

# Disciplina del modo testamentario imposible (\*)

AGUSTIN LUNA SERRANO

SUMARIO: I. EL MODO COMO ELEMENTO DEL NEGOCIO TESTAMENTARIO.—1. Concepto, función y contenido del modo.—2. Diferenciación del modo de otras figuras afines.—3. Objeto de este trabajo.—II. LA OBLIGACIÓN TESTAMENTARIA MODAL.—4. Régimen jurídico general.—5. Cumplimiento de la obligación modal: ejecución forzosa.—6. Revocación de la liberalidad por incumplimiento del modo.—III. LA IMPOSIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO DEL MODO TESTAMENTARIO: A) *Imposibilidad originaria del modo*.—7. Intranscendencia del modo absolutamente imposible.—8. La aposición del modo imposible como único motivo determinante del testador.—9. Cuestiones acerca de la imposibilidad relativa del modo.—10. Posibilidad sobrevenida del modo imposible.—B) *Imposibilidad sobrevenida del modo*.—11. Régimen de la imposibilidad imputable a los interesados en el modo.—12. Tratamiento de la imposibilidad absoluta en los demás supuestos.—13. Régimen de la imposibilidad relativa del cumplimiento del modo.—14. Cumplimiento análogo del modo relativamente imposible.—15. Personas legitimadas para solicitar el cumplimiento análogo del modo.—16. Incumplimiento del modo relativamente imposible.

## I. EL MODO COMO ELEMENTO DEL NEGOCIO TESTAMENTARIO

### 1. *Concepto, función y contenido del modo.*

Mediante los llamados elementos accidentales o modalidades del negocio jurídico la voluntad privada conforma el negocio típico según su concreto interés. Por eso, no puede decirse que la voluntad se limite ni limite sus efectos cuando es modal. En realidad, en el negocio modalizado—condicional, sujeto a término o imponiendo una carga a una liberalidad—lo que hay es sólo una limitación o, mejor, una configuración del contenido y de los efectos típicos propios del negocio, puesto que a través de las modalidades que se insertan en el negocio los motivos particulares que el sujeto agente tiene para realizar la causa negocial y que probablemente no encontrarían satisfacción con la conclusión pura y simple del negocio típico adquieren relevancia

---

(\*) Este trabajo está destinado a los *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*.

jurídica penetrando en la estructura negocial (1). En este sentido, la condición, el término y la carga o *modus* son modalidades o elementos accidentales del negocio jurídico típico, pero son elementos esenciales, en cuanto constitutivos del mismo (2), del negocio concreto condicional, a término o *sub modo*.

Entre las modalidades o elementos accidentales que se pueden añadir a un negocio jurídico es quizá la carga o modo el que más propiamente realiza esa función configuradora. En efecto, el *modus*, al igual que la condición y que el término, se refiere a la eficacia del negocio; pero a diferencia de ellos —que hacen inciertos o limitan en el tiempo los efectos del negocio, pero que, en definitiva, los dejan tal cual han de ser según el contenido típico que al negocio corresponde—, introduce sobre los efectos típicos del negocio otros efectos, más secundarios o accesorios, queridos por la voluntad del agente en cuanto que a través de ellos consigue la satisfacción de un interés subjetivo que la ley debe proteger si es legítimo (3).

De esta particular función que el modo está llamado a llenar se desprende, por de pronto, que, a diferencia de lo que ocurre en los otros casos de determinaciones accesorias de la voluntad, aquí no nos encontramos ya con una voluntad preceptiva única, que sólo quiere los efectos típicos —aunque de una determinada manera: bajo condición, a término—, sino con dos aspectos perfectamente diferenciados de la voluntad negocial, que quiere, desde luego, los efectos típicos del negocio (voluntad principal), pero que tiene también interés en que del acto positivo de que nace el negocio —vo-

(1) Vid. SANTORO-PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del Derecho civil* (traducción y concordancias de A. Luna Serrano) (Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964), p. 228 s. Sobre el modo, en general, vid. SCUTO, C., *Il modus nel diritto civile italiano* (Palermo, Orazio Fiorenza, 1909); CASTÁN, J., *El modo en los actos jurídicos*: I. *Función del modo en la técnica del Derecho civil*; II. *Formación del modo en la historia del Derecho civil*; III. *Concepto del modo*, en *Revista de Derecho Privado*, 1918, p. 91 ss., 1919, p. 102 ss. y 1921, p. 211 ss.; ZAPULI, C., s. v. *Modus*, en *Nuovo Digesto Italiano VIII* (Torino, Utet, 1939); VINDIGNI, G., s. v. *Modo*, en *Novissimo Digesto Italiano X* (Torino, Utet, 1964), p. 821 ss.; y especialmente TORRALBA, O. V., *El modo en el Derecho civil* (Alicante, Caja de Ahorros del Sureste de España, 1966).

(2) Vid. SANTORO-PASSARELLI, F., *Doctrinas cit.*, p. 228.

(3) Arg. art. 1.255 Cc. Precisamente la figura del modo se justifica por tener la función señalada de hacer posible al disponente el logro de determinadas finalidades que de otra manera no podría conseguir. "Es ésta —ha escrito brillantemente BIONDI, B., *Le donazioni* (Torino, Utet, 1961), p. 648— la constante función histórica del modo: la de ampliar y completar el ordenamiento jurídico mientras aquellas finalidades no sean reconocidas por la ley como suficientes para formar, para alcanzarlas, nuevos negocios típicos. Aunque el ordenamiento moderno conozca las amplias categorías de la disposición testamentaria y del contrato y no solamente limitadas figuras típicas, es posible, a pesar de todo, que la voluntad negocial, si se mueve en la órbita de lo lícito, no se encuadre en alguna categoría general. La función del modo no disminuye en función del desarrollo del ordenamiento jurídico. Mientras no sea reconocido el principio de que la voluntad privada, si se mueve en la esfera de lo lícito, tiene efectos jurídicos, la disposición modal tendrá su razón de ser."

luntad expresada en una forma— se deriven, además, unos efectos que no están previstos en el tipo negocial puro (voluntad accesoria) (4).

Desde otro punto de vista, hay que concluir, teniendo en cuenta su función configuradora típica, que el *modus*, por tener siempre un contenido económico gravoso (carga consistente técnicamente en una obligación) (5), aunque pueda estar determinado por un interés esquisitamente moral, sólo puede imponerse en los negocios esencialmente gratuitos (6), como la donación y la disposición testamentaria, mientras que los otros elementos accidentales pueden imponerse

(4) Tal es la doctrina más generalizada sobre el modo: cfr. CASTÁN, J., *El modo cit.* (III. *Concepto del modo*), p. 216; SCUTO, C., *Il modus cit.*, p. 132 ss.; COVIELLO, L., *Manuale di diritto civile* (4.<sup>a</sup> ed.) (Milano, Società Editrice Librai, 1929), p. 446 ss.; OERTMANN, P., *Introducción al Derecho civil* (traducción de L. Sancho Seral) (Barcelona, Labor, 1933), p. 302; PUGLIATTI, S., *Atto giuridico e determinazione accessoria di volontà*, en *Rivista di diritto civile*, 1937, p. 43 ss.; BARASSI, *Istituzioni di diritto civile* (3.<sup>a</sup> ed.) (Milano, Giuffrè, 1946), p. 119; BARBERO, D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano I* (3.<sup>a</sup> ed.) (Torino, Utet, 1950), p. 428; ALBALADEJO, M., *Instituciones de Derecho civil I* (Barcelona, Librería Bosch, 1960), p. 414, etc. Recientemente esta opinión ha sido brillantemente atacada por GIORGIANNI, M., *Il "modus" testamentario*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, esp. p. 21 ss.; en resumen, la tesis de este autor, basada en el contenido del *modus* como conducta y en su naturaleza de verdadera obligación, es la de que esta institución tiene, en la actual dinámica de la sucesión *mortis causa*, una individualidad propia. A su entender, la tesis de la accesoria sólo puede justificarse en un régimen de rigurosa tipicidad del negocio testamentario como de disposición de bienes, y en la actualidad no hay duda de que el testador puede regular su sucesión además de disponiendo de sus bienes imponiendo obligaciones al heredero: vid. también BINDER, J., *Derecho de sucesiones* (traducción de J. L. Lacruz) (Barcelona, Labor, 1953), p. 339 y 341. En realidad, como el propio GIORGIANNI reconoce, la cuestión depende de la organización que cada Derecho positivo dé a la sucesión por causa de muerte: en concreto, para el Derecho civil español, cuyo sistema sucesorio está referido a la propiedad y regula exclusivamente la suerte del patrimonio cuando muere su titular, como bien indica la rúbrica del Libro III del C. c., es lógico que se excluya el *modus* del mecanismo de la sucesión, como figura autónoma, y se le considere un elemento accidental de la disposición testamentaria: cfr. LACRUZ, J. L., *Notas al libro de BINDER*, cit. p. 339. Recientemente parece también contrastar la tesis tradicional de la accesoria del modo, tanto si se impone en los negocios *inter vivos* como en los *mortis causa*, TORRALBA, O. V., *El modo cit.*, p. 76, quien considera aplicable al Derecho moderno el concepto de *modus* en Derecho romano determinado en otra parte de su obra (p. 20), según el cual el *modus* aparece unas veces como fin secundario y otras como fin principal de la disposición.

