa*, en Rev. Der. Privado, 1952, pág. 476 y ss.



para quien lo impone esa significación o consideración de prestación equivalente.

4.º *Modo testamentario y condición.*—Ambas figuras se distinguían en un plano teórico con cierta claridad ya en el Derecho justinianeo, donde se escribía: “Nec enim paren dicemus eum, cui ita datum sit: si monumentum fecerit; et eum cui datum est: ut monumentum faciat.”

Los romanos, partidarios de conceder importancia decisiva a las palabras, estimaban en principio como condición a aquella cláusula que fuese precedida por la conjunción *si*, mientras que el modo venía caracterizado por la conjunción *ut*, de igual forma que para el término reservaban la partícula *quando*.

Ahora bien, estas reglas no se podían tomar más que como simples indicios, y en la práctica las cosas se complicaban notablemente ante un caso dudoso cuando con aquellas presunciones no se resolvía la cuestión. No quedaba entonces más solución que la de investigar la concreta voluntad del testador, haciendo entrar en juego en dicha labor nuevas fórmulas que aún hoy se deben de considerar de plena aplicación. Nos referimos a la regla de admisión del efecto mínimo, principio tradicionalmente enunciado como sigue: “semper in obscuris quod minimum est sequimur”.

En virtud de este principio, en aquellos casos en que surgiesen dudas de calificación ante una determinada disposición (condición o modo), ésta se deberá considerar como modal en cuanto que así resultará más beneficiosa para el beneficiario de dicha disposición, ya que el modo no produce ninguna situación de pendencia y obliga desde su constitución.

Todas estas dificultades prácticas de deslinde entre condición y modo estaban agravadas ya en el Derecho romano por el hecho de que tanto la condición como el modo eran designados muchas veces de forma indistinta con el término “condicio”.

En nuestro propio Código se mantienen todavía reflejos de aquella confusión, encontrándonos con artículos en los que se usa el vocablo condición para referirse a supuestos de modo. Así, por ejemplo, los artículos 647, 1; 651, 2; 798, 2, etc.

Evidentemente, la distinción entre condición y modo es la más importante y trascendental de todas las aquí examinadas. Su dificultad reside fundamentalmente en la práctica, donde se pueden dar efectivamente casos de difícil calificación.

Ahora bien, podemos señalar al respecto que mientras la condición hace inciertos los efectos de la obligación de que se trate, el modo, por su parte, obliga sin más a su cumplimiento. Como dice el artículo 797 de nuestro Código, “lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego”.

Por eso se dice que la condición suspende, pero no constriñe, en tanto que el modo constriñe, pero no suspende. Y por eso también cabe decir que mientras la condición produce una incertidumbre ori-

ginada por ese carácter peculiar de interinidad y pendencia, la disposición modal, en cambio, surge siempre perfecta, cierta y segura. "Modus est in obligatione", mientras que "condicio non est in obligatione".

Finalmente, podríamos decir que en tanto que el modo es, además de elemento accidental del negocio, una obligación accesoria que se añade a una liberalidad, la condición, siendo también elemento accidental, carece, en cambio de aquel carácter accesorio, puesto que el fin que con la misma pretende alcanzar el disponente o causante se hace principal y decisivo al subordinar a él la eficacia del acto o negocio respectivo. La consideración de la concreta condición es, pues, fundamental en el ánimo del testador.

Todos estos criterios nos deben de servir en la práctica para distinguir y resolver los supuestos poco claros, recurriendo siempre en cada caso a una investigación particular y detallada de lo realmente querido por el testador al disponer la correspondiente atribución.

En torno a la distinción entre modo y condición existe una abundantísima jurisprudencia en nuestro T. S., en cuyas sentencias se reiteran los postulados aquí expuestos. Así, por ejemplo, las de 9 de julio de 1910, 2 de enero de 1928, 4 de junio de 1936, 2 de noviembre de 1944, 14 de diciembre de 1944, 18 de diciembre de 1953 (38), 27 de septiembre de 1961, 18 de diciembre de 1965, etc.

5.º *Modo testamentario y fundación.*—Las fundaciones han surgido en el ámbito y a través del modo, y sabido es que la mayoría

---

(38) Esta importante sentencia trató de la interpretación de una cláusula en la que se discutía si establecía una carga modal o una condición. Según dicha cláusula: "...sin perjuicio de la cuota viudal que la ley concede al cónyuge supérstite, instituye por sus herederos de todos sus bienes, derechos y acciones, del usufructo vitalicio con relevación de fianza a su esposa... y de la nuda propiedad, consolidable con el usufructo al fallecimiento de su dicha esposa, a su sobrina por afinidad... con la obligación de que esté en su compañía, cuidándole y asistiéndole, hasta la muerte del testador y de su esposa".

El segundo considerando comienza por referirse al artículo 797 del C. c., para luego pasar a sostener que "en el caso presente la carga u obligación, pues de este último modo en el testamento se la denomina, que a la demandante se impone de acompañar, cuidar y asistir a sus tíos hasta su fallecimiento, ni el propio testamento ni los hechos coetáneos o posteriores tenidos por ciertos en la sentencia recurrida revelan que el cumplimiento de esa obligación sea la causa de su designación como heredera y que esté por lo tanto supeditado a su cumplimiento su derecho a la herencia; siendo, por el contrario, más natural creer, dado el hecho que no ha sido siquiera discutido, de que desde muy niña vivió constantemente con sus tíos y el que ambos, en sus testamentos respectivos, otorgado en el mismo día, la nombraran igualmente heredera, que a esto los movió el cariño que por su cercano parentesco y tan continuada convivencia con ellos le profesaban, y que la obligación impuesta no tiene más valor que el de una institución submodo, de las que no supeditan el derecho a la herencia a su cumplimiento, si bien sujetan a quien se imponen a determinadas obligaciones (Jurisprudencia civil, Sentencia, n.º 444, tomo 32, pág. 896. También en PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo V, vol. II, páginas 328-329).

de aquéllas deben su origen efectivamente a disposiciones de última voluntad (39).

No estando reconocido por la ley el acto de fundación, el disponente podía alcanzar en la práctica los mismos o muy parecidos fines dejando por testamento (40) su patrimonio o bienes determinados a un ente público o a un privado con la carga de aplicarlos, en todo o en parte, al fin querido por aquél (41).

Como señala Biondi, "la doctrina de Brinz del Zweckvermögen por la cual la fundación se concibe como patrimonio destinado a un fin, discutida y discutible bajo el aspecto dogmático, responde al proceso histórico que desemboca en el reconocimiento de la fundación" (42).

Ahora bien, mientras que la función del negocio de fundación, que consiste en el destino de los bienes a un fin determinado (Zwecksetzung), implica una dotación de la persona jurídica constituida, en el modo, en cambio, no hay más que una obligación a cargo de la persona gravada.

El destino o fin de la fundación se objetiva en los bienes que integran la misma y a la que se le reconoce por la ley (C. c. español, artículo 35) categoría de sujeto de derecho desde el mismo momento en que queda válidamente constituida con arreglo a Derecho (43).

Por su parte, el modo mantiene su peculiar configuración de obligación o carga accesoria que incide y pesa sobre la persona del gravado, pudiendo consistir dicho gravamen en la obligación para aquél de crear una determinada fundación.

De la distinción entre modo y fundación se ocupó la S. T. S. de 9 de febrero de 1948, en cuyo tercer considerando puede leerse: "... parece haber sido la voluntad de la causante instituir o crear una obra de destino de un patrimonio, vinculando a éste al cumplimiento de un fin que la misma señala, apreciándose claramente la existencia de un acto fundacional que aparece incorporado a otro de dotación bajo la forma de disposición testamentaria y que determina, de conformidad con la doctrina establecida en la sentencia de 7 de abril de 1920, el nacimiento de una persona jurídica desde el día que, por fallecer la testadora, adquirió plena eficacia su declaración de voluntad... siguiéndose de las anteriores consideraciones que los tér-

---

(39) Sobre fundaciones, véase el magnífico trabajo de LÓPEZ JACOISTE, *La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*, en Rev. Derecho Privado, julio-agosto 1965, pág. 567 y ss., donde además se incluye una interesante referencia histórica a los orígenes de la institución.

(40) Naturalmente cabe también la posibilidad de que dicha constitución tenga lugar, no por testamento, sino a través de una donación inter vivos.

