

Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario (*)

Por MANUEL ALBALADEJO
Catedrático de Derecho civil

A don Federico de Castro (y no a su «memoria», porque ¿cómo pensar de quien ahora vive más realmente que nosotros que prime sobre esa vida el recuerdo del pasado o que vive también en nuestra memoria?), que seguirá ayudándonos Allá Arriba ante el Señor, como ante los hombres lo hacía aquí, y acogiendo benévolo y sonriente nuestras teorías y discusiones jurídicas, con conciencia ahora totalmente clara, si es que le quedaba alguna duda, de que se trata de peccata minuta.

SUMARIO: I. La expresión del objeto de la institución o de la aplicación que haya de darse a lo dejado, y la imposición de carga.—II. Aplicación de la regla de que en caso de duda se estima existente carga, y no condición.—III. El afianzamiento que debe prestarse de cumplir la carga: 1. El apartado segundo del artículo 797. 28. Debe afianzar el heredero, y no sólo sus herederos. 3. Si no se afianza, se pondrá la herencia en administración.—IV. La prestación objeto de la obligación modal: contenido, posibilidad, licitud y determinación.—V. Si la carga impuesta puede consistir en obligación que haya de cumplirse en vida del testador.—VI. El cumplimiento de la carga y la responsabilidad del gravado por incumplimiento.

* En el presente estudio, las obras citadas sin reiteración, lo son en cada caso con todos sus datos. Pero, por abreviar, las citadas varias veces, sólo aparecen con el nombre del autor y la página correspondiente. La relación de estas segundas, con todos sus datos, es:

- BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, 1965.
BUEN, DE, en Notas a la trad. esp. del *Curso elemental de Derecho civil*, de Colin y Capitant, 2.ª ed. VIII, 1951.
CASTÁN, *Derecho civil, VI, 2.º, 7.º ed.*, 1973.
CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil, III*, 1959.
DÍAZ CRUZ, *Los legados*, 1951.
DÍAZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, IV, 3.º ed.*, 1983.
ESPÍN, *Manual de Derecho civil, V, 5.º ed.*, 1978.
LACRUZ, *Elementos de Derecho civil, V*, 1981.
LÓPEZ VILAS, *Sobre la distinción entre legado e instituciones modales hechas en testamento*, en A.D.C., 1966, p. 575 ss.
LUNA SERRANO, *Disciplina del modo testamentario imposible*, en A.D.C., 1968, p. 109 ss.

I. LA EXPRESION DEL OBJETO DE LA INSTITUCION O DE LA APLICACION QUE HAYA DE DARSE A LO DEJADO, Y LA IMPOSICION DE CARGA

Según la pura literalidad del artículo 797, 1., C. c., se pueden distinguir tres casos diferentes: 1.º Que se exprese el *objeto*, es decir, el *fin* que se persigue con la institución de que se trate, o el *propósito* que guió a hacerla. 2.º Que se exprese la *aplicación* que haya de darse a lo dejado (1). 3.º Que se imponga una *carga*.

Si no se impone la carga, no la hay. Pero, aun sin expresarse el objeto, la institución puede tener uno (2), lo mismo que aun sin expresar la aplicación que el testador quiere que el sucesor dé a lo que le deja, puede querer que le dé alguna determinada en particular. Ahora bien, no expresados ni el objeto ni la aplicación, los que hubiese querido el causante, son absolutamente irrelevantes para obligar al sucesor, que entonces es totalmente libre respecto a los bienes recibidos, que entran en su poder sin asumir por recibirlos obligación ninguna de hacer o no algo o de destinarlos a algún fin determinado.

Si se impone la carga que sea, o se expresa el objeto (fin) de la institución o la aplicación (destino) de los bienes, constandingo que ello se hizo con ánimo de hacer depender el llamamiento a la sucesión de la realización del hecho que sea (cumplimiento de la carga impuesta, consecución del fin perseguido, haberse aplicado los bienes al destino deseado), el caso es realmente de institución

MANRESA, *Comentarios al C. c.*, VI, 7.ª ed., 1951.

OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, 1957.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho civil*, V, 2.º, 2.ª ed., 1977.

ROCA SASTRE, Anotaciones a la trad. esp. de Kipp, *Derecho de sucesiones*, I, 2.ª ed., 1976.

ROYO, *Derecho sucesorio*, 1951.

SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., VI, 1.º, 1910.

SAUTAMARÍA, *Comentarios al C. c.*, I, 1958.

SCAEVOLA, *Código civil comentado*, XIII, 5.ª ed., 1944.

TORRALBA, *El modo en el Derecho civil*, 1966.

VALVERDE, *Tratado de Derecho civil*, V, 4.ª ed., 1939.

(1) Aunque el 797, 1.º, sólo para referirse al *objeto* de la institución, dice que «se exprese», sin duda que su espíritu cuando habla de la *aplicación* que haya de darse a lo dejado, se dirige también al caso de que «se exprese» asimismo dicha aplicación. No es únicamente por lógica por lo que hay que entenderlo así, sino porque lo mismo el artículo 714 del Proyecto de 1851 que el 884 del Anteproyecto de 1882-1888 decían: «La expresión del objeto o aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador...», con lo que se ve claro que los autores del Código quisieron cambiar, no la idea, sino la redacción, consiguiendo sólo empeorarla, pues lo que se pretende significar no se refiere, como ahora dice el Código, «a la aplicación que haya de darse...», sino «A LA EXPRESIÓN de la aplicación que haya de darse...».

(2) Siempre lo tiene, por supuesto, en el sentido de que persigue que los bienes vayan al instituido. Pero ahora no se trata de eso, que obviamente no puede faltar, sino de que persiga, además, algún otro propósito en particular, si es que lo persigue.

condicional, y la aparente imposición de la carga o expresión del objeto o aplicación no son sino maneras de hacer ver que el hecho en cuestión, ha de tener lugar para que el instituido suceda.