(5) Siguiendo la tesis tradicional de que *modus est in obligatione*, como obligación califica al modo el art. 797, párr. 2.<sup>o</sup> *in fine*, C. c. Sobre la naturaleza jurídica del modo como obligación en sentido técnico (a la que no obsta que tradicionalmente se hable también de carga modal), que nace cuando se adquiere la liberalidad: cfr. ALBALADEJO, M., *Condición, término y modo*, en *Revista de Derecho Notarial*, XVII-XVIII (julio-diciembre 1957), p. 84 s.; COVIELLO, L., *Manuale cit.*, p. 446 ss.; BARBERO, D., *Sistema cit.*, p. 428; SAN-ORO-PASSARELLI, F., *Doctrinas cit.* p. 245; BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico* (2.<sup>a</sup> ed.) (Torino, Utet, 1960), p. 539.

(6) La doctrina sostiene pacíficamente que el modo sólo es aponible a los negocios jurídicos gratuitos: cfr. autoridades cit. n. 4, y últimamente TORRALBA,

lo mismo en las liberalidades que en los negocios con causa onerosa. En la donación o en la institución de heredero o de legatario *sub modo* “en la causa característica del negocio a título gratuito —que es el enriquecimiento ajeno sin compensación— viene a injertarse en fin ulterior (7) de carácter no gratuito, sino oneroso, que tiende a configurarlo” (8), constituyendo así la carga o *modus*, como una de sus acepciones en los textos romanos indica (9), como una medida de la liberalidad (10).

O. V., *El modo* cit., p. 35 s., mantiene esta misma tesis de que el modo requiere la existencia de una liberalidad que le sirva de fundamento. No obstante, aparte de que ya con relación al Derecho romano se orientó DERNBURG, *Pandette* I (Torino, 1906), p. 346, n. 3, por una limitada aponibilidad del *modus* a los negocios onerosos, recientemente la S. de 3 de junio de 1964, interpretando una cláusula de un contrato de compraventa en la que el adquirente se comprometía a seguir dedicando la cosa transmitida al mismo fin a que la venía consagrando el vendedor, considera que tal pacto “supone el establecimiento de una estipulación lícita, aunque poco frecuente, de mera adscripción *modal* en cuanto al uso y aprovechamiento” y parece admitir el modo ajunto a un negocio oneroso, si bien se puede considerar que la obligación contemplada en el caso de referencia forma parte de la contraprestación negocial. Es probable, en todo caso, que se pueda hablar de la existencia de un verdadero modo negocial en el crédito agrario, cuyo destino es elevado, por declaración de las partes, a verdadera obligación dimanante del negocio. “En este caso —escribe FERNÁNDEZ-BOADO, P., *El negocio jurídico de crédito agrario*, en *Temis* 15 (1964), p. 32 s. y 38— estamos ante un negocio jurídico *cum modo* o modalizado, que no por eso dejaría de ser un crédito ordinario. En efecto, solamente cuando el fin (destino) se objetiviza injertándose en la causa ... estamos ante el negocio jurídico de crédito agrario”, que es el “crédito especial concedido directamente o indirectamente por el Estado a los agricultores para fines específicamente tipificados de carácter agrario”.

(7) Mejor podría hablarse, quizá, de causa onerosa que de fin. Es cierto que el negocio *sub modo* tiene siempre una causa liberal y que el *modus* no es nunca correlativo a la liberalidad, pero no deja de ser un elemento oneroso que se injerta, aunque no la contamine absolutamente, en la causa de la atribución gratuita: vid., sin embargo, SANTORO-PASARELLI, F., *Doctrinas* cit. página 245. En realidad, la causa del negocio *sub modo* será onerosa en cuanto ci gravamen represente un deber de realizar prestaciones valiables en dinero que disminuyen la liberalidad: cfr. LÁCRUZ, J. L., *Notas* al libro de BINDER cit., página 339. En contra de la necesaria onerosidad del modo: vid. BINDER, J., *De-recho de sucesiones* cit. p. 341.

(8) BETTI, E., *Teoria generale* cit. p. 551.

(9) Además de esta acepción de medida o límite cuantitativo tiene otra de modo o manera de emplear la cosa que se recibe: cfr., por ejemplo, a propósito del legado, *Digesta* 35, 1, 17, 4, y 35, 1, 40, 5. Para una exposición esquemática de las varias significaciones jurídicas del *modus* en el Derecho romano vid. BIONDI, B., s. v. *Modo* (diritto romano), en “*Novissimo Digesto Italiano*” X (Torino, Utet, 1954), p. 820-821. Es conveniente tener en cuenta, en todo caso, que en las fuentes romanas la designación del modo como *modus* sólo se encuentra en la época justiniana: cfr. *Codex* 6, 45; 6, 54; *Digesta* 35, 1. Los juriconsultos clásicos emplean para designar al modo las palabras *lex*, *causa*, *condicio*, o bien indicaban que se hacía la atribución “de tal modo que” o “para que” (*ut*): cfr., por ejemplo, el texto de Gayo, en *Digesta* 35, 1, 14, 14. Vid. ALVAREZ SUÁREZ, U., *El negocio jurídico en Derecho romano* (Madrid, Ed. Revista Derecho Privado, 1954), p. 37, n. 69.

(10) Cfr. SANTORO-PASARELLI, F., *Doctrinas* cit., p. 232.

Estas dos características señaladas, que separan a la carga o modo de las otras modalidades que se pueden imponer a los negocios jurídicos, no dejan de tener trascendencia en el tratamiento y en el régimen de los efectos del negocio jurídico *sub modo* y tienen acaso una mayor virtualidad en los negocios *mortis causa* que en los negocios *inter vivos*, en atención a los distintos criterios interpretativos esenciales —la investigación de la voluntad del autor y la confianza, respectivamente— que convienen a cada una de estas dos especies en que por razón de la causa, se distinguen los negocios jurídicos.

## 2. Diferenciación del modo de otras figuras afines.

El modo testamentario ha sido confundido, sobre todo, con el *modum praeceptum*, con el motivo del negocio atributivo *mortis causa*, con la fundación testamentaria, con la condición y con el legado. Como en el caso de la mera recomendación no hay propiamente una obligación jurídica en sentido técnico, y como la confusión entre modo y motivo y entre modo y fundación sólo puede tener lugar a escala funcional —cuando a través del modo se realiza un motivo, en principio jurídicamente irrelevante dentro de la dinámica negocial (11), o se lleva a cabo la constitución de una persona jurídica fundacional (12)—, sólo es necesario insistir en la frontera del modo con la condición y con el legado, cuya distinción no siempre se presenta fácil.

En efecto, aunque desde el punto de vista conceptual —según se ha señalado— y desde el de la técnica jurídica (“la condición suspende, pero no constriñe; el modo constriñe, pero no suspende”) (13)

(11) Vid., por todos, ALBALADEJO, M., *Instituciones* cit., p. 415 s. Sobre los motivos del negocio jurídico, en general, vid. SANTORO-PASSARELLI, F., *Doctrinas* cit., p. 210 ss.