(41) B. BIONDI, *Le donazioni*. Trattato Vassalli U. T. E. T., 1961, pág. 640 y siguientes.

(42) B. BIONDI, ob. y lug. últimamente citados.

(43) Sobre el tema del reconocimiento y regulación de las fundaciones en Derecho comparado puede verse LÓPEZ JACOISTE, ob. y lug. citados, pág. 573 y siguientes.

minos de la cláusula testamentaria no autorizan en manera alguna a entender que la disposición contenida en ella reviste el carácter de un legado submodo en favor de la Congregación de las Hijas de la Caridad encargadas de la tarea docente, como por error afirma la sentencia recurrida” (44).

6.º *Modo testamentario y fideicomiso*.—En primer lugar, el modo tiene frente al fideicomiso un mayor campo de aplicación y admisibilidad que éste.

De otra parte, mientras que en una disposición testamentaria modal hay una institución simple, el fideicomiso supone una doble institución sobre los mismos bienes que vienen atribuidos a los llamados mediante un solo acto de voluntad en el que se fija un orden sucesivo.

Así, pues, frente a la idea de carga o gravamen de la institución testamentaria submodo, consistente en un determinado dare, non dare, facere o non facere, se alza la idea del tránsito de derechos o de bienes que es característica del fideicomiso.

Una vez examinados el concepto, caracteres y naturaleza jurídica de las disposiciones testamentarias modales, y vistas también las diferencias que separan a éstas de otras figuras afines, debemos detenernos ahora en el punto relativo a la exigibilidad del modo.

La coercibilidad del modo deriva del carácter obligatorio que, como ya sabemos, le caracteriza y le distingue del simple consejo o recomendación que no vincula jurídicamente.

La exigibilidad jurídica del modo fue admitida ya por el Derecho romano justiniano, y hoy día está expresamente recogida por un buen número de legislaciones (45).

Examinando los Códigos más representativos, podemos comprobar al efecto cómo el Código francés, en su artículo 1.046, admite la petición de revocación de los legados por el incumplimiento del modo y a instancia de los interesados, remitiéndose a lo dispuesto para las donaciones “inter vivos” (46). Por su parte, el C. c. italiano vigente, en el artículo 648, concede acción para pedir el cumplimiento del modo a cualquier interesado en dicho cumplimiento (47). El C. c. austriaco, tras distinguir entre Auftrag y Absicht, dispone expresamente, en el párrafo 709, que el modo debe considerarse como una condición

(44) Jurisprudencia Civil, Sentencia, núm. 44, tomo IV, I, pág. 395.

(45) Cfr. sobre este particular GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, ya cit., vol. I, pág. 40 y ss.

(46) En efecto, el citado precepto del Código francés dice textualmente que *les mêmes causes qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, autoriseront la demande en révocation de la donation entre vifs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires*. Y entre las causas comprendidas en los artículos 953 y 954 del Code, los legisladores franceses han incluido el incumplimiento de condiciones (conditions), término con el que se quiere designar también las cargas o gravámenes impuesto por el testador.

(47) Según el párrafo primero de dicho precepto *per l'adempimento dell'onere può agire qualsiasi interessato*.

resolutoria, de manera que lo dejado se resuelva cuando el supuesto modo no se cumpla.

En cambio, tanto el B. G. B. alemán (que regula con cierto detalle la institución modal) como el Código suizo, no admiten en principio la revocación de la disposición por incumplimiento del modo.

El párrafo 1.940 del B. G. B. señala que el testador puede obligar en testamento a un heredero o legatario a cumplir una prestación sin atribuir por ello a otra persona ningún derecho a exigir la prestación misma. Por consiguiente, según el Código alemán, mientras el gravado con modo está obligado a cumplir la carga impuesta por el testador, el beneficiario de aquélla no tiene ningún derecho a la misma ni podrá, en consecuencia, ejercitar ninguna acción para pedir el cumplimiento.

Se nos muestra así lo diversa que es en Derecho alemán la configuración y regulación del legado y del modo, ya que mientras el legatario está investido de un auténtico derecho de crédito para exigir el cumplimiento del correspondiente legado, el beneficiario del modo, en cambio, queda supeditado a que el gravado quiera cumplir voluntariamente.

Ahora bien, el párrafo 2.194 del mismo B. G. B. viene a evitar que en Derecho alemán el cumplimiento del modo quede a merced del gravado sin que aquél se le pueda exigir jurídicamente, con lo cual el pretendido modo no sería más que un simple consejo o recomendación ("nudum praeceptum"), sin relevancia jurídica. Dicho párrafo establece precisamente que el heredero, el coheredero, la persona que se beneficia inmediatamente de la falta del gravado, y la autoridad competente (cuando el modo sea de interés público) podrán pretender el cumplimiento del modo.

El inmediato párrafo 2.196 dispone, además, que si el modo se hace imposible por un hecho del cual el gravado debe responder o si, habiendo sido condenado al cumplimiento, los medios de coacción empleados contra él han sido ineficaces, puede ser obligado a restituir, en todo o en parte, lo que ha recibido, a instancias de aquel a quien su falta aprovecha en forma inmediata, de acuerdo todo ello con las reglas de la restitución por enriquecimiento injusto.

Sin embargo, a todas estas personas que pueden pretender la ejecución del modo no se les reconoce en Derecho alemán un verdadero derecho de crédito similar al que pueda alegar un legatario respecto del legado que le ha sido atribuido. El legado es una *Zuwendung* que crea un *Bedachter*, es decir, una persona que adquiere un derecho en virtud de una determinada disposición de última voluntad. El modo, en cambio, y salvo que la voluntad del causante se manifieste en un determinado sentido (como indica el párrafo 2.195), no comunica a las personas ya indicadas más que una especie de interés moral en que se cumpla la última voluntad del testador. Los juristas alemanes

hablan al respecto de un derecho formal (48) (“eine formale Befugnis”) o de “Rechtsträger im fremden Interesse” (49), que no actúan en interés propio, sino que son meros ejecutores de la última voluntad de otra persona expresada en testamento. Al contrario, pues, de lo que ocurre con los legados, en Derecho alemán puede decirse que el modo no es una Zuwendung ni hace surgir un Bedachter (50).

Por lo que se refiere al Derecho español, nuestro Código civil nada dice acerca del problema fundamental de la coercibilidad del modo y de su cumplimiento, sin aludir tampoco a las posibles acciones que puedan hacerse valer contra el gravado incumplidor, ya sea por las personas interesadas en velar por la ejecución de la última voluntad del causante, ya por el beneficiario insatisfecho. Únicamente el artículo 797 dispone, en su párrafo segundo, que lo dejado submodo podrá pedirse “desde luego”, señalando a continuación que lo dejado de esta manera “es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido, con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación” (51).

Por su parte, el artículo 798 prevé, de un lado, la posibilidad de convalidación del modo, cuestión que ya hemos examinado en páginas anteriores al ocuparnos de la imposibilidad relativa del modo; y de otro, y también como variedad equivalente al exacto cumplimiento de aquél, el mismo artículo prevé el incumplimiento causado por “intervención obstaculizadora” (52) del interesado en que el citado modo se incumpla (párrafo 2.º del susodicho artículo 798) (53).

Pero sobre la importante cuestión del cumplimiento y exigibilidad del modo testamentario en Derecho español volveremos con detalle en el próximo capítulo al estudiar las analogías y diferencias existentes entre los legados y las disposiciones testamentarias modales.

(48) Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Munich-Berlin, 1914, vol. V, pág. 2194. Derecho formal al que no se pueden aplicar las normas relativas a la defensa de intereses jurídico-patrimoniales.

(49) Von THUR, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1910, vol. I, pág. 60, nota 17.

(50) Von TUHR, ob. y lug. últimamente cit.

(51) En su primer párrafo este mismo artículo 797 sienta el principio de que “la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad”.

(52). ALBALADEJO en *Condición, término y modo*, Rev. Der. Not. ya citada, página 93.

(53) Según el párrafo segundo del mencionado artículo, “cuando el interesado en que se cumpla o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición”. Recordemos que éste es uno de los artículos en que se usa el término condición para designar una carga modal.