Y queda la hipótesis que importa aquí: la de que la carga se haya impuesto o expresado el objeto o aplicación, sin que parezca ello querido como condicionante.

Entonces, desde luego, hay institución modal, o con carga o gravamen, en el primer caso, heredando, desde luego, el instituido sin necesidad de llevar a cabo el hecho en que la carga consista, porque la institución no está pendiente de que lo realice o no, pero quedando obligado a realizarlo desde que hereda. De modo que se tratará, no de persona que será heredero si cumple la obligación impuesta, sino de heredero que al serlo asume la dicha obligación. Eso es lo que se significa con la frase: la condición suspende, pero no constriñe, y el modo constriñe pero no suspende. O «*condicio non est in obligatione*», «*modus est in obligatione*».

Mas, lo dicho sobre que la condición no obliga, y el modo sí, y que aquélla suspende, y éste no, es algo sabido y acogido unánimemente por doctrina y jurisprudencia; por lo que realmente lo que importa aclarar es si la expresión del objeto de la institución o de la aplicación que haya de darse a lo dejado, que no se vea que son condición puesta al instituido, son carga que se impone a éste.

Creo que sí, y que por eso el artículo 797, 1.º, debería haber dicho que la expresión del objeto o la del destino se entenderán como carga, a menos que conste que no son queridas como tal; y, además, que lo mismo aquéllas que ésta, se entenderán como condición sólo cuando se vea voluntad de someter a ellas el llamamiento.

Aunque no sea eso lo que literalmente dice el artículo 797, 1.º, ese es su espíritu; de manera que cuando se expresa el objeto (fin) perseguido por el testador al instituir, se estimará que se impone como carga al instituido la consecución de tal objeto (fin). Y cuando se expresa la aplicación que se quiere para lo que se deja, se estimará que se impone como carga al instituido el aplicarlo a lo expresado. Todo ello —insisto— salvo que se vea voluntad de que no.

Lo que digo, se basa en que en el total sentido del artículo 797, 1.º, lo más lógico es pensar que si no se entiende como condición la expresión del objeto o de la aplicación, es que se entiende como carga, pues, en otro caso, la carga sería carga, y la expresión del objeto o de la aplicación, o valdría como condición, o sería irrelevante, lo que (tanto valer como condición, que ser irrelevante) parece menos lógico que la solución que señalo.

Nuestra doctrina, quizá por considerarlo innecesario, no hace, por lo general, las observaciones que he expuesto sobre los tres casos distinguibles de expresar el objeto de la institución, de expresar la aplicación de lo dejado, y de imponer carga al instituido. A los tres casos (al menos implícitamente) los iguala, es decir, los

considera como de imposición de carga (3). Únicamente Scaevola (4), aunque también los iguala, los distingue, hablando de que «el Código en el artículo 797 se refiere a tres géneros de obligaciones: 1.^a, la expresión del objeto...; 2.^a, la aplicación de los bienes...; 3.^a, la carga impuesta....»

II. APLICACION DE LA REGLA DE QUE EN CASO DE DUDA SE ESTIMA QUE EXISTE CARGA, Y NO CONDICION

Según lo dicho, para que se estime que la figura ante la que se está, en el caso que sea, es condición, ha de constar así, pues, si no, se considera carga. Es decir, que si hay duda, se opta por la carga.

Tal es el sentido de la expresión del artículo 797, 1.^o, parte final, cuando dice que: «...no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su [del testador] voluntad». Y en ese sentido la toma la doctrina (5) y la jurisprudencia (5 bis).

Aparte de la clara letra de la ley, el optar, en la duda, por la carga se apoya en que es menos limitación que la condición, por lo que debe ser preferida, ya que las limitaciones no se presumen y han de interpretarse restrictivamente.

Una de las más salientes consecuencias de estimar que hay carga, y no condición, es la de que no se aplique el artículo 759, siendo transmisible a los herederos del heredero (art. 797, 2.^o) lo dejado a éste, aun cuando muera antes del cumplimiento.

En numerosas sentencias, el T. S. se ha ocupado si en el caso juzgado se estaba ante condición o ante carga impuesta en el testamento de que se trataba (5 ter).

(3) Así, CASTÁN, pág. 186, PUIG BRUTAU, pág. 488, MANRESA, págs. 248 y 249, Díez-PICAZO y GOLLÓN, pág. 494, SANTAMARÍA, págs. 782 y 783, SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 620, ROCA SASTRE, en KIPP, pág. 591, que dice: «Basta que el testador exprese el fin, objeto, destino o aplicación de cosa o cantidad, para que exista el modo, siempre que dicha expresión no envuelva una simple recomendación o deseo». También la sentencia de 18 diciembre 1965.

(4) Págs. 847 y 848.

(5) Advirtiendo algún autor, como MANRESA, pág. 251, que para que se considere condición ha de constar voluntad *indudable* de haber sido querida así por el testador. De cualquier manera, con unas u otras expresiones, como de que se vea o conste *claramente*, o *con seguridad*, etc., otros muchos autores, como SCAEVOLA, p. 849, LACRUZ, p. 317, ROYO, p. 150, OSSORIO, p. 231, SANTAMARÍA, p. 782, Díez-PICAZO y GULLÓN, p. 503, CLEMENTE DE DIEGO, p. 144, LUNA, *Disciplina*, cit., en loc. cit., pp. 115 y 116.

(5 bis) Sentencia de 18 diciembre 1965.

(5 ter) Sentencias como las de 2 enero 1928, 4 junio 1936, 18 diciembre 1953, 27 septiembre 1961, 18 diciembre 1965, 28 mayo 1969.