(12) En el Derecho romano la aposición del *modus* testamentario tenía con frecuencia la misma finalidad práctica que la creación de las fundaciones. Por las consecuencias que las determinaciones testamentarias modales podían tener en el tráfico jurídico se llegó a prohibir que los particulares destinasen su patrimonio o cosas singulares del mismo para un fin perpetuo o permanente, puesto que el disponente podía lograr el mismo resultado instituyendo como beneficiario a una persona pública que tuviere aquel fin entre sus propios institucionales: vid. SEGRÉ, D., *Sulle istituzioni alimentari imperiali*, en *Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano* 2 (1889), p. 78 ss. Evidentemente, en el Derecho moderno también puede servir el modo testamentario como vehículo de constitución de una fundación, pero, aparte de que esto no ocurre así siempre, la jurisprudencia ha distinguido muy claramente entre fundación y modo, adoptando como criterio discriminador en los casos planteados el del nacimiento o no de una persona jurídica como inmediata consecuencia de la disposición testamentaria: cfr. S. 9 de febrero de 1948. Si en el testamento hubiere previsto el *de cuius* la posibilidad de revocar en favor de sus herederos *ab intestato* la institución que se discute si es *sub modo* o constitutiva de una fundación, es claro que nos encontramos en tal caso ante un caso de modo y no ante un supuesto de creación de una fundación, puesto que la posibilidad de revocación es incompatible con el concepto de fundación.

(13) Como hace notar ALBALADEJO, M., *Instituciones* cit. I, p. 416, más exacto sería decir de la condición que hace inciertos los efectos, pero no constriñe. El

la condición y el modo son categorías diferentes, lo cierto es que una y otro no han sido bien diferenciados por muchos autores ni han obtenido siempre en las leyes un tratamiento independiente y específico (14). La razón de esta confusión, que deriva de los textos romanos

El mismo autor señala también que la condición es presupuesto de la eficacia del negocio jurídico y el cumplimiento del modo lo es de su irrevocabilidad. La fórmula recogida en el texto es paralela a la también tradicional de que *modus est in obligatione; conditio non est in obligatione*. Con relación a la imposibilidad del modo testamentario, que se estudia *infra*, se puede señalar que al contrario de lo que ocurre mientras no se verifica la condición, en cuyo caso se excluye la posibilidad para el instituido de conseguir la herencia o el legado, la imposibilidad del cumplimiento del modo —cuando es independiente de la voluntad del instituido— no determina la decadencia de la institución hereditaria o del legado: vid. RICCI, F., *Corso teorico-pratico di diritto civile* III (2.<sup>a</sup> ed.) (Torino, Ute, 1886), p. 465. En general, para la diferenciación entre condición y modo, vid. MASTURSI, *Sulla differenza tra condizione e modus*, en *Giurisprudenza Completa della Cassazione civile* 1954 I 1 p. 89 ss., y por todos, BARBERO, D., *Sistema cit.* I, p. 428, y ALBALADEJO, M., *Instituciones cit.* I, loc. cit. Sobre la distinción entre condición y modo y sobre los caracteres y el régimen de estas dos determinaciones accesorias de la voluntad negocial ha tenido ocasión de ocuparse nuestra jurisprudencia, entre otras, en las Ss. 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, 13 de diciembre de 1953, 27 de diciembre de 1961 y, últimamente, 18 de diciembre de 1965 (sobre esta última vid. nota crítica de VALLET DE GOYTISOLO, J., en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (enero-febrero 1967), p. 166 ss. La diferencia entre modo y condición se ha hecho más evidente por la admisibilidad, pacíficamente aceptada, del modo sujeto a condición: cfr. NATOLI, U., *In tema di modo condizionale*, en *Giurisprudenza Completa della Cassazione civile*, 1950, III, p. 1064 ss.

(14) De la realidad de esta confusión es buen ejemplo nuestro Código civil en sus artículos 797 y 798, y aun en toda la sección en que éstos se contienen (que en su rúbrica no considera al modo como categoría específica absolutamente diferente de la condición: “De la institución de heredero y del legado condicional o a término”), donde con frecuencia se toma una figura por otra y donde, de manera inexplicable después de contemplarlo, no se contiene una disciplina completa del modo, quizá por entender que es la misma, cuando no se previene otra cosa, que la que se dicta para la condición. Dice bien MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil comentado y concordado* (5.<sup>a</sup> ed., por J. Ortega Lorca) XIII (Madrid, Reus, 1944), p. 763, que “el plan de toda la sección es laberíntico, como acaso el de ninguna otra del Código. No se comprende como el artículo 797, relativo al modo o gravamen, se encuentra colocado en medio de las disposiciones sobre la condición, cuando lógica y naturalmente, por la distinta materia de que trata y hasta por su carácter excepcional, debería figurar a continuación del 804”. Crítica también este autor que el artículo 798, que empieza con una disposición relativa al gravamen, acabe con otra que él considera propia de las condiciones, “cuyo estudio había quedado interrumpido en el 797”. A mi modo de ver, sin embargo, el párrafo segundo del artículo 798 del Código, aunque hable de condición, se refiere exclusivamente al modo; en el mismo sentido, con la reserva de que la distinción entre condición y modo recogida en el artículo anterior ha podido vincular al legislador, en cuyo caso nos encontramos ante una norma propia de las condiciones, ESPÍN, D., *Manual de Derecho civil cit.* V (Madrid, 1957), p. 201 n.; ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio “mortis causa”* (Sevilla, Edelcé, 1951), p. 150, entiende, por su parte, que el párrafo segundo del artículo 798, aun cuando se refiere expresamente a la condición, es también de aplicar, por su colocación, al modo. Las graves deficiencias que se observan en nuestro Código civil, que no es el único cuerpo legal que padece la confusión de que vengo hablando, proviene, sin duda, de

y que tiene una larga tradición histórica (15), quizá no esté tanto en haberse desentendido los legisladores y los comentaristas de las leyes de la relevancia que en los negocios —sobre todo en los negocios *mortis causa*— debe tener la voluntad generadora de los mismos (*modum non tam verba faciunt quam voluntas*), como en la similitud de contenido que pueden ofrecer ambas figuras, siendo el del modo de gran variedad y pudiendo incluso consistir solamente en una conducta y agotarse en ella (16). En la práctica, cuando nos encontramos con una cláusula testamentaria de la que dudamos si contiene un *modus* o una condición, habrá que buscar cuál es la voluntad del testador, que se deducirá no tanto de sus palabras como de su intención (17), y si ello no bastare, como dice Lacruz (18), debe optarse por el modo

la consideración del modo como condición, siquiera especial y con régimen distinto al de la condición ordinaria, e incluso de un defecto de traducción—que también sufrió el Código civil italiano de 1865; cfr., por ejemplo, arts. 1.067 y 1.128— del Código de Napoleón: cfr. arts. 953, 954 y 956 del *Code*. Los artículos 797 y 798 recogen casi a la letra sus antecedentes inmediatos: cfr. artículos 714 y 715 del Proyecto de Código civil de 1851 y artículos 884 y 885 del Anteproyecto de 1882-1888. El *Anteproyecto del Código civil español (1882-1889)* ha sido recientemente publicado por PEÑA, M., con un estudio preliminar, notas y concordancias (Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1965). Ultimamente CANO TELLO, C. A., *La institución y el legado "sub modo" en el Código civil*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 1966, p. 679 ss., ha pretendido, con una sugestiva argumentación, que el párrafo segundo del artículo 797 Cc. se refiere a la condición potestativa y no al modo; mas no parece que tal interpretación tenga fundamento definitivo, dados los antecedentes legislativos y la propia redacción del precepto; también contradice esta tesis una interpretación sistemática de la norma: cfr. la nota crítica que a la S. de 18 de diciembre de 1965 hace VALLET DE GOYTISOLO, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1967, p. 163 ss., esp. p. 174.