III. DISTINCIÓN ENTRE LEGADOS Y DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS MODALES. SUPUESTOS EN LOS QUE HACE CRISIS DICHA DISTINCIÓN: LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS MODALES QUE SUPONGAN UN BENEFICIO PATRIMONIAL PARA TERCERO

Por todo lo que hasta aquí hemos dicho refiriéndonos, primero, a los legados y, luego a las instituciones testamentarias modales ya estamos en condiciones de comprobar la dificultad de la distinción entre ambas figuras.

Entre una y otra institución hay, sin embargo, algunos criterios distintivos que inicialmente sirven para deslindar uno y otro campo. Ahora bien: tales criterios son válidos sólo en un sentido general, pero no puede reconocérseles a los mismos valor absoluto y definitivo.

Como tendremos ocasión de demostrar a lo largo del presente capítulo la distinción entre disposiciones testamentarias modales y legados resulta fácil en los supuestos en que la carga modal o modo *propriadamente dicho* beneficia al testador o a la propia persona a quien grava (gravado-beneficiario), pero, en cambio, cuando el modo se constituye a favor de terceros es cuando se hacen patentes las graves dificultades de deslinde y diferenciación respecto de los legados.

Tal situación nos llevará a afirmar que aquellas disposiciones testamentarias modales que impliquen un beneficio patrimonial para terceros deben de ser asimiladas a los legados y regirse por las disposiciones relativas a los mismos.

Tradicionalmente, en cambio tanto la doctrina española como la extranjera a la hora de distinguir los legados de las disposiciones testamentarias modales suelen repetir generalmente, y sin hacer ninguna distinción previa, una serie de argumentos, que como decimos, son sólo parcialmente válidos.

Al suscribir tales criterios de distinción, dicha doctrina, en realidad, lo que hace es renunciar a considerar una serie de casos concretos de legados y disposiciones testamentarias modales en los que aquellos no caben ni son aplicables, tal como intentaremos hacer ver en este mismo capítulo.

Por eso decimos que a aquellas distinciones no se les puede reconocer valor absoluto en cuanto que resultan fácilmente impugnables en determinados supuestos concretos.

Tales criterios diferenciales, expuestos en forma esquemática, podrían condensarse en los siguientes apartados:

1.º Por el carácter principal o accesorio de la disposición.

El legado es una disposición autónoma e independiente de cualquier otra institución sucesoria, mientras que el modo es una atribución de carácter accesorio que, como tal, va inserta y ligada siempre a una disposición principal, sea ésta una institución de heredero, sea un legado.

2.º Por el objeto o contenido de la disposición.

El legado es siempre una atribución patrimonial, en tanto que el modo puede presentar un contenido más variado y amplio.

3.º Por el carácter objetivo o personal de la institución.

El legado se nos muestra como un peso de la herencia o, más exactamente, como una detracción o “delibatio” de la misma (“delibatio hereditatis”). Por su parte el modo testamentario supone e implica más bien un gravamen personal que afecta al gravado.

Frente a la idea cuantitativa y objetiva de la detracción de la herencia se alza así la del gravamen o carga como vinculación personal.

4.º Por la naturaleza de la prestación en que el objeto consiste.

Mientras que el legado se configura normalmente como obligación de dar, el modo suele consistir en una obligación de hacer.

5.º Por el fin perseguido por el testador.

Se dice que en los legados el testador o causante tiene presente directamente y en forma primaria, al hacer su atribución, el provecho o beneficio del legatario. Este es, por tanto, el fin de la disposición del testador. En cambio, en las instituciones testamentarias con modo, el causante tomó en consideración el provecho del beneficiario sólo en un plano secundario o, mejor aún, como repercusión o reflejo de otros fines primarios que son los que integran la disposición principal.

6.º Por el grado de determinación o determinabilidad de la persona beneficiaria.

Tanto el legado como la disposición testamentaria modal son atribuciones hechas a favor de persona (física o jurídica) determinada o determinable, es decir, susceptible de determinación.

Ahora bien, en el caso del modo se piensa que la determinación o determinabilidad del beneficiario de aquél, se mueve normalmente dentro de límites más amplios, tal como podría ser, por ejemplo, el supuesto de un gravamen consistente en la entrega de una cantidad en concepto de premio a quien realice un determinado descubrimiento científico (indeterminación inicial o eventual) o el caso previsto por el artículo 749 de nuestro C. c. de disposiciones hechas en favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población que, al decir del propio Código, se entenderán limitadas a los pobres del domicilio del testador en la época de su muerte, si no consta claramente haber sido otra su voluntad (54).

7.º Por la diferente estructura que presentan una y otra figura.

En los legados, el legatario está vinculado directamente al testador, siendo el *avente causa* del mismo. En las disposiciones testamentarias modales el tercero beneficiario (caso de que éste sea un tercero) es

---

(54) El segundo párrafo del citado artículo 749 dispone, a efectos prácticos, que “la calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador; en su defecto, por los albaceas y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez Municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran”. “Esto mismo se hará —dice el último apartado del mismo artículo— cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia o pueblo determinado.



el *avente causa* del gravado y no del causante, al que está vinculado sólo a través de aquél.

8.º Por la naturaleza del derecho que otorgan ambas atribuciones a los respectivos beneficiarios de las mismas.

En el caso de los legados, es evidente que el legatario favorecido con la atribución queda investido de un auténtico derecho de crédito contra el gravado que le permitirá exigir de éste y en su propio nombre el cumplimiento de la prestación correspondiente.

En los supuestos de institución testamentaria modal se dice, en cambio, que el beneficiario carece de acción para exigir el cumplimiento del modo impuesto al gravado y que únicamente tendrán legitimación formal para pretender dicho cumplimiento el coheredero del heredero gravado, los albaceas, los herederos, las autoridades competentes en los supuestos de modo de interés público y las personas designadas y facultadas por el testador para ello, en los casos en que éste haya previsto tal eventualidad.

Este último es, sin duda, el argumento más repetido por los autores para fundamentar la distinción entre institución testamentaria modal y legado.

Trataremos de hacer ver a contiación cómo efectivamente aquellos criterios distintivos propuestos por buena parte de la doctrina tienen un valor relativo, puesto que pueden aplicarse sólo en algunos casos, existiendo, en cambio, numerosos supuestos en los que aquellos criterios no son válidos.

Las mejores críticas a tales argumentos las encontramos en la doctrina italiana. Críticas debidas a dos juristas de formación predominantemente práctica que han contemplado el tema de distinción entre legados e institución testamentaria modal desde ese ángulo tan importante, y a veces tan olvidado, de la realidad vivida cada día en los casos particulares, enemiga de la aceptación a priori de fórmulas más o menos estereotipadas que muchas veces valen sólo en un plano teórico. La primera de aquellas breves críticas data ya del año 1938 y se debe a la antigua profesora y abogado de Génova E. Filippón (55). La segunda es mucho más reciente (1961) y está fuertemente inspirada en la primera, siendo su autor E. Brunori, abogado de Florencia, el cual, reiterando las líneas fundamentales expuestas por su predecesora en el tema, critica y se lamenta del olvido en que se han tenido y se tienen aquéllas (56).

Siguiendo el mismo orden en el que hemos examinado anteriormente las supuestas diferencias entre legados y disposiciones testamentarias modales, vamos a replantearnos nosotros ahora, en forma también esquemática, aquella delicada cuestión. Problemas de diferenciación que, según adelantamos en páginas anteriores, se plantean funda-

(55) EBBE FILIPPÓN, *Rapporti tra il legato e il modus*, en Giur. it. 1938, IV, c. 232 y ss.

(56) E. BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, en Riv. dir. civile, 1961, I, pág. 468 y ss.

mentalmente en los casos de disposiciones modales hechas a favor de tercero y que implican beneficio patrimonial para éste.

Veamos al efecto:

1.º Por el carácter principal o accesorio de la disposición.

Decíamos que mientras el legado es una disposición mortis causa autónoma e independiente, el modo, en cambio, aparece incorporado a una declaración de voluntad principal frente a la que funciona como límite y a la que aparece vinculada en forma de disposición accesoria y subordinada.

Efectivamente los legados son disposiciones mortis causa autónomas e independientes. Características que distinguen a aquéllos no sólo en los supuestos excepcionales en que toda la herencia se distribuya en legados (art. 891 del C. c. español) (57), sino también en los casos mucho más normales y corrientes en que el legado aparece junto a una o varias instituciones de herederos, frente a las cuales aquél se mantiene, como decimos, como disposición principal autónoma e independiente. El modo, por su parte, es ciertamente una disposición accesoria respecto de la atribución principal.