III. EL AFIANZAMIENTO QUE DEBE PRESTARSE DE CUMPLIR LA CARGA

1. *El apartado segundo del artículo 797*

«Lo dejado de esta manera [con carga, o con expresión del objeto o de la aplicación, y esto se sobreentiende siempre, en adelante] puede pedirse —dice el art. 797, 2.º— desde luego, y 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».

En mi opinión —y partiendo de que se contrae la obligación de cumplir la carga— el espíritu de este precepto, por lo que dice, o combinado con las reglas generales, es:

— Que el heredero sucede sin más, como sucedería si fuese puro.

— Que los herederos del heredero sucederían también sin más a éste en los bienes que sea.

— Que para poder entrar en posesión de los bienes debe afianzar lo mismo el heredero que el heredero del heredero (6).

— Que si no se afianza, ciertamente que se sucede, pero los bienes se deben poner en administración hasta que la carga se cumpla.

— Que la fianza debe de cubrir el cumplimiento de la carga, y en su defecto, la devolución de los bienes y la de sus frutos e intereses.

Hay que entender, por supuesto, que de la fianza puede dispensar el testador (6 bis). En cuanto a pedir que se constituya, creo que podrán hacerlo quienes puedan pedir el cumplimiento de la carga (6 ter).

(6) Obrando en nombre de uno u otro su representante legal, cuando sean incapaces. La sentencia de 24 abril 1907 declaró que debe de afianzar la sindicatura del concurso de la legataria (se trataba de que el testador había instituido a ésta con carga, y que luego fue declarada en concurso de acreedores), puesto que «destinándose el capital legado, como los demás bienes del concurso, al pago de acreedores, a la sindicatura que los representa no se le puede reconocer mayor derecho que el que los legatarios tienen sobre los bienes del legado, ni cabe dispensarle, al subrogarse en estos derechos, de la obligación de aseguramiento que tendrían aquéllos a tenor de lo prescrito en el antes citado artículo 797, sin el que podría quedar burlada la voluntad de la testadora».

(6 bis) Así lo reconoce la jurisprudencia (sentencia de 11 marzo 1911), la doctrina (por ejemplo, TORRALBA, p. 237) y lo dice explícitamente algún Código extranjero, como el italiano, artículo 647.

(6 ter) Algunos opinan que también puede pedir que se constituya la fianza quien heredaría si por incumplimiento de la carga se resuelve la institución modal (ver TORRALBA, pp. 236 y 237, y allí citas).

Es inseguro que eso sea así, ya que tal heredero subsidiario parece

2. Debe afianzar el heredero y no sólo sus herederos.

Aunque literalmente el precepto dice que lo dejado «es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento...», me parece que su espíritu no es referirse a que la fianza sólo sea exigible a los herederos del heredero, cuando muriendo éste, se halle pendiente todavía el cumplimiento de la carga (7), sino que es establecer que sobre ser exigible al heredero para recibir los bienes, lo es también cuando él no la haya prestado (7 bis), a los suyos para que los reciban. Porque así se expresa que la carga no es obstáculo para la transmisión de los bienes (es decir, para la sucesión en ellos) del heredero a sus herederos (7 ter), como tampoco lo es el término para la transmisión a éstos de los derechos del heredero a término (art. 799), y a diferencia del caso del heredero bajo condición suspensiva, en que su derecho a la herencia no se transmite a los suyos si muere estando pendiente el cumplimiento de la condición (art. 759).

La opinión de que, a pesar del tenor literal del artículo 797, 2.º, el afianzamiento es exigible al heredero del testador, y no sólo a los herederos del heredero, es la acogida por la mayoría de la

llamado a intervenir cuando el cumplimiento falte, mas no podrá instarlo ni asegurarlo (como se haría afianzando)? Su interés, ¿es para *si no se cumple*, con lo que no lo tendría para hacer cumplir, y careciendo de interés en ello, no está facultado para exigir el aseguramiento?

Aunque su interés sea para *si no se cumple*, no se olvide que cabe que le convenga instar el cumplimiento, al menos con el fin de ver si no se lleva a efecto, y entonces poder promover la resolución de la institución. Mas si por esa razón puede pedir el cumplimiento, ya cae simplemente bajo lo que digo en el texto, de que pueden pedir el afianzamiento quienes puedan pedir el cumplimiento.

En cuanto a que realmente el incumplimiento permita resolver la institución, es tema que no corresponde tratar aquí.

(7) Pues si ya estaba cumplida, hubiese afianzado en su momento o no el heredero del testador, los bienes se transmiten de oquél a sus propios herederos sin obligación de cumplir carga alguna, y no hay, pues, por parte de éstos necesidad de afianzar nada.

(7 bis) Pues si la prestó él, garantiza el cumplimiento de la carga por él o por sus herederos; por lo que éstos no tienen que afianzar de nuevo. Salvo, se sobreentiende, si alcanzando la fianza sólo al cumplimiento personal por el heredero del testador, quedase sin garantía, al morir éste, el cumplimiento de la carga por sus herederos.