(15) Vid. CASTÁN, J., *El modo en los actos jurídicos (II. Formación del modo en la historia del Derecho civil)*, en *Revista de Derecho Privado* 1919, p. 108 ss. Aunque los jurisconsultos romanos ya no confunden el modo con la condición en la época postclásica: cfr. *Digesta*, 35, 1, 80, pr., a veces al modo lo llaman todavía condición: cfr. *Digesta*, 35, 1, 71, 1 y 35, 1, 108, pr. Sólo en el *Codex* justiniano alcanza el *modus* una acepción precisa en las rúbricas: cfr. *Codex*, 6, 45, *De his quae sub modo legata*; 6, 54, *De donationibus quae sub modo conficiuntur*. Vid. una indicación de las vicisitudes de la confusión en la codificación en la n. anterior.

(16) Piénsese, por ejemplo, en la escasa diferencia de contenido que puede haber entre un modo consistente en la obligación de realizar, con parte de lo recibido en el testamento, una obra piadosa y el de una condición potestativa consistente en la realización de una obra de beneficencia por parte del llamado a la sucesión. Se ha llegado a hablar por algunos autores, como GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, tomo IV, núm. 387, cit. por CASTÁN, *El modo en los actos jurídicos* (III) cit., p. 211, de condición modal para expresar el concepto técnico de modo. El mismo texto del artículo 797, párrafo primero, que coincide con el del párrafo primero del artículo 714 del proyecto de 1851, indica claramente la posibilidad de que carga y condición tengan el mismo contenido y que sólo se diferencien por la voluntad del testador.

(17) Cfr. art. 797, párrafo primero, *in fine*. Vid. art. 668, párrafo segundo, Cc.

(18) LACRUZ, J. L., *Notas al libro de BINDER* cit., p. 342. La presunción del artículo 797, párrafo primero, C. c. se basa en la consideración de que

“en virtud de la *praesumptio iuris* —siquiera no muy apremiante— del artículo 797”.

La confusión entre legado y modo se debe también a la similitud de contenido. Ambos consisten en un gravamen impuesto al heredero o al legatario, pero el legado (o sublegado), a diferencia del modo, es siempre una atribución patrimonial directamente hecha al legatario (o sublegatario) (19). Para determinar si una disposición testamentaria contiene un legado o una carga modal habrá que estar, como en el caso de duda entre la carga y la condición, a la voluntad del testador, pero teniendo en cuenta, en todo caso, que es legado la atribución patrimonial que en el testamento se hace directamente —y no a través de una obligación personal de carácter accesorio impuesta a otra persona— al beneficiario (20). Por este camino, aunque con alguna exageración, se ha llegado a señalar, con criterio que puede tener un indudable valor práctico, que cuando el contenido del gravamen que se impone a la liberalidad testamentaria lo sea en beneficio de un tercero determinado, nos encontramos frente a un legado obligatorio, que será de distinta categoría según el contenido de la disposición.

normalmente el modo implica consecuencias menos gravosas para el sujeto pasivo que la condición y está acogida legalmente en observación del principio del *favor debitoris* contenido en la regla *semper in obscuris quod minimum est sequimur*: *Digesta*, 50, 10, 1, 9, y sancionado, en general para las obligaciones, por el artículo 1.289 Cc.

(19) Cfr. POLACCO, V., *Delle successioni* I (Milano-Roma, Società Editrice Libreria-Athenaeum, 1937), p. 330 s.; TORRALBA, V. O., *El modo* cit., p. 184 ss. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil* V 2 (Barcelona, Bosch, 1963), p. 330, se fija, en cambio sobre todo, en la directa atribución del derecho de exigir el legado, mientras en el caso del modo “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”. Vid. recientemente, siguiendo en parte el criterio aquí sostenido y analizando otros criterios discriminadores, LÓPEZ VILAS, R., *Sobre la distinción entre legados e instituciones modales*, en Anuario de Derecho civil, 19 (1966), 3, p. 575-615, que destaca cómo los criterios tradicionales de distinción fallan sobre todo cuando el modo se constituye en favor de terceros. Sobre la distinción vid. Ss. de 17 de mayo de 1961, 4 de junio de 1965 y 18 de diciembre de 1965 (estas dos últimas comentadas por VALLET DE GOYTISOLO, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1967, p. 166 ss.). Vid. también BRUNORI, E., *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, en *Rivista di diritto civile* 1961 I, p. 468 ss. En última instancia, en la determinación de si una disposición testamentaria es legado (o sublegado) o disposición modal tiene valor decisivo la voluntad del testador: Cfr. S. de 18 de diciembre de 1965. No cabe duda, en cualquier caso, que el legado y el sublegado se pueden instituir *sub modo*: vid. CONTURSI LISI, L., *Il legato modale*, en *Rivista di Diritto civile* 1956, p. 957 ss..

(20) Cfr. Ss. de 2 de enero de 1928, 4 de junio de 1936, 14 de diciembre de 1944, 18 de diciembre de 1953, 6 de febrero de 1909, etc. La cuestión es, con todo, particularmente difícil y a menudo el criterio de distinción está expuesto a ser poco eficaz cuando el modo se apone a la liberalidad en beneficio de terceros, como han puesto de relieve TORRALBA, O. V., *El modo*, cit., p. 188; LÓPEZ VILAS, R., *Sobre la distinción*, cit. p. 597; GIORGIANNI, M., *Il “modus”*, cit., p. 894; ESPINAR, *La herencia legal y el testamento* (Barcelona, Bosch, 1956), p. 161.

mientras que cuando los intereses que el testador quiera satisfacer beneficien a personas sólo genéricamente determinadas, pertenezcan al propio gravado o sean intereses morales, aunque tengan reflejo económico, del propio testador, estamos en el caso del modo testamentario (21).

### 3. Objeto de este trabajo.

En estas breves notas, que sólo pretenden presentar sistemáticamente ordenada una cuestión interesante del Derecho de sucesiones por causa de muerte, me propongo indicar, a grandes rasgos, la disciplina que corresponde al modo impuesto a una liberalidad hecha en testamento, en los casos en que la ley concede al *de cuius* esta facultad (22), cuando la carga impuesta por el testador al beneficiario es de realización imposible o llega a serlo. El tema, que me ha parecido centrar con las consideraciones que anteceden, ha sido elegido porque, dada la parquedad de la regulación sobre la materia contenida en nuestro Código civil y la estructura de la misma, quedan sin solución en aquél, no pocos de los problemas que el *modus* testamentario imposible o ilícito puede plantear. Puesto que *modus est in obligatione* (23), estudio también el problema de si la dificultad extraordinaria o la excesiva onerosidad *ab origine* o sobrevenidas en el cumplimiento del modo pueden considerarse como imposibilidad.

## II. LA OBLIGACION TESTAMENTARIA MODAL

### 4. Régimen jurídico general.

La obligación testamentaria modal (24) es, como ya he señalado,

---

(21) Cfr. GIORGIANNI, *Il "modus" testamentario*, cit. p. 89 ss. En este sentido, se tendría disposición modal en aquellos casos en que la carga hubiera sido apuesta por el testador en propio interés (por ejemplo, la erección de un monumento funerario), en interés del obligado (por ejemplo, la conversión en títulos nominativos de los títulos al portador que forman parte del as hereditario) o de manera que sólo indirectamente y no *principaliter* haya alguien que tenga ventaja o interés en el cumplimiento de la carga (por ejemplo, mediante la imposición de encargar la celebración de misas en cierta iglesia o por determinado sacerdote). La tesis de Giorgianni ha sido agudamente criticada por TORRALBA, O. V., *El modo*, cit. p. 191, quien pone de relieve que también en el caso de una carga dispuesta en beneficio del gravado se está ante un supuesto de beneficio en favor de persona determinada. Por su parte, BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, cit., p. 341, se decide siempre, en principio, a falta de voluntad concreta del testador, por el legado, según la *praesumptio facti* de que este es el caso más normal.

(22) El *modus* no puede imponerse sobre la legítima ni sobre la mejora, a no ser el gravamen, en este último caso, en beneficio de los legitimarios del causante o de sus descendientes: cfr. arts. 813 y 820 Cc.

(23) Vid. CASTÁN, J., *El modo en los actos jurídicos* (III), cit. p. 216.

(24) Nuestra jurisprudencia viene considerando reiteradamente al modo como verdadera obligación, de acuerdo con las construcciones doctrinales más autorizadas sobre el mismo: cfr. Ss. de 2 de enero de 1928, 4 de junio de 1936,

una obligación jurídica en sentido técnico, que nace en el momento de la adquisición de la liberalidad (25).