Ahora bien la dificultad surgirá a la hora de distinguir en la práctica si es legado o modo una atribución patrimonial determinada que aparece en una disposición testamentaria de carácter más general.

El esquema propuesto para distinguir la atribución según su carácter principal o accesorio no nos servirá en muchos casos, dado que normalmente la dificultad práctica y verdadera residirá precisamente en eso: en saber si la disposición en cuestión puede considerarse autónoma y, en consecuencia, principal o subordinada y accesoria.

De tal calificación dependerá que al tercero destinatario o favorecido con la atribución le debamos considerar legatario o simple beneficiario de la carga modal, con las diferencias de trato que ello supone y que van referidas fundamentalmente a la posibilidad de pretender la resolución de la disposición por incumplimiento de la atribución correspondiente en los supuestos de legado, cosa que, como veremos, no sucede en las disposiciones testamentarias modales.

2.º Por el objeto o contenido de la disposición.

En segundo lugar hemos dicho que el legado era siempre una atribución patrimonial, en tanto que el modo podía presentar un contenido más variado.

Pues bien, entendido el término patrimonial en un sentido amplio, estimamos que también podrá decirse que el contenido de toda carga modal es patrimonial, en el sentido de que aquélla será susceptible, en mayor o menor medida y de una manera más o menos inmediata, de valoración económica.

Pensemos, por ejemplo, en una carga modal consistente en la obli-

---

(57) Dicho artículo que, efectivamente, prevé el supuesto de que toda la herencia se distribuya en legados, ordena que en tal caso "se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa".

gación de acoger en la propia cosa del gravado o de atender de algún modo a un determinado pariente anciano y solo en la vida. No cabe duda de que en tal supuesto, junto al elemento inapreciable del cariño y de las atenciones y consideraciones debidas al pariente desamparado, están también los inevitables gastos de estancia o manutención que aquello acarrea y que permite valorar económicamente dicha obligación modal. Lo mismo podríamos decir de toda una serie de cargas consistentes en dar o hacer algo y en las que pudiendo predominar un elemento espiritual, moral o afectivo (recuerdos de familia) (58), se da también un aspecto económico en forma de gastos que aquellas cargas implican y de valor intrínseco de lo dejado, por pequeño que éste sea, y que permiten calificar a dicha obligación de patrimonial.

En resumen, creemos que todo lo que puede ser objeto de legado puede serlo también de disposición testamentaria modal y aquí está la razón de la inutilidad del criterio propuesto en este segundo apartado para establecer la distinción entre una y otra figura. Como dice Filippón, el testador podrá ordenar al gravado, "tanto por medio de un modo como por legado, la aplicación de parte de lo recibido, la constitución de un contrato de compraventa a precio ventajoso para el tercero, la reparación de una casa o el abandono de una servidumbre de la que el gravado es titular" (59).

3.º Por el carácter objetivo o personal de la misma institución.

No creemos que pueda decirse que el legado implica siempre una "delibatio" o detracción de la herencia, en tanto que el modo se caracteriza más bien como gravamen personal del sujeto obligado.

En efecto, no todos los legados suponen detracción de una parte de la herencia en favor del legatario, pues como ya hemos visto en el capítulo I de este trabajo cuando nos ocupábamos de fijar los caracteres fundamentales de los legados, objeto de éstos podrán ser cosas no sólo del testador, sino también del propio legatario y hasta de tercero (60). Es evidente que el contenido de tales legados no se sustrae (por así decirlo) del caudal hereditario. Lo mismo podríamos decir de un legado de género, cuando el género no está delimitado dentro de la herencia o del legado de reconocimiento de deuda, etc.

De igual forma, y como ya veremos al rebatir a continuación el cuarto criterio de distinción propuesto, los legados pueden consistir en obligaciones de hacer o de no hacer, los cuales no implican tampoco "delibatio hereditatis".

El modo, por su parte, podrá consistir también en una detracción de la herencia, como sucede en todos los casos en que la prestación

---

(58) SAVATIER, *Cours de Droit civil*, 3.º tomo, 2.ª ed. París, 1951, pág. 523. En la doctrina española, sobre cartas y recuerdos de familia puede verse LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, 1961, pág. 126.

(59) E. FILIPPON, ob. y lug. citados.

(60) V. supra, I, "El legado como disposición *mortis causa* a título particular".

correspondiente se hace a expensas de la herencia, con lo cual se iguala al legado en esa pretendida diferenciación que ahora rebatimos, poniéndose de manifiesto en tales casos la improcedencia de aquella afirmación según la cual el matiz peculiar y característico del modo es el de gravamen personal y no el de peso de la herencia.

Podrá decirse, por consiguiente, que la carga modal se muestra como un gravamen personal que afecta al sujeto obligado, pero ello no excluye que pueda caracterizarse también en muchos casos como peso o detracción de la herencia.

4.º Por la naturaleza de la prestación en que el objeto consiste.

En líneas anteriores acabamos de recoger la opinión de que tanto el legado como las disposiciones testamentarias modales podrán consistir indistintamente en obligaciones de dar, no dar, hacer o no hacer, con lo cual desechamos esta sorprendente diferenciación según la cual los legados se traducen en obligaciones de dar, en tanto que las disposiciones modales suponen una obligación de hacer.

En realidad este criterio de distinción fue propuesto dentro de la doctrina francesa por Lévy-Ullman y Grunebaum-Ballin (61) y no ha tenido gran aceptación ni siquiera entre los autores de su mismo país (62), dado que no ofrece duda que tanto el legado como el modo pueden consistir indistintamente en obligaciones de dar o de hacer. Así, por ejemplo, una disposición consistente en realizar una gestión por parte del sujeto obligado y según deseo del testador, podrá ser legado o modo, según sea el supuesto concreto.

5.º Por el fin perseguido por el testador.

Según este criterio, habrá legado cuando el testador tiene presente en primer lugar el provecho o beneficio del legatario a la hora de realizar su atribución. En las disposiciones testamentarias modales, en cambio, el provecho del beneficiario entra en la consideración del testador sólo en un plano secundario o reflejo.

Aparte de la dificultad que supondrá el poder saber cuál ha sido en la mente del causante ya desaparecido del mundo de los vivos el fin primario de su disposición, resulta, además, que no es exacto decir que en todos los legados la disposición o atribución patrimonial está pensada como beneficio o provecho para el legatario.

Pensemos al efecto en los legados que el testador hace en favor de su propia alma, es decir, aquellos legados consistentes en misas, oraciones, obras de caridad, etc. En estos casos no puede decirse que el fin primordial de la atribución sea el beneficio del legatario, ya que

---

(61) LÉVY-ULLMANN y GRUMENBAUM-BALLIN, en *Essai sur les fondations par testament*, en *Revue trim.*, 1904, pág. 265 y ss., centran en este punto la pretendida distinción entre legado y *modus* testamentario.

(62) Puede verse la crítica correspondiente en BOUYSSON, *Les libéralités avec charges en droit civil français*. These. Toulouse, 1945. También ver SIMONNET, *Le legs avec charge catégorie juridique*. Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny, t. II, pág. 128.

el causante cuando dispone tal clase de legado está animado sobre todo por el deseo, en cierto modo egoísta, de que sea su propia alma la que obtenga en la otra vida el provecho de aquellas misas, oraciones, limosnas u obras de caridad que servirán, en su opinión, para hacerle más meritorio ante los ojos de Dios o más livianas las penas del Purgatorio. Lo mismo podemos decir de aquellos legados que se constituyen para fomentar y promover una determinada investigación científica o alcanzar cualquier otro fin de utilidad pública. En estos supuestos el legado aparece claramente configurado como una atribución hecha a una determinada Institución o Universidad para que inicie o prosiga unos estudios de investigaciones relativos, por ejemplo, al descubrimiento de determinados virus o de la correspondiente vacuna que los destruya.

Entendemos que tampoco aquí se puede decir que el fin primordial o prevalente que mueve al causante a disponer aquel legado es el beneficio directo del legatario (Institución o Universidad). Por el contrario, estamos ante unos supuestos en los que el testador obra movido por fines altruistas de utilidad pública y beneficio de la comunidad.