(7 ter) Ni siquiera la carga es obstáculo para la transmisión de los bienes del heredero del testador a los herederos del heredero, aunque sea personalísima de éste. Ello por la razón de que una de tres: 1.º O al morir el heredero del testador, pendiente el cumplimiento de la carga, éste, al ser personalísima, se hace imposible inculpablemente, pero de forma absoluta, y entonces la obligación modal se extingue, y los herederos del heredero reciben los bienes libres de ella. 2.º O a pesar de ser personalísima, cuando se hace imposible inculpablemente por muerte, cabe su cumplimiento análogo, y entonces el ser personalísima no obsta a que los herederos del heredero reciban los bienes con la obligación de cumplimiento análogo. 3.º O, siendo personalísima, el morir sin cumplirla el heredero del testador, no es inculpable (por ejemplo, tuvo tiempo de sobra, y ocasión de hacer lo que se le había impuesto, pero lo dejó pasar sin cumplirlo, y finalmente murió

doctrina (8) y por la jurisprudencia (9), aunque algunos autores discrepen (10), y se basa en que la razón es la misma en un caso y en otro, y en que la actual redacción del precepto, redacción que literalmente se refiere al afianzamiento por parte de los herederos del heredero (al decir que «es transmisible [del heredero del testador] a los herederos [del heredero] que afiancen el cumplimiento»), no tiene semejante espíritu ni persigue tal propósito, sino que se debe a un desafortunado cambio introducido en el texto correspondiente de los artículos 714, 2.º, del Proyecto de 1851, y 884, 2.º, del Anteproyecto de 1882-1888, que recogían la norma del actual 797, 2.º, texto que se alteró para suprimir un gerundio, «afianzando», que se sustituye por «que afiancen» (dejando igual, por lo que ahora importa, lo demás), pero semejante cambio empañó la claridad del texto antiguo, que nítidamente significaba la necesidad de que afianzase el heredero (11), y tuvo por resultado una formulación en la que no se ve sino la necesidad de que afiancen los herederos del heredero; formulación que, sin embarbo, no creo que pueda hacerse prevalecer sobre el claro espíritu del pasaje según sus antecedentes (12) y de acuerdo con el sentido común.

mucho después, sin haberlo realizado). Mas, incluso entonces podrá exigirse a los herederos la responsabilidad que sea en que incurrió su causante, o hasta podrá pedirse la restitución de lo que éste heredó con la carga y aquellos heredaron de él, pero mientras que la restitución no se obtenga, ni siquiera la carga personalísima incumplida culpablemente, impide heredar los bienes a los herederos del heredero.

(8) SÁNCHEZ ROMÁN, p. 621, VALVERDE, p. 172, nota 1, CLEMENTE DE DIEGO, p. 144, TORRALBA, p. 233, LACRUZ, p. 317, PUIG BRUTAU, p. 497, Díez-PICAZO y GULLÓN, p. 494, VALLET DE GOYTISOLO, *Comentario a las sentencias de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965*, en RCDI, 1967, p. 229, OSSORTO, p. 232, DÍAZ CRUZ, *Los legados*, 1951, p. 475, BONET 298.

(9) Sentencias de 18 de diciembre 1965 (si bien implícitamente), de 11 de marzo 1911 (que aunque rechazó la necesidad de afianzar discutida en el pleito, porque había dispensado de ello el testador, declaró que de no haberlo, habría que haber afianzado, por su aplicación del artículo 797, en caso en que el afianzamiento se pedía, no a los herederos del heredero, sino a éste mismo) y de 24 de abril 1907 (que aunque —en mi concepto— en caso dudosamente de carga, aplica la necesidad de fianza exigida en el artículo 797, a la legataria a la que el testador había dejado los bienes con la supuesta carga).

(10) Como SCAEVOLA, p. 853, ROCA SASTRE, en Kipp, p. 597, SANTAMARÍA, p. 783. Aparte de ellos, hay algunos otros que exponen las dos opciones, sin decidir. Tal es el caso de CASTÁN, p. 187, DE BUEN, p. 373, nota 1, y ESPÍN, p. 320. De MANRESA, págs. 249 y 250, la verdad es que no he alcanzado a comprender lo que opina, aunque unos autores lo citan a favor de una opinión, y otros, de otra.

(11) «Lo dejado de esta manera —decían el Proyecto y el Anteproyecto— puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos, afianzando el cumplimiento de lo mandado por el testador...». Luego, si se elimina el inciso entre comillas de «y es transmisible a los herederos [del heredero]», no hay duda de que el texto establecía que «Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego ...afianzando [quien lo pida, es decir, el heredero del testador] el cumplimiento...».

(12) No ya del Proyecto y del Anteproyecto, sino de las Partidas, que

3. Si no se afianza, se pondrá la herencia en administración.

Como ya sabemos, a diferencia de la condición suspensiva, la carga no deja la sucesión pendiente de su cumplimiento, sino que el traspaso hereditario se produce como si la herencia fuese pura, si bien quedando obligado el sucesor a cumplir la obligación con que se le gravó. En virtud de ello, hay que decir que aunque éste no afiance, heredará de todas maneras, si bien la herencia, en vez de serle entregada, deberá de ponerse en administración hasta que afiance o cumpla la obligación modal.

Pensar otra cosa, es decir, pensar que para heredar ha de afianzar, sería como someter la sucesión a la condición de que afiance. Lo que no tiene sentido no estando sometida a la condición de que cumpla la obligación, y siendo el afianzamiento el que, mientras que no se cumple, hace las veces del cumplimiento.

Así que cuando el artículo 797, 2.º, habla de que «Lo dejado de esta manera [con la carga] puede pedirse desde luego y es transmisible a los herederos *que afiancen el cumplimiento...*», hay que entenderlo en el sentido de que la falta de afianzamiento sólo obsta a que se pueda exigir la entrega de los bienes y a que la posesión de los mismos sea transferible a los herederos del heredero, si éste muere sin haber cumplido la carga.

A la administración de la herencia en el caso presente, creo que puede serle aplicable por analogía lo dispuesto en los artículos 801 y siguientes, aunque probablemente la administración no recaerá en el propio heredero gravado con la carga (equivalente al heredero condicional del art. 803, 1.º), que si no quiso afianzar antes, y por eso se puso la herencia en administración, no va ahora a afianzar como administrador.

IV. LA PRESTACION OBJETO DE LA OBLIGACION MODAL: SU CONTENIDO, POSIBILIDAD, LICITUD Y DETERMINACION

La prestación contenido de la obligación constitutiva de la carga que se impone al instituido *sub modo*, puede ser de cualquier clase, es decir «dar, hacer o no hacer alguna cosa» (art. 1.088). Pero, como en el supuesto de toda otra obligación, ha de ser posible, lícita y determinada o determinable.