Desde el punto de vista subjetivo, hay que distinguir, respecto a la obligación modal, el autor de la disposición testamentaria de que se deriva la obligación (26) y los términos personales de la relación jurídica obligatoria, que son el beneficiario del modo (sujeto activo) y el gravado con la carga modal (sujeto pasivo).

En el aspecto objetivo, la obligación testamentaria modal puede tener un contenido muy variado (27), reducible a los tres tipos tradicionales de obligaciones de dar, hacer o no hacer, siempre que sea posible, lícito y determinado o determinable (28).

Si *modus est in obligatione*, parece lógico que la obligación de que se trata esté sujeta, en cuanto sea compatible con su naturaleza y estructura, a la disciplina jurídica general de las obligaciones. Así, en efecto, encuentran, en principio, aplicación a la obligación modal los principios jurídicos sobre las modalidades (29), el lugar y el tiempo del cumplimiento de las obligaciones (30); sobre el deber de conservar la cosa debida con la diligencia de un buen padre de familia (31); sobre el cumplimiento de la obligación por parte de un tercero (32);

14 de diciembre de 1944, 18 de diciembre de 1963, etc. La misma doctrina sostiene la Dirección General de los Registros: cfr. Rs. de 11 de marzo de 1896 y 6 de febrero de 1909. Sobre la obligación testamentaria, en general, vid. CRISCUOLI, G., *Le obbligazioni testamentarie* (Milano, Giuffrè, 1965).

(25) Cfr. ALBALADEJO, M., *Condición, término y modo*, cit., p. 91.

(26) La disposición del *de cuius* es presupuesto de la adición de la herencia o de la adquisición *ipso iure* del legado modales, que determina el nacimiento de la obligación modal: cfr. para el caso de la herencia *sub modo*, S. de 17 de marzo de 1961. Sobre la vocación y la delación de la herencia pueden verse LACRUZ, J. L., *Derecho de sucesiones (Parte general)* (Barcelona, Librería Bosch, 1961), p. 151 ss.; SANTORO-PASSARELLI, F., *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, en *Rivista di Diritto Civile* 1942, p. 193 ss.; NICOLÓ, R., *La vocazione ereditaria diretta ed indiretta* (Messina 1934), p. 10 ss.

(27) El modo puede tener un contenido muy variado siempre que sea lícito. BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni* (2.<sup>a</sup> ed.) (Milano, Giuffrè, 1955), p. 567, n. 4, indica numerosos pasajes del Digesto expresivos de la posible variedad del contenido de la obligación modal: *ut Maeviam uxorem ducat* (*Digesta*, 35, 1, 71, pr.); *ut filius meis rationem redat*; *ut filios emanciparet* (35, 1, 92); *ut manumitteret* (35, 1, 37); *monumentum fieri* (35, 1, 40, 5); *ut opus aut epulum faceret* (31, 1, 17, 4); *ut fundum emat* (35, 1, 17, pr.). Como límite de la libertad en el señalamiento del contenido del modo se indica en el Derecho romano la licitud del mismo: cfr. un texto de Modestino (*Digesta*, 31, 31) a propósito de un legado modal de unos esclavos: *si quis quos non potest manumittere legavit, ut manumitterentur, nec legatum, nec libertas valet*.

(28) Cfr. arts. 1.088, 1.271, 1.272, 1.273 y concordantes Cc. Vid. VINDIGNI, G., s. v. *Modo* cit., p. 823.

(29) Cfr. arts. 1.095 y 1.097 Cc. Vid. sobre la aplicación al modo de las reglas generales de las obligaciones ALBALADEJO, M., *Condición, término y modo* cit., p. 90.

(30) Cfr. art. 1.171 Cc.

(31) Cfr. art. 1.094 Cc.

(32) Cfr. arts. 1.158 y 1.159 Cc.

sobre la mora (33); sobre las consecuencias del incumplimiento imputable (34); sobre las causas extintivas de las obligaciones (35), etcétera. A la relación obligatoria modal son también aplicables los medios de protección que el ordenamiento jurídico ha previsto para garantía de las posiciones y pretensiones jurídicas (36).

Sin embargo, dada la función de la obligación modal y su relación de accesoriadad respecto a la atribución gratuita a la que el modo se apone, se discute ampliamente en la doctrina si la obligación modal puede ser objeto de ejecución forzosa en caso de incumplimiento voluntario por parte del obligado por el *modus* y, en íntima relación con la cuestión ahora indicada, si el cumplimiento de la obligación modal puede dar lugar a la revocación de la liberalidad.

Las dos cuestiones planteadas tienen, a mi modo de ver, la solución que conviene a la naturaleza y a la estructura de la obligación modal. He dicho anteriormente que la función propia del modo —función por la que se diferenciaba netamente de la condición y del término— era la de añadir a los efectos propios del negocio gratuito a que se aponía otros efectos no típicos de aquel negocio que el testador o el donante no hubiera podido lograr a través de la conclusión del negocio puro. En este sentido he hablado de voluntad negocial y de voluntad modal accesoria. Ahora bien, esto quiere decir que, aunque las dos determinaciones de la voluntad del agente tienen entre sí una evidente conexión, operan, en cuanto a ello sea compatible con la función y la naturaleza de la modalidad y de los efectos que a través de ella se quieren lograr, de manera separada (37). En cualquier caso, la accesoriadad de la determinación modal sólo se debe entender en el sentido de que su eficacia tiene como presupuesto la eficacia de la determinación voluntaria principal, según la doctrina que se encierra en el conocido principio de que *accessorium sequitur principale*. En realidad, y como luego se advertirá, la determinación accesoria modal

---

(33) Cfr. art. 1.108 Cc.

(34) Cfr. arts. 1.101 ss. Cc.

(35) Cfr. arts. 1.156 ss. Cc.

(36) Cfr. arts. 1.096, 1.098 y 1.099 Cc. Por supuesto que la obligación modal puede garantizarse con prenda, hipoteca, fianza, etc. Un medio de aseguramiento del cumplimiento de la obligación testamentaria modal se encuentra en el art. 797, párrafo 2.º, Cc. Sobre los medios de garantía y defensa del derecho subjetivo vid., en general, BARASSI, L., *Istituzioni di diritto civile* (3.ª ed.) (Milano, Giuffrè, 1946), p. 515 ss. La disposición testamentaria modal puede tener acceso a los libros del Registro fundiario: cfr. MEZQUITA DEL CACHO, J. L., *La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad*, en *Revista de Derecho Privado* 1960, p. 21 ss.; es cierto que lo que se pretende con la constatación registral no es en forma alguna la garantía o protección del derecho del tercero beneficiario del cumplimiento de la obligación modal, sino, cosa bien distinta, la del derecho revocatorio del disponente *sub modo*; pero no cabe duda de que la constatación registral de que se trata protege también indirectamente al acreedor de la obligación modal.

(37) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Doctrinas*, cit., p. 230 y 246.

sólo afecta a la determinación principal cuando puede inficionar la estructura del negocio gratuito.

##### 5. *Cumplimiento de la obligación modal: ejecución forzosa.*

Sobre las bases expuestas, no parece dudoso que, en cuanto la obligación testamentaria modal subsista, puede exigirse su cumplimiento, en el límite del valor de la liberalidad recibida a título particular (38), por parte del beneficiario del modo y, en general, por los interesados legítimamente en el cumplimiento; y que esta exigencia de cumplimiento puede llegar a la solicitud de la ejecución forzosa de la conducta en que consiste el contenido de la obligación modal. De esta manera, cuando no tenga lugar el cumplimiento voluntario de la obligación modal por parte del gravado con el *modus*, la ejecución forzosa de la obligación tendrá lugar con arreglo a las normas sustantivas y procesales aplicables al cumplimiento coactivo de las obligaciones ordinarias (39).