Y así como en los ejemplos anteriores de sucesión a favor del alma (63) el beneficio patrimonial que obtiene la parroquia o institución benéfica de que se trate no es más que el medio o procedimiento idóneo escogido por el causante para alcanzar el verdadero fin primordial de su atribución (salvación de su alma), así también en estos otros casos la concreta Universidad o Instituto científico que se beneficia del legado entra en la consideración del testador en un plano secundario y totalmente pospuesto al fin principal de dicha atribución (triunfo médico sobre una grave enfermedad y correspondiente provecho para la humanidad).

No es, pues, exacto decir que frente a las disposiciones testamentarias modales los legados se distinguen porque en ellos el decuius obra movido por la consideración dominante del beneficio o provecho que atribuye al legatario.

En cambio, sí creemos que es válido decir que en las disposiciones modales las ventajas que obtiene el beneficiario tienen un carácter accesorio o secundario para el causante. Ahora bien, esta característica inherente a toda disposición modal no sirve para distinguir ésta del legado o, al menos, de todos los legados, según acabamos de ver.

Tal característica será, en cambio, válida para diferenciar el modo de la condición, pudiendo afirmarse que cuando se demuestre que el provecho que el beneficiario obtiene con la supuesta carga modal ha entrado en la consideración del causante como fin primario de la disposición, deberá hablarse de condición y no de modo. Dicho con otras

---

(63) Sobre la llamada sucesión a favor del alma, MARTÍNEZ PEREDA, *Reflexiones jurídicas sobre la llamada sucesión a favor del alma*, en A. A. M. N. tomo VII, 1953, pág. 151 y ss.

palabras, el testador, con tal consideración, habrá elevado la supuesta disposición modal a la categoría de condicional (64).

6.º Por el grado de determinación o determinabilidad del beneficiario.

Según este criterio, entre un legado y una institución testamentaria modal podría establecerse una leve distinción según el mayor o menor grado de determinación del sujeto que se aprovecha de la atribución, entendiendo que en las disposiciones testamentarias modales la determinación de dicho beneficiario puede aparecer menos detallada y precisa que en los legados.

Como es sabido, sin embargo, esta determinación o determinabilidad es siempre necesaria en nuestro Derecho en virtud del artículo 750 del C. c. que expresamente contiene la sanción de nulidad para toda disposición en favor de persona incierta, a menos que por algún evento aquélla pueda resultar cierta (65). Supuesto este último que no equivale a incerteza, sino a simple indeterminación provisional o eventual de la persona que recibe la atribución y que en este caso aparece como determinable.

Por ello creemos que el criterio de la determinación nada dice en favor de una deseada distinción entre legados e institución modal, no debiendo olvidarse además que cualquier supuesto de indeterminación inicial o eventual o de determinación indirecta (art. 749 de nuestro C. c.) podrá ser objeto de legado o de disposición testamentaria modal según la voluntad del testador o el contenido concreto de la disposición.

7.º Por la diferente estructura que presenta una y otra figura.

Vimos en páginas anteriores que un nuevo criterio de los propuestos para fijar la separación entre legados y disposición testamentaria modal era decir que el legatario era un sucesor a título particular del causante y en cambio el tercero beneficiario de la institución

---

(64) Nos remitimos a lo dicho en el cap. anterior en torno a la distinción entre *modus* testamentario y condición. II. "Las disposiciones testamentarias modales...".

(65) Art. 750: "Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta".

Cosa distinta es la autorización concedida por el artículo 671, según el cual "podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de Beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse". Precedentemente el artículo 670 ha dejado claro que "el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente". Sobre el sentido e importancia de estos dos últimos artículos, véase Díez-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, 1957, págs. 23 y ss. y 155 y ss., al ocuparse del arbitrio testamentario.

modal era sucesor de la persona gravada con la carga, de la cual recibía directamente la atribución.

Tal criterio nosotros también lo rechazamos recordando al efecto algunos ejemplos de verdaderos legados y de auténticas disposiciones modales testamentarias en los que no se dan estos pretendidos esquemmas, poniéndose de manifiesto la fragilidad de los mismos.

En el capítulo primero del presente trabajo comprobamos ya la existencia de legados cuyo contenido, al estar integrado o formado por algo que queda fuera del patrimonio del causante, su adquisición por el legatario no implica el subentrar de éste en el puesto de aquél. En tales supuestos no es posible por tanto sostener como característica que el legatario correspondiente es sucesor a título particular del causante o difunto. Así tenemos los legados de cosa ajena del *decuius*, el legado de género no delimitado en la herencia, el legado de reconocimiento de deuda, el legado de liberación, etc.

Y, a la inversa, por lo que se refiere al *modus* testamentario tampoco puede reconocerse valor absoluto a la afirmación según la cual carácter peculiar de tales disposiciones modales es que el beneficiario de la carga sea sucesor de aquel a quien grava aquélla y no del propio causante que dio vida a la disposición. Como prueba de que tal criterio falla, bástenos con recordar todos los casos de cargas testamentarias modales que en la práctica se traducen en la entrega por parte del gravado al beneficiario de algo que está dentro de la herencia del difunto. En tales casos la persona (heredero o legatario) obligada a cumplir la carga, se limita a ejecutar algo que le ordena el causante en beneficio del tercero. Este, por tanto, debe considerarse averse causa del difunto, porque es éste quien dispone de algo suyo en provecho de aquél, valiéndose únicamente de la intervención material del gravado.

8.º Por la naturaleza del derecho que una y otra atribución otorgan a los respectivos beneficiarios.

Los legados suponen un verdadero derecho de crédito para los legatarios. El beneficiario del modo por su parte no queda investido de tal derecho y carece de acción en juicio para exigir el cumplimiento de la carga al gravado incumplidor o negligente.

Este es, sin duda, el criterio de distinción más repetido y reiterado por la doctrina española y extranjera para separar las figuras del legado y de las disposiciones testamentarias modales. Así lo indicamos ya en páginas anteriores cuando recogíamos tal orientación.

No hay duda de que el legatario en virtud del legado que le ha sido atribuido es titular de un derecho de crédito que podrá hacer valer en juicio a través de la correspondiente acción. Sin embargo no estamos conforme con la generalizada opinión de que el beneficiario del modo carezca en cambio de toda posibilidad para pretender por sí el cumplimiento de la carga modal, debiendo esperar a que el gravado cumpla por su propia voluntad o que sean los albaceas, herederos, eje-

cutores testamentarios, etc., quienes promuevan y exijan el cumplimiento de la voluntad del difunto.

Tal cuestión, que evidentemente es capital en el tema que nos ocupa, merece una detenida consideración.

En derecho romano la coercibilidad del *modus* atravesó distintas fases (66) y fueron diversos los procedimientos pensados para asegurar su cumplimiento.

En principio era frecuente imponer, en concepto de pena, una multa al incumplidor que debía pagarse a favor de un ente público. Se disponía también la *exhereditio*, la *ademptio* o *traslatio legati*, subordinada al incumplimiento, o la condición *iurisiurandi*, todas las cuales venían a funcionar o hacer las veces de auténticas cláusulas resolutorias (67).

Ya en derecho romano clásico el heredero, mediante la *exceptio doli*, podía negarse a entregar al legatario lo donado submodo, cuando éste no garantizase con caución el cumplimiento de la carga. De igual forma el coheredero podía ser obligado por los demás a respetar la carga mediante la *actio familiae erciscundae* (68).

En el Derecho Justiniano se perfilan dos acciones para asegurar el carácter obligatorio del *modus*: la *actio praescriptis verbis*, para exigir el cumplimiento de la carga y la *condictio causa data, causa non secuta* para pedir, a través del juego de la causa, la restitución de lo entregado.

En todo caso, cuando estos procedimientos resultaren inadecuados y estuviesen en juego intereses públicos, nos dice Biondi que podía intervenir el magistrado, "y en base de su *coercitio*, obligaba al gravado al cumplimiento" (69). La intervención administrativa de las autoridades civiles o eclesiásticas para obligar al cumplimiento del modo se hace general en el Derecho Justiniano. (70).