El T. S. en sus sentencias ha juzgado casos de las más diversas obligaciones impuestas como cargas. Así:

En la de 9 de julio 1910, la de atender a unos incapaces.

En la de 2 de enero 1928, la de asistir y cuidar al testador y funerarle.

decían (6, 9, 21): «E a las vegadas fazen las mandas de otra guisa, a que llaman en latín modo, que quier tanto dezir como manera. E esta es como quando dize el testador: Mando a fulana muger mil maravedis, porque case con tal ome. E la manda que es fecha en esta manera, o en otra semejante della, vale; e deve ser luego entregado della aquel a quien es fecha, dando recabdo, que se trabajara de cumplir lo que el testador le mando...».

En la de 13 noviembre 1929, la de asistir al testador y ciertos de sus parientes hasta su fallecimiento, funerarlos y pagar sus deudas.

En la de 4 de junio 1936, la de invertir lo dejado en la alimentación de las personas que se indicaba (Hermanitas de los ancianos desamparados y los propios acogidos en la Institución).

En la de 30 de octubre de 1944, la de aplicar parte de los productos de lo dejado, en cierta obra devota en beneficio del alma de la testadora.

En la de 9 de febrero 1948, la de encargarse de la enseñanza de que se trataba, determinadas monjas.

En la de 6 mayo 1953, la de renunciar a la adquisición de ciertos bienes de determinada procedencia (13).

En la de 18 diciembre 1953, la de estar en su compañía, cuidándoles y atendiéndoles, hasta la muerte del testador y de su esposa.

En la de 17 marzo 1961, la de entregar a cierta Institución el remanente que quedase, después de cubrir las atenciones de que se trataba, de los rendimientos de una parte de la herencia.

En la de 27 septiembre 1961, la de pagar ciertas cantidades a cada uno de los restantes herederos.

En la de 4 de junio 1965, la de mandar aplicar una misa todos los días del año, con el correspondiente estipendio, por la intención del testador.

En las de 28 mayo 1969 y 23 junio 1970, la de vivir juntas las dos herederas, poseyendo y usufructuando todo su haber en comunidad, no pudiendo vender durante la vida de los dos los bienes de la herencia.

En la de 9 junio 1971, la de mantener a sus padres mientras viviesen, sanos o enfermos, siempre que trabajasen y le ayudasen, al heredero, en el negocio de panadería y comercio que tenía la testadora, mientras pudiesen.

La posibilidad y la licitud de la obligación modal creo que deben de ser juzgadas, en principio, a tenor del momento en el que se otorga el testamento (14), que es el en que normalmente se habrá medido la entidad y realizabilidad de la carga impuesta.

Pero pienso que cabe también que la posibilidad y licitud deban de ser juzgadas, no según el momento del otorgamiento del testamento, sino el de la muerte del testador o el en que haya de cumplirse la carga. Y que deba de tenerse en cuenta uno u otro de estos momentos, me parece que será procedente siempre que aparezca o sea razonable pensar que la voluntad del causante se encaminaba a imponer una carga calculada para juzgarla en ellos.

(13) Aunque esta sentencia, para referirse a la obligación impuesta, habla también de *condición*, sin embargo, es por inexactitud terminológica, y de lo que dispone se sigue indudablemente que el caso se conceptúa como de obligación modal.

(14) En el mismo sentido LUNA, p. 130, nota 69, y antes de ahora, yo mismo, *Derecho Civil*, I, vol. 2.º, 8.ª edición, 1983, § 96, núm. 11.

Pudiendo deducirse tal voluntad de lo que requiera un enfoque práctico de la realidad del caso ante el que se esté o de que el propósito perseguido se satisfaga mejor así. Como ocurriría si por haber sido imposible o ilícita la carga cuando se testó, pero habiéndola considerado admisible el testador, hubiese de desecharse a su muerte la validez de una carga perfectamente realizable de hecho y legalmente posible ahora (15).

Si en dicho momento del otorgamiento del testamento, la prestación es imposible o ilícita, en su día cuando el causante muera, la sucesión se adquirirá libre de la carga, pues la institución vale, pero la carga no (16), (17), a menos que, según lo dicho en el párrafo anterior, proceda juzgar la validez o licitud según el momento de la muerte o del cumplimiento.

Se exceptúa el caso de que creyendo el testador que la carga es posible y lícita, resulte del testamento que sin ella no habría hecho la institución. Entonces la imposibilidad o ilicitud de aquélla invalidan ésta (argumento art. 767) (18).

Cuando siendo la carga originariamente posible y lícita, se convierta después en imposible o ilícita, habrá que cumplirla en forma análoga o se liberará de ella el sucesor. Y por dar ahora una breve idea general del tema, que no es de este lugar, diré que si la imposibilidad sobreviene sin culpa del gravado (y lo mismo sea por caso fortuito que porque persona interesada en el incumplimiento frustra la posibilidad de la prestación) habrá de cumplir en forma análoga, si es posible, y si no, se libera, y si es por su culpa, equivale a incumplimiento, pudiendo exigírsele entonces o cumplimiento análogo, si cabe, o responsabilidad por incumplimiento o pedirse la resolución de la sucesión.

(15) Esta solución de juzgar, en ese caso, y por las razones dichas, la posibilidad y licitud de la carga, no según el momento de la muerte del testador, creo que es la más racional. Discrepo, por tanto, de la construcción que para el extremo en estudio hace LUNA, págs. 129 y 130, considerándolo como de «*posibilidad sobrevenida* [al morir el causante] *del modo imposible* [al otorgar el testamento]». Tal construcción es incongruente, creo, con los principios de que parte.