Esta solución, que tiene —en cuanto a las consecuencias de la misma— algún apoyo jurisprudencial (40), se aparta, en cambio, de la postura sostenida por Albaladejo, quien considerando, a través de la interpretación de los preceptos de nuestro Código civil relativos al modo, que la obligación modal no está integrada por los dos elementos propios de la posición jurídica del deudor ordinario (deuda y responsabilidad), y que en la obligación de que se trata la responsabilidad está sustituida legalmente por la revocabilidad de la disposición gratuita principal, niega la posibilidad de que la obligación modal pueda ser objeto de cumplimiento forzoso (40<sup>bis</sup>). Albaladejo apoya su original tesis, en cuanto a la obligación modal impuesta en testamento, en lo preceptuado en el párrafo 2.º del artículo 797 del Có-

(38) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Doctrinas* cit., p. 246, congruentemente con el sistema de responsabilidad de los beneficiarios de las atribuciones *mortis causa*, vigente también en el Cc. español. Vid. sobre el nacimiento de la obligación modal S. de 17 de marzo de 1961.

(39) Cfr. arts. 1.096, 1.098 y 1.099 Cc. y 922 ss. Lec.

(40) Cfr. S. de 17 de marzo de 1961, según la cual, “considerando que la cláusula transcrita configura la institución hereditaria... de modal, por referirse a un negocio jurídico *mortis causa*, con expresa carga de cumplir una prestación patrimonial a favor de tercero, cuyo derecho nace frente al instituido desde el momento en que éste aceptó la disposición de última voluntad... el derecho se atribuye inmediatamente al titular designado fuera de todo evento condicional con toda la fuerza *coercitiva* que su ejercicio formal exige para su exacto cumplimiento al ser desconocido por actos extraprocesales del obligado”.

(40 bis) Cfr. ALBALADEJO, M., *Condición, término y modo* cit., p. 94 s. Vid. también Ss. de 2 de enero de 1928 y, sobre todo, de 13 de diciembre de 1953, en la que, con referencia a la obligación impuesta a una heredera de acompañar y asistir a unos parientes hasta el fallecimiento de éstos, se determina que la obligación impuesta no tiene más valor que el de una institución *sub modo*, de las que no supeditan el derecho a la herencia a su cumplimiento, si bien sujetan a quien se imponen a determinadas obligaciones.

digo civil, según el cual lo dejado *sub modo* por el testador “puede pedirse, 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”. Mas no parece que en este precepto se quiera reducir las garantías ordinarias del acreedor de la prestación modal (41), sino sólo reforzar la posición del beneficiario del modo frente a los sucesores del primer gravado en sus bienes y en la deuda modal, quizá porque nuestro Código civil piense que la situación del primer deudor del modo tiene un carácter personalista (42) que no conserva la de sus herederos, más alejados del instituyente *sub modo*.

La solución propugnada, que sin duda alguna puede provocar, si se acepta, importantes cuestiones prácticas por cuanto que no siempre coinciden —como se verá— los legitimados para pedir el cumplimiento de la obligación modal y los legitimados para solicitar la revocación de la disposición testamentaria, tiene a su favor la consideración del respeto debido a la voluntad del testador, quien, a través del cumplimiento del modo impuesto, quería satisfacer un interés legítimo —que incluso solamente puede alcanzarse mediante el cumplimiento efectivo y no sustitutivo (indemnización) de la obligación— y, además, no puede juzgarse excesivamente dura para la persona del gravado en cuanto que, de una parte, la exclusión de la posibilidad del cumplimiento forzoso ha podido ser prevista por el testador y, de otra, el obligado puede siempre liberarse de la obligación modal mediante la repudiación de la herencia *sub modo* o la renuncia del legado modal (43).

Dada la variedad de contenido —paralela a la inmensa gama de motivaciones personales que deciden a los instituyentes *sub modo*— que puede tener la relación obligatoria modal, es lógico que la ley

---

(41) Entre las que, como corresponde a todo acreedor, está la de exigir el cumplimiento de la prestación, o sea, en su caso, la ejecución forzosa: cfr. artículos 1.096, 1.098, 1.099 y 1.124, párrafos 2.º y 3.º, Cc.

(42) En cuanto el modo está agregado a una disposición liberal que le beneficia directamente. Téngase en cuenta, por lo demás, que en el sistema del Cc. la transmisión pasiva de las obligaciones exige el consentimiento del acreedor: cfr. art. 1.205 Cc., consentimiento que aquí, evidentemente, no ha podido tener lugar; sin duda para compensar al acreedor del modo de los riesgos que pueda entrañar el cambio de deudor, el art. 797, párrafo 2.º, Cc. exige al nuevo deudor que afiance el cumplimiento de la obligación modal.

(43) Una liberación de la obligación modal no puede nunca tener lugar por renuncia de la liberalidad ya aceptada. Claro está que, en todo caso, el gravado con la carga modal puede ceder la cosa recibida a los acreedores beneficiarios del modo para que satisfagan sus pretensiones sobre ella: cfr. art. 1.175 Cc.; pero no puede confundirse la cesión de bienes con la renuncia liberatoria. La postura sostenida en el texto sobre la posibilidad de ejecución forzosa de la obligación testamentaria modal coincide sustancialmente con las de GIORGIANI, M., *Il “modus”* cit., p. 915, y TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 243, quien aduce razones de conveniencia social para admitir el cumplimiento forzoso del modo. Sobre el cumplimiento del modo en concurrencia con deudas de la herencia, legados, etc., vid. TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 225 ss.

autorice a pedir el cumplimiento del modo no sólo al acreedor modal —que a menudo sólo existe de manera indeterminada—, sino a todos los que tengan un interés legítimo en el cumplimiento (44). Esta determinación ha de ser adoptada por el Derecho positivo simplemente porque en otro caso sería muy insegura la satisfacción de la *voluntas testantis*, que en toda esta materia es fundamental. Más adelante indicaré, a propósito del cumplimiento del modo relativamente imposible, qué personas, en concreto, pueden ser consideradas como tales interesados.

La ley, valorando ciertas circunstancias típicas, considera cumplido el modo cuando el interesado en que se cumpla o en que no se cumpla impide su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario gravados (45).

#### 6. Revocación de la liberalidad por incumplimiento del modo.

La solución de la cuestión planteada sobre la revocabilidad del negocio gratuito *sub modo* en caso de incumplimiento de la obligación modal —a cuyo problema no dedica el Código civil español ningún precepto concreto (46)— hay que buscarla en las consideraciones doctrinales ya expuestas y, en particular, en la de que la determinación modal es, aunque conexas con ella y accesoria de la misma, una voluntad separada de la determinación o voluntad negocial principal.

La aplicación pura de tales principios nos llevaría a aceptar solamente la revocación de la liberalidad testamentaria por incumplimiento de la obligación modal cuando tal consecuencia hubiere sido expresamente prevista por el disponente o cuando resultase que el cumplimiento de la carga había sido el único motivo determinante de la disposición testamentaria (47). Esta línea doctrinal parece seguir

(44) Arg. art. 798, párrafo 2.º, Cc., que se refiere impropiamente a la condición.

(45) Cfr. art. 798, párrafo 2.º, Cc. La purificación de la disposición testamentaria que implica este precepto plantea el problema de si el interesado en que no se cumpla el modo que impidiera su cumplimiento debe indemnizar a los interesados en el cumplimiento del modo, acreedores de la prestación modal: la solución debe ser, sin duda alguna, afirmativa, por aplicación del art. 1.902 Cc. Vid. S. de 20 de febrero de 1928.

(46) El art. 797, párrafo 2.º, Cc. se refiere únicamente al supuesto de la liberalidad modal recibida por los herederos del primer instituido gravado con la obligación modal con fianza del cumplimiento del modo, en cuyo caso la revocación se produciría por efecto de la fianza prestada. Vid. TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 246 ss.