Para acentuar y asegurar la coercibilidad del modo es característico en Derecho romano tratar de emparejar y asimilar dicha institución a otras dos figuras que le son afines: el fideicomiso y la condición. Así cuando el modo es a favor y en beneficio de una persona determinada, dicho modo se considera como fideicomiso, pasando a disponer el tercero beneficiario de las acciones características del fideicomisario. Y en cuanto a la tendencia que se deja notar en mu-

(66) Como hacen notar ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU en el *ius civile* se negaba eficacia jurídica al *modus*, el cual era considerado como un *pacta nuda* que no otorgaba acción ni para exigir el cumplimiento ni para que se devolviera lo entregado en el supuesto de incumplimiento. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, I, pág. 79.

(67) B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, trad. española, 1960, página 582.

(68) Cfr. FRITZ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, trad. española, 1960.

(69) B. BIONDI, ob. últimamente cit., pág. 584.

(70) El mismo BIONDI cita el siguiente pasaje (Fr. 50, 1 D, 5, 3. Pap. 3 quaest.): *Quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.*



chos casos dentro del Derecho romano de equiparar el modo a la condición, efectivamente aquel pasa a convertirse en la práctica, a través de la interpretación y de la jurisprudencia, en la condición de prometer con garantías el cumplimiento.

Digamos para terminar este breve análisis histórico relativo a la coercibilidad del modo, cómo esta misma tendencia a equiparar en la práctica el modo a la condición o a los legados y fideicomisos se hace perceptible también en nuestros clásicos españoles, tales como Antonio Gómez (71) o J. Y. Parladorio, (72), quienes con frecuencia usan indistintamente aquellos términos para designar el *modus* o al tercero beneficiario del mismo.

Pasando ya a los Ordenamiento positivos modernos comencemos por decir que, conforme a lo dispuesto en el B. G. B. alemán, sí se puede considerar válida en este país aquella distinción propuesta para separar los legados de la institución testamentaria modal de acuerdo con las personas legitimadas para exigir su cumplimiento. Nos referimos concretamente a la diversa situación en que como ya sabemos, se encuentran el legatario y el tercero beneficiario del modo para poder exigir el cumplimiento de la atribución correspondiente, pues mientras el legatario puede exigir en su propio nombre el cumplimiento del legado, al tercero favorecido con el modo no se le reconoce interés ni acción alguna para pretender personalmente aquel mismo cumplimiento (73).

En efecto, recordemos cómo el parágrafo 1.940 del B. G. B., del que ya nos ocupamos en el capítulo segundo de este trabajo, señalaba que el testador puede obligar en testamento a un heredero o a un legatario a cumplir una prestación sin atribuir por ello a otra persona ningún derecho a exigir la prestación misma.

Decíamos también que el rigor de este parágrafo, que podía hacer creer que en Derecho alemán el modo equivalía al simple consejo o recomendación, quedaba paliado y debidamente matizado en el parágrafo 2.194 que oportunamente detallaba las personas hábiles para pretender el cumplimiento del modo (el heredero, el coheredero, la persona que se beneficia inmediatamente de la falta del gravado y la autoridad competente, en los casos de modo de interés público).

Pues bien, a la vista de estos dos preceptos es por lo que creemos que puede decirse en Derecho alemán que el beneficiario del modo carece de acción para exigir el cumplimiento de la carga modal, puesto que aquel no aparece en la enumeración del parágrafo 2.194. Siendo esto así y admitida como incuestionable la afirmación de que el legatario es titular de un derecho de crédito accionable en juicio, no hay

---

(71) GÓMEZ, Antonio, *Variae Resolutiones*, Tomus Primus, Cap. XII. De legatis, n.º 70 y 71. Lugduni, 1701.

(72) YAÑEZ PARLADORIO, Juan. *Opera Iuridica. Quotidianarum differentiarum*. Differentier CXLVII Inter conditionem et modum, n.º 10. 1741.

(73) Recuérdese lo dicho en su momento oportuno acerca del problema del cumplimiento de las cargas modales en Derecho alemán, Supra II, "Las disposiciones testamentarias modales...".

duda de que en Derecho alemán es válido el criterio distintivo entre ambas instituciones, según el cual mientras el legatario es titular de un derecho de crédito y se encuentra por ellos respaldado por la acción de cumplimiento, el beneficiario del modo carece en principio de la misma y está supeditado a lo que en dicho punto decidan otras personas (exigir o no el cumplimiento a la persona obligada o gravada).

Por su parte en los Ordenamientos jurídicos latinos no encontramos preceptos similares a los del B. G. B. Es más, el C. c. italiano vigente en su artículo 648 reconoce explícitamente acción para pedir el cumplimiento del modo a cualquier interesado en dicho cumplimiento (74). La cuestión aquí residirá en saber a qué personas se le puede y debe reconocer interés en el cumplimiento, lo cual viene a ser también el problema a resolver en los Ordenamientos francés (75) y español.

Refiriéndonos a nuestro Derecho, comencemos por señalar que, no diciendo nada el Código al respecto, no vemos razón alguna para excluir de la lista de interesados en el cumplimiento de la carga al beneficiario de la misma. A nuestro juicio dicho beneficiario debe ser considerado además como el más calificado de aquellos, pudiendo pasar a ocupar el primer puesto en dicha relación.

La acción para pedir y obtener el cumplimiento del modo testamentario corresponderá por tanto, según nuestra opinión, a los beneficiarios del mismo, teniendo en cuenta que cuando se trata de modo de interés público aquella legitimación corresponderá a las autoridades competentes, de acuerdo con el artículo 12 del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912. A este respecto el artículo 179 del Reglamento Notarial impone también a los notarios que autoricen testamentos o escrituras particionales en los que conste alguna disposición de carácter benéfico o beneficio docente, la obligación que aquellos tienen de comunicarlo a las autoridades y organismos competentes (76).

(74) Ver supra, nota, 47.

(75) Ver supra, nota, 46.

(76) El texto del artículo 179 del Reglamento notarial dice así: "Los notarios que autoricen o eleven a escritura pública testamentos en los cuales conste alguna disposición de carácter benéfico o benéfico-docente que tenga por objeto la enseñanza, educación e instrucción, el incremento de las Ciencias, Letras y Artes, remitirán a la Junta de Beneficencia de la provincia a que pertenezcan y a la Dirección General del ramo, en el primer caso, y al Ministerio de Educación Nacional en las demás, una copia simple de la cláusula o cláusulas testamentarias correspondientes tan luego como llegue a su conocimiento el fallecimiento del testador".

"De igual modo, los notarios que autoricen o eleven a escritura pública particiones o manifestaciones de herencia fundadas en testamentos que contengan algunas disposiciones de las expresadas en el párrafo anterior, notificarán mediante acta al Ministerio de la Gobernación o al de Educación Nacional, según los casos, el texto íntegro del testamento, con cargo a la herencia; siendo responsables, si no lo hicieren, de los perjuicios que puedan ocasionar con su negligencia. No se admitirán en ningún Registro u Oficina dichas particiones si no aparecen otorgadas precisamente en escritura pública y en ésta no consta el cumplimiento de lo dispuesto anteriormente".

Junto a los beneficiarios, es evidente que también podrán pedir el cumplimiento los albaceas, los propios herederos, las personas que en su caso hubiese nombrado el testador para tal fin, etc. En definitiva, pues, podrán pedir el cumplimiento de la carga modal todas las personas que demuestren interés en el mismo, ya sea un interés directo y patrimonial o el interés de ver cumplida en toda su extensión la última voluntad del causante.

En cuanto al tiempo en el cual se puede pedir el cumplimiento del modo se entenderá que será aquel en que, de acuerdo con la obligación principal, deberá ejecutarse la prestación correspondiente.

En caso de incumplimiento del modo creemos que deberá intentarse, siempre que ello sea posible, el cumplimiento forzoso o el cumplimiento por uno de los interesados a expensas y en lugar del gravado incumplidor, sobre el cual repetirá luego aquél (77). Fundamos esta opinión en el principio del respeto debido a la última voluntad del difunto que debe vincular más o menos intensamente a todos los interesados en su ejecución. Y no cabe duda que aquella postrera voluntad ha quedado reflejada parcialmente en el modo, por lo cual éste deberá cumplirse íntegramente, de la manera más fiel a lo querido por el testador y en el tiempo por él indicado.

Según todo lo que acabamos de decir tampoco consideramos válida la distinción entre legado e institución modal atendiendo a los efectos respectivos en caso de incumplimiento, puesto que, para nosotros, el tercero beneficiario del modo está legitimado también como el legatario para pedir el cumplimiento de la carga.