(16) Sobre el tema, véase LUNA, p. 124 ss. La carga se considera, por unos, por no puesta, por analogía del artículo 792. De «por no puesta» habla, en general, la sentencia de 30 octubre 1944, considerando 10.º. La misma solución puede alcanzarse apoyándose, no en ese artículo, sino en el hecho de que siendo el modo una disposición accesorio, su invalidez no perjudica a la principal (la institución). Por su parte, LUNA, p. 15, piensa que «la nulidad de la disposición modal gravando al heredero o al legatario de una obligación de cumplimiento imposible *ab origine* no influye sobre la eficacia de la voluntad negocial principal, y ello no porque el modo se tenga por no puesto, sino porque se trata de una disposición que no puede llevarse a cabo, y que por eso es ineficaz».

(17) Y no valiendo, no hay que cumplirla ni siquiera de forma análoga. En el mismo sentido, LUNA, págs. 128 y 129.

(18) Véase LUNA, p. 127.

V. SI LA CARGA IMPUESTA PUEDE CONSISTIR EN OBLIGACION QUE HAYA DE CUMPLIRSE EN VIDA DEL TESTADOR

Parece lo más corriente que la obligación que se impone al gravado con la carga, sea para cumplir después de la muerte del testador. Y, en efecto, en la mayor parte de los casos juzgados por las sentencias recogidas en el apartado anterior, se trata de gravámenes consistentes en conductas que el instituido ha de realizar una vez fallecido el causante. Pero en algunos de dichos casos, el deber que se impone al heredero *sub modo*, es, por lo menos en parte, el de llevar a efecto algo antes de que el testador muera (así, en el de las sentencias de 2 de enero 1928 y de 18 diciembre 1953, se le impone la obligación de asistir, cuidar y atender al causante hasta que fallezca). Ante ello, no hay sino aceptar que, según esa jurisprudencia, para el T. S. el gravamen puede ser para cumplir en vida del instituyente.

Pero, aun así, hay que preguntarse si es que el T. S. procede incorrectamente al estimar, en las sentencias vistas, admisible que la institución modal pueda abarcar incluso a obligaciones que hayan de ejecutarse viviendo el testador, o si es que en los casos de que se trata conceptuó el T. S. como instituciones modales, figuras que no son tales.

De cualquier modo, en sentencia de 18 diciembre 1965 ha dicho el T. S. que «el modo implica, siempre, una actividad del sucesor a realizar después de la muerte del causante».

Yo, por mi parte, considero que nada obsta a que el modo consista en obligación a cumplir en vida del causante. Y lo considero así porque siendo la esencia del modo una obligación impuesta al instituido, no se ve que sea impedimento para el mismo, el hecho de que tal obligación verse sobre conducta a observar viviendo el testador.

En abono de este punto de vista cabe alegar que la condición puede consistir en hecho que debe o pueda realizarse en vida de aquél, y que puesto que a la condición y al modo, en cuanto ahora importa (19), lo que les diferencia es que una hace depender de ella la sucesión, y otro no, aunque obliga a cumplir, pero se puede establecer —eso depende de la voluntad— el mismo hecho bien como condición, bien como modo, resulta que no siendo distintos por lo que toca a la realización antes o después de morir el causante, es posible invocar, para justificar que el modo consista en obligación a cumplir antes de tal muerte, el hecho de que la condición puede consistir en suceso acaecible antes de ella. Piénsese que en los casos juzgados por la jurisprudencia en las sentencias vistas, en que se imponía al instituido el deber de atender al

(19) Omisión hecha de que aquélla no obliga, y éste sí; extremo que no importa ahora.

testador hasta su fallecimiento, se hubiese dispuesto que el atenderlo era *condición* bajo la que se le dejaba la herencia. Con lo que, por lo menos, serían posibles como cargas modales para cumplir antes de la muerte del testador, aquellas equivalentes a hechos que pudiesen ponerse como condición realizable antes (20).

Ahora bien, una cosa es innegable, que lo mismo que si la condición se cumple (o incumple) antes de la muerte del causante, se sucede (o no se sucede) puramente, también cumplido antes el modo, se sucederá puramente.

Luego, lo que en realidad es posible es la institución con carga para cumplir antes, pero verdaderamente la sucesión se dará pura. De manera que con modo para antes de dicha muerte, puede haber *institución modal*, pero no *sucesión modal* (en la que el heredero recibe los bienes y asume la carga, *aún pendiente*, de cumplir la obligación que sea).

En conclusión, y especificando: en el caso de modo anterior a la muerte, si ya se cumplió la carga, se heredará puramente; y si se incumplió ya, se heredará también, pero sometida la herencia a resolución a petición de quien corresponda, puesto que no perdiendo la sucesión del cumplimiento del modo, el incumplimiento de éste no impide que se realice aquélla, si bien la convierte en resoluble.

De todo lo dicho se deduce que si por modo se entiende la carga que asume el sucesor, no lo puede haber de obligación a cumplir antes de la muerte del testador. Pero si, dándole una más amplia acepción, se piensa que asimismo modo es la carga impuesta a quien se instituye, sí puede consistir en obligación a cumplir antes de la sucesión.

VI. EL CUMPLIMIENTO DE LA CARGA Y LA RESPONSABILIDAD DEL GRAVADO POR INCUMPLIMIENTO

El gravado con la carga debe cumplir la obligación modal, como cualquier otra que le incumba, puesto que se trata de una obligación como cualquier otra. Y las reglas a aplicar, falta de disposiciones específicas sobre el caso, son, en principio, las propias del pago de las obligaciones (20 bis).

La obligación modal la asumió el gravado con ella al convertirse en sucesor del disponente. Lo que si es heredero, ocurre al

(20) Creo que no se puede decir que como la carga modal, a la condición que equivale (salvo que una deja pendiente, y el otro obliga) es a la potestativa, sería aplicable por analogía el artículo 795, 1.º, a cuyo tenor el modo debería consistir en obligación a cumplir después de la muerte del testador.