(47) En esta dirección, coincidente con la adoptada en el Derecho italiano por el art. 648 del Cc. de 1942, vid. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español* V-1 (Madrid, 1954), p. 441, quien sostiene que, aparte del supuesto del art. 797, párrafo 2.º, Cc., solamente da lugar a la revocación de la liberalidad *sub modo* el incumplimiento de la carga por el heredero o legatario gravado cuando el testador hubiera previsto la revocación o el modo fuera el único motivo determinante de la disposición. TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 250 ss.,

el párrafo 4.º del artículo III de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña (48). Sin embargo, como esta solución restaría eficacia a las disposiciones modales en que no concurrieran tales circunstancias, hasta el punto de desvirtuarlas, habrá que admitir —incluso teniendo en cuenta la voluntad presunta del testador, que hubiera podido ciertamente cargar al sucesor con la obligación modal, pero sustrayendo la eficacia de la institución a su efectivo cumplimiento (48<sup>bis</sup>)— que, además de las dos circunstancias antes señaladas, también abre la vía de la revocación el incumplimiento culpable de la carga modal (49). La culpabilidad, con todo, habrá de apreciarse restrictivamente y, en particular —si se quiere ser consecuente con la tesis general sostenida—, sólo debe incluir la culpa calificada y el dolo, a los que, por lo demás, parece referirse exclusivamente, para disciplinar un supuesto de incumplimiento, el párrafo 2.º del artículo 798 del Código civil, que habla de “culpa o hecho propio del heredero o legatario”.

Están legitimados para pedir la revocación de la liberalidad los interesados en ella, es decir, los que recibirían los bienes como consecuencia de la ineficacia de la institución testamentaria modal y también, según algunos (50), los interesados en el cumplimiento de la obligación modal que con la resolución y la nueva atribución de los bienes sobre los que recayó la institución pueden encontrar satisfacción a su interés. Si se da el caso de que una persona esté, a la vez, interesada y legitimada para solicitar el cumplimiento del modo y pedir la resolución de la liberalidad, parece que podrá optar entre las posibilidades que le consiente el artículo 1.124 del Código civil, cuya disciplina, teniendo en cuenta la función y la esencia del *modus*, considero aplicable al caso por razón de analogía (51).

entiende que solamente da lugar a la resolución de la disposición el incumplimiento del modo determinante (además del supuesto de la existencia de la fianza en los términos que señala el art. 797, párrafo 2.º Cc.), con lo que su postura coincide en esencia con la de Puig Peña.

(48) Según este precepto, “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”.

(48 bis) En tal caso, sólo sería posible, frente al obligado al cumplimiento del modo, solicitar su cumplimiento, incluso forzoso, o pedir una indemnización sustitutiva.

(49) Cfr. LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de Binder cit., p. 342, que alega el art. 797 Cc. El Código para nada se refiere al cumplimiento del modo como único motivo determinante de la voluntad del testador y, por lo tanto, si el causante no dispuso de otra manera en el testamento, “el incumplimiento culpable de la carga abre vía en todo caso a la revocación de la liberalidad”. En contra TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 250 ss.: vid n. 47.

(50) Cfr. GIORGIANNI, M., *Il “modus”* cit., p. 918; TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 246.

(51) Aunque algunos no consideran aplicable este precepto al caso de la obligación modal: cfr. ALBALADEJO, M., *Condición, término y modo* cit., p. 95, en la medida de la liberalidad que supone el *modus* me parece encontrar razón

La persona a quien revierte la liberalidad por efecto de la revocación judicialmente pronunciada queda obligada al cumplimiento de la carga modal (52).

### III. LA IMPOSIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO DEL MODO TESTAMENTARIO

#### A) IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA DEL MODO

##### 7. *Intrascendencia del modo absolutamente imposible.*

En principio, cuando el testador sujeta al instituido heredero o al legatario al cumplimiento de un *modus* que es imposible en el momento de hacer la disposición testamentaria, el gravamen debe tenerse, sin duda alguna, como inoperante (*vitiatur sed non vitiat*), de manera que desde el principio es pura la liberalidad.

Para adoptar esta solución, faltando en nuestro Código civil un precepto concreto que regule esta materia, se suele inclinar la doctrina a considerar aplicable al caso, por razón de analogía, el artículo 792, según el cual "las condiciones imposible y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aún cuando el testador disponga otra cosa" (53). El resultado de esta aplicación analógica es, en cuanto se refiere a la primera proposición del precepto, correcto, pero, a lo que creo, para llegar a ese resultado no es aplicable al modo testamentario el artículo 792 —a menos que se quiera entender el pre-

---

suficiente para sostener la aplicabilidad al caso presente del principio contenido en el art. 1.124, párrafo 2.º, Cc. Para el supuesto de que no coincidan los legitimados para pedir el cumplimiento y los legitimados para pedir la revocación, Bouyssou, Marguerite, *Les libéralités avec charges en droit civil française* (París, 1945), p. 296 cit. por TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 244, se decide por la preferencia de los que piden el cumplimiento del modo, entendiéndose que su derecho es más fuerte en cuanto que refleja exactamente la voluntad del disponente.

(52) Arg. art. 780 y 798 Cc.; Cfr. LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de Binder cit., p. 343.

(53) Cfr., por todos, LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de Binder cit., p. 342. En el proyecto de Cc. de 1851, redactado por García Goyena, el art. 716 disponía que "lo dispuesto en el art. 709 sobre las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o buenas costumbres rige igualmente en los casos del art. 714" (que se refiere a los distintos tipos de *modus*). Una norma en tal sentido (que ya no se recogió en el Anteproyecto de Cc. de 1882-1888) no pareció, sin embargo, necesaria a los redactores del Cc. vigente. Considerar al modo ilícito o imposible como no puesto era la solución del Derecho romano clásico. En el Derecho justinianeo se distinguió, en cambio, entre el *modus simplex* (de mero valor moral), que se tiene por no puesto, y el *modus cualificatus* (trascendente en el caso de que se demuestre que sin él, el disponente no hubiera llevado a cabo la liberalidad), que por ilicitud o imposibilidad del mismo produce la caducidad del acto de liberalidad: cfr. ALVAREZ SUÁREZ, U., *El negocio jurídico* cit., p. 38, quien se refiere a un texto de Juliano, *Digesta*, 39, 5, 2, 7, pr., muy interpolado.

cepto con un espíritu que no consiente su letra—, simplemente porque no es lícito aplicar al modo los preceptos sobre la condición si no se demuestra previamente que en uno y en otro caso hay una *eadem ratio* que consienta el recurso al procedimiento analógico (54). La existencia de la razón analógica es, por el contrario, más que dudosa, si se parte, como hago en este trabajo, de la distinta función y naturaleza del modo y de los demás llamados elementos accidentales del negocio jurídico. Por otra parte, decidir simplemente que el modo imposible se ha de tener por no puesto aclara muy poco la relación existente entre la disposición testamentaria principal y la carga modal y, por supuesto, no da a entender la influencia que, en virtud de aquella conexión, puede tener la inoperancia de la carga sobre la subsistencia de la liberalidad (55).

También para explicar la intranscendencia del modo originariamente imposible respecto de la eficacia de la disposición principal hay que acudir al concepto de modo ya expuesto. Si la voluntad modal es distinta de la voluntad negocial principal, ambas deben tener, en principio, una vida y una eficacia separadas. De aquí que, precisamente porque en el caso de la disposición *sub modo* —tanto *inter vivos* como *mortis causa*— hay una voluntad liberal a la que se une una voluntad accesoria que quiere añadir a la liberalidad otros efectos (la obligación o gravamen que la limita), aparte de los que le son propios, la imposibilidad del modo no puede perjudicar a la liberalidad. Ahora bien, considerar al modo como inoperante corresponde, no al carácter accesorio del gravamen (56), puesto que en tal caso también la condición imposible habría de ser tenida siempre *pro non scripta*, cosa que sabemos que no ocurre (57), sino a ser el *modus*, a diferencia de la condición, una determinación accesoria, pero separada, de la determinación negocial principal.

Según lo expresado, se puede concluir 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 (57<sup>bis</sup>).

Cuando la imposibilidad originaria del modo sea solamente parcial, el gravado cumplirá suficientemente con la prestación de lo que sea posible, considerándose como no impuestas al instituido en la dis-

---

(54) Sobre la improcedencia de la aplicación al modo ilícito o imposible de la misma disciplina que rige en materia de condiciones ilícitas o imposibles, vid. TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 150 ss., que tiene en cuenta razones semejantes a las aludidas en el texto.

(55) Vid. BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni* cit., p. 571.

(56) En este sentido CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral I-2* (8.ª ed.) (Madrid, Reus, 1952), p. 571.