Con tal afirmación nos situamos frente a la opinión predominante en nuestra doctrina, ya que la mayoría de los autores patrios niegan esta facultad al tercero beneficiario del gravamen o disposición modal. Cierto que no fundamentan seriamente aquella afirmación limitándose en general a pasar muy superficialmente sobre dicho punto.

Así, los traductores del Enneccerus-Kipp recogen la opinión que del modo da éste. Según Kipp, por medio del modo "el testador impone al heredero o legatario una prestación, pero (a diferencia del caso del legado) sin atribuir a otro un derecho a exigirla en su beneficio (parágrafo 1.940 del B. G. B.)" (78), estimando Roca Sastre al anotar y concordar dicha obra con arreglo a nuestro Derecho que "son aceptables en Derecho español las consideraciones que expone el texto acerca de las disposiciones por causa de muerte" (79).

Ossorio Morales a su vez, después de citar las personas que pueden exigir el cumplimiento de la carga modal, señala que "si el beneficiado con el gravamen impuesto al heredero está facultado para

---

(77) Recuérdese lo señalado por el artículo 1.098 en materia de obligaciones.

(78) KIPP, *Derecho de sucesiones*, tomo V, vol. I. de la obra de Enneccerus, traducción española de la 8.ª revisión alemana, 1951, pág. 67.

(79) Ob. cit., pág. 69.

exigir personalmente y en su propio interés el cumplimiento, entendemos que, en realidad, se tratará entonces de un legado" (80).

Puig Brutau, en fin, sostiene que "en el legado el legatario siempre adquiere el derecho subjetivo correspondiente que le legitima materialmente para instar la protección judicial del beneficio que tiene atribuido. En el modo, en cambio, la acción correspondiente para exigir el cumplimiento de la obligación que pesa sobre el heredero o legatario gravado, corresponderá a terceros sólo formalmente legitimados para el ejercicio de la acción" (81). Y más adelante el mismo Puig Brutau aclara: "Cuestión de especial interés es la de saber quien puede exigir su cumplimiento (se refiere al modo). Debe tenerse en cuenta que precisamente la diferencia más clara entre modo y legado se hace consistir en que el legatario tiene legitimación material, en virtud de la protección jurídica de su interés (derecho subjetivo), para demandar en nombre de interés propio el cumplimiento del legado, mientras el modo sólo provoca una legitimación formal de ciertos sujetos para pedir en interés ajeno que se cumpla la voluntad del testador". (82).

La Jurisprudencia de nuestro T. S. igualmente suele seguir y recoger esta orientación de la mayor parte de la doctrina, negando derecho al tercero para exigir por sí y para sí el cumplimiento de la carga modal. Así, por ejemplo, la reciente sentencia de 4 de junio de 1965 relativa a una institución modal dice textualmente en uno de sus considerandos "que la institución modal es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho de exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado".

Nosotros disentimos, sin embargo, de tal orientación doctrinal y jurisprudencial, pues estimamos que no habiendo en nuestro Código un precepto similar a los ya citados parágrafos 1.940 y 2.194 del B. G. B., no hay razón para sostener esa diferencia de criterio entre legatario y beneficiario del modo. ¿Cómo se puede decir que el beneficiario con la carga modal no tiene interés susceptible de protección jurídica en el cumplimiento de la misma? ¿Por qué excluir de la relación de interesados en el cumplimiento del modo (83) a quien es, probablemente, el más calificado de aquéllos? Pensemos además que al reconocer y otorgar aquella acción de cumplimiento al favorecido con

(80) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, 1957, pág. 231.

(81) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. II, 1963, página 330.

(82) PUIG BRUTAU, ob. últim. cit., pág. 334.

(83) Se trata de personas legitimadas formalmente para exigir el cumplimiento de la carga, no como titulares de un derecho de crédito, sino simplemente como interesados en que se verifique lo que el testador dispuso *mortis causa*. Son, pues, meros ejecutores de la última voluntad de aquél.

el modo, tal como nosotros proponemos, queda configurada la mejor garantía y el mejor medio para asegurar el exacto cumplimiento de la voluntad del testador que ha dispuesto así aquella atribución (84).

Problema distinto al de la acción para pedir el cumplimiento del modo es el de la posible revocación o resolución de la disposición principal por incumplimiento de aquel.

Y así como admitimos la posibilidad de ejercicio de la acción de cumplimiento por el tercero beneficiario de la carga, creemos, en cambio, que en los supuestos de incumplimiento de aquélla, las posibilidades de pedir la revocación o resolución de la disposición principal han de admitirse en forma más restringida, debido precisamente al especial carácter de toda institución modal que le distingue de otras figuras afines y en este caso concretamente de la condición y de los legados propiamente dichos.

Sólo en dos casos entendemos que se puede pretender aquella resolución. En primer lugar cuando ha sido el propio testador el que en la misma disposición incluye expresamente tal sanción para el caso de incumplimiento de la carga. En segundo término, cuando dicho modo, carga o gravamen supone precisamente la razón decisiva y determinante de la entera disposición (85).

Normalmente ambos supuestos coincidirán en la práctica de forma que uno supondrá el otro. Es decir, que cuando la consideración del modo ha sido decisiva para el testador, será él mismo quien refuerce su importancia con la correspondiente sanción de resolución de la disposición en el caso de incumplimiento de la carga por el gravado.

Ahora bien, a nuestro juicio, en los dos supuestos aquí contemplados estamos en realidad ante un modo desnaturalizado y que no es tal, aunque en la disposición de que se trate se empleen los términos "modo", "carga" o "gravamen". Se trata por el contrario de dos ejemplos que entrañan una verdadera y propia condición, la cual, operando como tal, hace depender la efectividad de la disposición testamentaria del cumplimiento de aquella. El testador, con aquella especial consideración que ha tenido con el pretendido modo, ha elevado a este a la categoría de condición (86).

---

(84) En este mismo sentido de reconocer al beneficiario del modo acción para poder reclamar personalmente su cumplimiento, se manifiesta en nuestra patria Puig Peña, según el cual cuando existe un beneficiario determinado y concreto "aun cuando el Código guarda silencio sobre las personas que tienen acción para reclamar el cumplimiento del modo, debe entenderse que están legitimadas las personas directamente beneficiarias, y en su caso, los herederos respecto del legatario, el coheredero respecto a los coherederos, así como los albaceas..." (Cfr. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, vol. I, pág. 439, y nota 29 de la misma página). También LACRUZ, trad. del Binder, pág. 340.

(85) Así el artículo 648, párrafo 2.º, del vigente C. c. italiano, procediendo en tales casos la declaración de resolución por la autoridad judicial.

(86) Ver *supra*, II. "Las disposiciones testamentarias modales..." Entendemos que los efectos de la posible resolución por incumplimiento del supuesto modo (condición) pasarán a beneficiar a los herederos, tanto testamentarios como legítimos.

Por todo ello creemos que, al menos con arreglo a Derecho español, no podrá decirse que el incumplimiento de una simple carga o modo testamentario pueda llegar a suponer la resolución de la disposición principal a la que aquel grava.

Aunque el Código civil nada dice al respecto, la Compilación de Cataluña, en cambio, en su artículo 111, párrafo 4.º, señala expresamente que “el incumplimiento del modo impuesto a la institución de heredero nunca podrá dar lugar a la resolución de aquélla, sin perjuicio de que, en dicho supuesto, pueda el testador gravarlo de sustitución fideicomisaria o establecer otras prevenciones” (87).

En cambio, el propio C. c. español contiene en materia de donaciones un precepto a tenor del cual se podría pensar y configurar como regla general la posibilidad de la revocación de la disposición principal por incumplimiento del modo. Nos referimos al artículo 647 el cual en su primer párrafo dice que “la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquel le impuso”. Si partimos del hecho innegable de que aquí el legislador español emplea, una vez más, incorrectamente el término condición queriendo referirse con él a las cargas o gravámenes que, a modo de limitaciones, puede imponer el causante a los beneficiarios de su atribución, comprenderemos por qué decimos que tal precepto podría dar pie para sustentar la tesis de la resolución por incumplimiento del modo.

Sin embargo, no creemos que haya lugar a esta conclusión, pues entendemos que una cosa es el problema del incumplimiento del modo en materia de actos inter vivos (donaciones) y otra distinta en el campo de las disposiciones mortis causa (modus testamentario).