Creo que no se puede decir eso porque a la excepción que establece el 795, 2.º, de «que la condición ya cumplida no pueda reiterarse», habría que añadir, por lógica, para el caso del modo, la de que el hecho en que consista el cumplimiento, sea posible sólo antes de la muerte del testador (como si la obligación era de cuidarlo hasta su muerte).

(20 bis) Igualmente TORRALBA, p. 231.

aceptar, y si es legatario, al adquirir automáticamente el legado cuando muere el testador (20 ter).

El tiempo del cumplimiento es el que hubiese fijado el testador, o que se desprenda la naturaleza de la obligación que sea. No establecido un momento, por uno u otro procedimiento, como, en principio, la obligación modal no está sometida a condición ni plazo, deberá de cumplirse tan pronto como naciendo la asuma el gravado (arts. 1.113, 1.º, y 1.125, 1.º), lo que tendrá lugar al adquirir la herencia o legado modal (21). Si no se hubiese señalado plazo de cumplimiento, pero de la naturaleza y circunstancias del caso se dedujere que se ha querido conceder, lo fijarán los tribunales, y lo mismo cuando se haya dejado a voluntad del gravado (art. 1.128).

Si éste no cumple voluntariamente, se puede exigir el cumplimiento forzoso en forma específica (22).

Cabe preguntarse si cuando el gravado observa la conducta que constituye la prestación a que se la obliga por la carga, aunque la lleve a cabo independientemente del gravamen que se le impuso, y aun desconociendo éste, tal cosa vale como cumplimiento de la carga. Por ejemplo, el causante estableció que el heredero debería repartir ciertas sumas entre los pobres, y éste las reparte ignorando que se le manda hacerlo. Es claro que si lo que se impuso como obligación no es repetible, no hay problema, pues el segundo *cumplimiento* se ha hecho imposible. Pero, ¿y si se puede volver a hacer? En el caso puesto, el heredero repartió por propia iniciativa las sumas en cuestión, ¿y ha de dar ahora otras nuevas para cumplir el modo?, ¿o, siendo de diferente cuantía, no se le computan las que ya entregó?

Parecería que por equidad, aunque falte el *animus solvendi* (y se entienda que ello quitaría a la ejecución carácter de cumplimiento), apoyándose en el principio de *favor debitoris* (o en la idea que lo inspira) y en que al fin y al cabo se ha cubierto el objetivo que perseguía el causante, debería estimarse que lo hecho por el gravado vale como cumplimiento de la carga.

(20 ter) Ver ALBALADEJO en el tomo XII, vol. 1.º, 1981, de los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, págs. 5 y 6.

La sentencia de 17 marzo 1961 literalmente dijo que se asume la carga al aceptar el legado modal, pero sin duda que su espíritu no discrepa de lo dicho en el texto y en el citado tomo XII, 1.º. Lo que hay es que una vez aceptado el legado modal adquirido —lo legado y la obligación modal— automáticamente, pero de forma provisional, al morir el causante, ya desde la aceptación no cabe rechazar después la obligación, luego, desde entonces, ésta se convierte en definitiva.

(21) Sentencia de 17 marzo 1961.

(22) Igual que en el caso de cualquier otra obligación. Esa es la opinión común en la doctrina, opinión que comparto yo mismo, aunque antes había mantenido lo contrario (con mi actual punto de vista y cita de autores, véase mi *Derecho civil I*, 2.º, 9.ª ed., 1983, § 98, núm. 9 y nota 6). A favor de la misma está también la jurisprudencia, sentencias de 13 noviembre 1929, 17 marzo 1961 y 9 junio 1971, aunque de forma implícita, pues no se plantea y resuelve específicamente el problema.

Sin embargo, no puede ocultarse que contra tales razones cabe aducir que falta el acatamiento al mandato del testador, y sobre todo que desde el punto de vista del Derecho positivo, hay un argumento que parece decisivo para negar que lo hecho por el gravado valga como cumplimiento. Se trata del siguiente: El artículo 795, 1.º, pide que la condición potestativa impuesta al heredero o legatario se cumpla por éstos «una vez enterados de ella». Ahora bien, eso significa que se persigue que la conducta en que consiste el hecho condicionante, se realice sabiendo que es *perdida* (22). Luego, con más razón —dentro de esa lógica, equivocada o no, de la ley—, hay que pensar que el espíritu del Código es que el instituido cumpla el modo sabiendo que está gravado con él. Pues si se exige que conozca la condición para que valga su cumplimiento, *al que no está obligado* (*condicio non est in obligatione*), más ha de exigirse que para que valga el cumplimiento del modo, *al que sí está obligado*, conozca que la carga le ha sido impuesta.

La prueba de que el gravado realizó la prestación modal sin tener conocimiento previo (que evidentemente el testador pudo haber confiado al instituido, por ejemplo, desde que otorgó el testamento; lo que no será infrecuente), correspondería a quien pidiese su *segundo cumplimiento*, ya que la prueba de las obligaciones incumbe al que reclama su cumplimiento (art. 1.214), y para demostrar que aún existe obligación modal, hay que probar que no fue extintivo el *cumplimiento* primero, y para ello hay que justificar que el gravado desconocía la existencia de la carga cuando realizó la conducta impuesta.

Por vía de esa prueba, y ante la dificultad de demostrar que ni aun por otro camino distinto del testamento conocía la carga el gravado, pienso que se anulará, de hecho, el riesgo de tener que cumplir por segunda vez. Cuando, además, en la práctica, el haber cumplido la primera, no puede sino hacer presumir, generalmente, que lo que se hizo se hizo por saberse obligado a ello.