En efecto, la revocación que opera y tiene lugar a instancia del donante en tema de donaciones inter vivos, no parece en principio viable en materia de sucesiones, salvo que se prevea concretamente tal posibilidad o que haya una remisión expresa a la materia de donaciones (88). En derecho sucesorio el causante o testador una vez desaparecido de este mundo no tiene posibilidad alguna de reaparición para volver a considerar disposiciones o atribuciones ya decididas. Dentro del marco de la autonomía de la voluntad, tuvo todas aquellas posibilidades en el momento de dar vida a la disposición, momento en el cual pudo libremente decidir, gravar, condicionar o prever la resolución de tales atribuciones. Por eso decimos que la figura de la revocación, típica y característica de los actos y negocios inter vivos, resulta un tanto extraña en los negocios *mortis causa*.

---

(87) Cfr. Compilación del Derecho civil especial de Cataluña. (Ley de 21 de julio de 1960.)

(88) Esto es exactamente lo que ocurre en Derecho francés, tal como hemos indicado en la precedente nota 46. El artículo 647 de nuestro Código anteriormente citado, concordante e inspirado en los artículos 953 y 954 del Código de Napoleón, no aparece en cambio reclamado por el legislador español en materia de mandas y legados.

A tenor de todo lo que hasta aquí hemos venido diciendo, observamos que la distinción entre legados y disposiciones testamentarias modales resulta efectivamente muy problemática en algunos casos, visto que los pretendidos criterios de diferenciación que la doctrina cita y considera tradicionalmente como definitivos y básicos fallan y se desmoronan en muchos casos en los que la carga modal encierra y supone un beneficio patrimonial para el tercero beneficiario de la misma.

El hecho de que aun en tales casos sea válido decir que frente a la posibilidad de resolución de la disposición por incumplimiento del legado, dicha resolución no será posible, en cambio, si lo incumplido fuera una carga o gravamen modal, no resuelve nuestras dificultades (89). En efecto, lo que precisamente tendríamos que encontrar sería un criterio de distinción válido para deslindar una y otra figura, dado que esta diferenciación previa es imprescindible para luego atribuir y reconocer un efecto u otro (resolución o no, por incumplimiento), según se trate de legado o de *modus* testamentario.

La solución en estos casos límites en que el legado y carga modal se confunden, ha de ser la siempre problemática investigación e interpretación de la voluntad del testador, para tratar de ver en qué modo y forma ha querido aquél realizar su atribución, teniendo siempre en cuenta la regla interpretativa contenida en el artículo 797 de nuestro Código civil.

Aquella voluntad del testador, que a la vez que ley suprema de la herencia (90) es también fuente inagotable de litigios, es, por consiguiente, la que debe presidir y encauzar la labor calificadora de todos estos supuestos dudosos (91), debiendo tener en cuenta el intérprete

---

(89) Como ya hemos dicho, la posibilidad de resolución en materia de legados es indiscutible, en tanto que aquélla no es posible tratándose de disposiciones testamentarias modales. Aquí el beneficiario del modo tendrá derecho sólo a ejercitar la acción de cumplimiento lo mismo que los albaceas, los herederos, las personas designadas en su caso por el testador, etc. Y si una vez exigido el cumplimiento, el gravado con el modo se mantiene en su actitud de no cumplir y el cumplimiento de otra persona (también interesaba en la ejecución de la voluntad del testador), en lugar y a expensas del gravado incumplidor, no es posible por la naturaleza de la obligación, estimamos que quedan ya agotadas las vías posibles de coacción para lograr el deseado cumplimiento del modo.

Única excepción a esta regla serían aquellos dos casos mencionados en páginas anteriores en que en realidad estamos ante una verdadera condición y no ante un supuesto modo y que, por lo mismo, cabe la resolución: cuando el propio testador prevé la resolución y cuando resulte claro que aquel gravamen constituyó para el causante motivo determinante de su entera disposición.

(90) Así, GONZÁLEZ PALOMINO, *Diagnóstico y tratamiento del pseudo usufructo testamentario*, en A. A. M. N., II, 1946, pág. 457.

(91) En los casos que no ofrecen duda se ha de estar al principio "in claris non fit interpretatio", principio con el cual, al decir de Jordano Barea, "se trata de impedir que, a pretexto de interpretación, sea tergiversado el sentido literal cuando es fiel expresión de la voluntad del declarante". Cfr. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, 1958, pág. 79.

que en un testamento, junto a disposiciones oscuras, ambiguas y atípicas (92) pueden darse también verdaderas lagunas (93).

Y en todo caso, y en vista de la pobreza de nuestro Código en disposiciones relativas a posibles instituciones modales hechas en testamento, creemos que en los ya aludidos casos dudosos se deberán tener en cuenta siempre, bien aplicándolos directamente o bien por analogía, las disposiciones que nuestro legislador dedica a los legados, salvando siempre el principio de la imposibilidad de pretender la resolución de la disposición principal por el no cumplimiento del gravamen modal.

Abundando en la idea de la trascendencia de la investigación de la voluntad del causante en materia de testamentos, una recentísima Sentencia del T. S., de fecha 18 de diciembre de 1965, referente a un legado modal (94), hace hincapié en la importancia de dicha labor interpretativa de las cláusulas testamentarias por los Tribunales correspondientes.

En el apartado *a*) de su primer considerando señala dicha Sentencia que “conforme establece la S. de 3 de febrero de 1961, si bien es función del juzgador de instancia fijar el verdadero alcance de las cláusulas testamentarias, también corresponde su significado al Tribunal de casación cuando se combata el sentido dado por la Sala a la intención del testador...”. Y en el apartado *b*) del mismo considerando continúa la citada Sentencia diciendo que “por su parte, la S. de 11 de junio de 1964, puntualiza que es función del Tribunal sentenciador fijar el verdadero sentido de las cláusulas testamentarias, y esa interpretación sólo puede ser combatida con éxito en casación cuando se petentiza, de modo manifiesto, el error cometido en la Sentencia, debiendo prevalecer el criterio del Tribunal “a quo”, frente al recurrente, si no parece haber sido contrariada de un modo evidente la voluntad del testador, por lo que, conforme a copiosa doctrina jurisprudencial, ha de resultar un muy manifiesto error interpretativo para que tratándose de cláusulas testamentarias pueda ser combatido con éxito en casación”.

Y, finalmente, en el considerando siguiente, relativo ya a la concreta distinción entre condición y modo, puede leerse en un determinado punto: “... en el terreno legal la distinción puede no resultar tan clara, pues en definitiva el artículo 797 de nuestro C. c. hace a la voluntad del testador árbitro del carácter condicional o modal de la institución, inclinándose por esto último si aquélla no aparece clara,

(92) Véase GIAMPICCOLO, *Il contenuto atípico del testamento*. Milano, 1954.

(93) PUIG BRUTAU, *La interpretación del testamento en la jurisprudencia*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 23 de noviembre de 1959. Separata, Reus, 1962, pág. 11.

(94) Sobre la figura del legado modal, cfr. CONTURSI LISI, *Il legato modale*, en Riv. dir. civile, 1956, pág. 957 y ss.



pero hay expresión del objeto, aplicación o carga en que la modalidad consiste" (95).

En orden a la posible trascendencia registral de las cláusulas modales estimamos, en fin, que nuestra vigente legislación hipotecaria admite, efectivamente (96), la inscribibilidad de la cláusula modal propiamente dicha y cuya constatación debería hacerse en el cuerpo del propio asiento de inscripción del derecho que se ha transmitido o constituido submodo (97).

---

(95) Aranzadi. Rep. Jurisprudencia, 1965, II, 5898. Sentencia que ya mencionamos en el capítulo anterior (II. "Las disposiciones testamentarias modales...") al ocuparnos de la distinción entre condición y modo.

(96) En este sentido, MEZQUITA DEL CACHO "La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad", *Rev. Der. Priv.*, 1960, pág. 21 y ss.

(97) En galeradas ya este trabajo, aparecen unas breves notas sobre el modo testamenario en Derecho español en los que su autor entiende que el párrafo 2.º del artículo 797 de nuestro C. c. se refiere a la condición resolutoria potestativa "que impone un comportamiento condicionante". Cfr. CANO TELLO "La institución y legado "sub modo" en el C. c.". *Rev. Crit. Der. Inmob.* Mayo-Junio, 1966, pág. 684.