Por lo que toca a pedir el cumplimiento del modo (23), puede hacerlo todo interesado (24), desde luego, creo que aquel al que favorezca la obligación modal (24 bis), pero asimismo quienes es-

(22) No digo que se realice *para* cumplir la condición, porque no es así, y, aun observada, se pudo haber realizado por otros motivos.

(23) Sobre el tema, véanse en particular TORRALBA, p. 208, PUIG BRUTAU, p. 499 ss., y LÓPEZ VILAS, p. 607 ss.

(24) Y las autoridades competentes si el modo es de interés público (antes R. D. de 27 septiembre de 1912, hoy Reglamento de las fundaciones culturales privadas, de 21 julio 1972, arts. 72 y 103 ss.).

(24 bis) La expresión de la sentencia de 4 junio 1965 de que el modo impone la obligación con que se grava, «pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado», no va dirigida a negar que el beneficiario del modo pueda pedir el cumplimiento, sino que pretende tan sólo señalar (para distinguirlo del legado) que no compete el poder de exigirlo como titular de un derecho subjetivo.

tén obligados o facultados para dar cumplimiento a la voluntad del testador, como los albaceas y herederos (arts. 902, 3.º, y 911), y los que recibirían los bienes en caso de resolución por incumplimiento, pues aunque éstos se hallen interesados, no en el cumplimiento, sino en el incumplimiento, es evidente que pidiendo que se cumpla, y no haciéndolo el gravado, es como pueden constatar el incumplimiento (25).

Si se incumple culpablemente (26), como ya he dicho, se puede pretender la resolución de la sucesión, pero, aparte de este remedio, como el gravado con la obligación modal *debe* la prestación y *responde*, como todo deudor, *por incumplimiento*, puede exigirsele responsabilidad, en vez de seguir el camino de pedir la resolución.

Ahora bien, eso supuesto, ¿la responsabilidad puede hacerse efectiva sólo sobre los bienes que le fueron dejados con la carga, o también sobre cualesquiera otros suyos?

Intuitivamente se tiende a pensar que si el modo es una limitación que grava la liberalidad modal, no debería haber más bienes afectados por el mismo (luego, también por su incumplimiento) que aquellos recibidos en virtud de la institución modal. Tal solución pienso, además, que sería la más equitativa.

Ahora bien, otro tema es el de si es la que acoge nuestro Código. O si más bien éste, que adopta el criterio de que el heredero responde incluso con sus propios bienes de las deudas del causante, de los legados, y, en general «de todas las cargas de herencia» (art. 1.003) (27), responde en los mismos términos por incumplimiento de la obligación modal.

A mí me parece que —justa o injustamente— un Código que establece la responsabilidad *ultra vires* por legados, congruentemente ha de encerrar espíritu también de responsabilidad *ultra vires* por modo; y al fin y al cabo se es libre de no asumir ni unos ni otro, no aceptando la herencia, o de limitar la responsabilidad aceptándola a beneficio de inventario. Por otro lado, respondiéndose sin límite, no sólo los legados, sino «de todas las cargas de la herencia», pienso que lo mismo por el modo, bien porque se entienda que la expresión lo engloba (que creo que es lo que es), bien porque, si no, ¿qué otro artículo más adecuado que ese para aplicar a un caso de carga de la herencia no contemplada en particular por la ley?

A favor de que responda sólo con los bienes recibidos, parece que podría alegarse que, permitiendo el artículo 797, 2.º, privarle —mediante la resolución— únicamente de éstos, lo más lógico sea pensar que únicamente responde con ellos. Si bien tal argumento tiene la respuesta de que resolubilidad y responsabilidad sean independientes; aquélla alcanza sólo lo recibido porque por defi-

(25) Véase lo que se dice *supra*, nota 6 ter.

(26) Para el caso de que sea sin culpa, procederá o el cumplimiento análogo o la liberación de la obligación.

(27) Mi opinión sobre la responsabilidad del heredero, en mi *Derecho civil*, cit., § 20.

nición, no puede alcanzar a más, ésta una vez asumida voluntariamente la obligación por el gravado, debe medirse, no por el mismo rasero que la revocabilidad (porque el límite de ésta viene impuesto por razones suyas), sino por la regla general que establece la responsabilidad ilimitada del heredero por cargas de la herencia.

La doctrina no está de acuerdo sobre el tema discutido. Hay quien opina que, por la propia naturaleza de la carga modal sus consecuencias, y así la responsabilidad por incumplimiento, digo yo, no pueden alcanzar sino a los bienes que recibió el gravado (28). Y hay quien opina que es ilimitada la responsabilidad del heredero *sub modo* (29).

Lo que llevo dicho es aplicable a la responsabilidad por incumplimiento de quien fue instituido heredero *sub modo*. Si el modo grava a un legatario, éste no responde «sino hasta donde alcance el valor del legado» (art. 858, 2.º).

Por supuesto, todo lo anterior, con independencia de que la legítima no puede ser lesionada ni por el modo ni por la responsabilidad por su incumplimiento.

(28) TORRALBA, p. 227 ss. CAMARAZZA, en *Commentario teorico-pratico al C. c.* de DE MARTINO, *Delle successioni testamentarie*, 1973, p. 317. Otros autores que limitan a lo recibido la responsabilidad por el modo, lo hacen porque piensan, en general, que el heredero tiene como regla su responsabilidad limitada a aquello. Este punto de vista no sirve a mis efectos, pues si yo partiese de la responsabilidad limitada, también estimaría limitada la del heredero *sub modo*.

(29) GANGI, *I legati*, cit., p. 234, GIANNATTASIO, *Delle successioni, Successioni testamentarie*, en *Commentario al C. c.*, de U.T.E.T., 1961, libro II, tomo 2, p. 264, DAGANZO, *Delle successioni*, II, 1941, p. 733.