(57) Cfr. arts. 1.116, párrafo 1.º, 621 y 622 Cc.

(57 bis) Vid. BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni* cit., p. 571.

posición testamentaria las prestaciones que sean, *ab origine*, de imposible cumplimiento. La parte de la carga modal de posible cumplimiento se convierte en verdadera obligación en el momento de recibir el instituido la liberalidad y está sujeta al régimen que ya se ha expuesto.

8. *La aposición del modo imposible como único motivo determinante del testador.*

¿*Quid* en el caso de que el causante haya dispuesto en el testamento que la liberalidad no tendrá lugar sin el gravamen, es decir, cuando del testamento resulte que el testador no habría hecho la institución sino para dar lugar a la imposición de la carga modal?

Nos encontramos aquí en el supuesto de que el gravamen resulte, a tenor de la disposición testamentaria, el único motivo que ha determinado al *de cuius* a disponer de sus bienes en favor de aquel a quien impone la obligación o *modus*.

La exclusión de una aplicación analógica del artículo 792 del Código civil al modo imposible y la decisión de adoptar para el mismo una disciplina congruente con su naturaleza y su función consienten de nuevo, a mi modo de ver, dar la adecuada solución a la cuestión que nos ocupa. En efecto, una aplicación apresurada del artículo 792 a nuestro caso determinaría que también cuando el causante ha ordenado en su testamento que la atribución liberal no debe tener lugar sin la carga habría de considerarse irrelevante el modo imposible *ab origine*. Pero ocurre, sin embargo, que esta solución, sobre ser poco congruente con la importancia que ha de concederse y que tiene la voluntad del *de cuius* en la sucesión voluntaria —cuyas normas reguladoras en nuestro Código civil son, en principio, todas ellas de carácter dispositivo, salvo cuando resulte claramente que son imperativas (58)—, no tiene en cuenta la transcendencia que el motivo determinante del agente puede llegar a tener en la estructura y en la eficacia negocial (59).

En el caso propuesto nos encontramos ante el supuesto de una determinación testamentaria modal que, aunque accesoria y —abstractamente considerada— separada (al pretender efectos distintos de los efectos negociales típicos) de la determinación negocial principal, es el único motivo que decidió al testador a hacer la institución. La determinación modal resulta, así, en este caso, motivo y razón de la determinación negocial que aparece como principal y típica, y a ella hay que aplicar la disciplina propia del motivo determinante del negocio jurídico testamentario, que debe deducirse de lo preceptuado

(58) Cfr. arts. 668 y 675 Cc. Vid. LACRUZ, J. L., *Derecho de sucesiones* cit., p. 8 ss.

(59) OSSORIO, J., *Manual de sucesión testada* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957), p. 231 s., entiende que cuando el testador ha dispuesto la ineficacia de la disposición testamentaria por incumplimiento del modo, "lo que ha hecho en puridad es someter el llamamiento a una condición resolutoria".

en el artículo 767 del Código civil, a través del cual, aunque erróneamente hable de *causa falsa*, el motivo que el testador tiene para hacer la disposición adquiere relevancia jurídica.

Teniendo en cuenta la disciplina normativa contenida en el citado precepto del Código y la trascendencia que se da en el mismo al conocimiento o al error del testador, habrá que concluir, seguramente, que si del testamento se deduce que el causante sabía, en el momento de concluir el negocio *mortis causa*, que el gravamen que imponía al favorecido por la disposición testamentaria era absolutamente imposible, el *modus* debe tenerse por no puesto —y esto aunque manifieste el *de cuius* que sólo la imposición del gravamen le determina a hacer la liberalidad—; pero que si, por el contrario, resulta que el causante creyó que el gravamen u obligación modal podía ser cumplido por el heredero o el legatario gravado, la imposibilidad del *modus* debe considerarse como suficiente para que no subsista la liberalidad, siempre que conste claramente que el interés del causante en que la carga se cumpliera había sido el único motivo determinante de su disposición liberal. A este segundo supuesto me refería cuando indicaba que la determinación accesoria modal afectaba a la determinación principal cuando inficionaba la estructura del negocio gratuito.

#### 9. Cuestiones acerca de la imposibilidad relativa del modo.

Con relación al modo imposible *ab origine* cabe preguntarse si la dificultad extraordinaria del cumplimiento del *modus* puede considerarse como imposibilidad liberatoria y si el instituido en la herencia o en el legado *sub modo* debe cumplir de otra manera la carga que se le impuso.

a) *La dificultad extraordinaria del cumplimiento.*—La cuestión más interesante es la de si siendo el modo posible *ab origine*, pero de cumplimiento extraordinariamente difícil para el obligado, puede considerarse el gravamen como imposible y, por tal, como irrelevante. liberándose de su cumplimiento el gravado con la carga y considerándose pura la liberalidad. Como la dificultad extraordinaria se reduce prácticamente en todos los casos a la excesiva onerosidad de la prestación (60), no parece que en tales supuestos deba dispensarse al gravado del cumplimiento del *modus*, a no ser que de la disposición testamentaria resulte claramente que la intención del causante de la sucesión era imponer al heredero o al legatario una carga de una entidad económica mucho menor de la que en realidad impuso. En todo caso, y como ya he advertido antes, el cumplimiento de la obligación

---

(60) Sobre el tema, en general, vid. PINO, A., *La excesiva onerosidad de la prestación* (trad. esp.) (Barcelona, Bosch, 1959). Aunque con referencia a la obligación contractual es interesante sobre el tema el libro de DE MARTINI, A., *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti* (Milano, Giuffrè, 1950).

modal sólo puede exigirse en la medida del valor de la liberalidad recibida.

De todas maneras, rigiéndose la obligación en que el modo consiste por las normas generales de las obligaciones en cuanto a su cumplimiento, salvo en lo prevenido por el artículo 798 del Código civil, habrá que estar a lo que nuestro primer cuerpo legal disponga sobre ello. Como se sabe, no faltan en nuestro Código aplicaciones concretas del principio de la proporcionalidad de las prestaciones y de la adecuación de las mismas cuando por razones ajenas a la voluntad del obligado el cumplimiento de la obligación resulte excesivamente oneroso por las dificultades sobrevenidas (61). También nuestro Tribunal Supremo ha tenido en cuenta, en alguna decisión (62), la tendencia, que en otros países ha merecido ya la formulación legal de norma de aplicación general (63), de considerar la dificultad extraordinaria como imposibilidad liberatoria, para moderar así el rigor de la exigencia del cumplimiento exacto de la obligación posible. Sin embargo, los preceptos del Código civil recordados, que se refieren a la dificultad sobrevenida de la prestación y no a la dificultad originaria de la misma, están orientados, en todo caso, a reducir a equidad situaciones creadas por obligaciones concretas y, sobre todo, chocan abiertamente con los principios que se contienen en los artículos 1.182 y 1.104 del Código civil, los cuales sólo admiten la liberación del deudor en el caso de la imposibilidad absoluta, doctrina que han mantenido diversas decisiones jurisprudenciales (64).

No cabe, pues, en principio, la equiparación de la dificultad extraordinaria *ab origine* a la imposibilidad, si bien los tribunales podrán moderar la obligación modal para hacerla más proporcionada, en su cumplimiento, a la voluntad claramente manifestada del testador. En la apreciación de las circunstancias de hecho el arbitrio judicial puede ser el camino de reducción a la equidad de situaciones de dificultad u onerosidad verdadera cuando, contra lo previsto y sin duda alguna querido por el testador, la obligación en que el modo impuesto consiste resulta ser más gravosa de lo que se pensó en la institución.

b) *La posibilidad de cumplimiento análogo.*—La segunda cuestión de si el instituido en la hereencia o en el legado debe cumplir de otra manera la carga modal que se le impuso, cuando es de imposible cumplimiento, ofrece menos interés y debe contestarse, sin duda alguna, negativamente.

Quando el testador impone al instituido en la herencia o en el legado un *modus* imposible *ab origine*, el gravado no debe cumplir de otra manera análoga y conforme a la voluntad del testador la carga

(61) Cfr. arts. 152 y 1.736 Cc.

(62) Cfr. S. de 15 de enero de 1942.

(63) Cfr. arts. 1.467 y 1.468 del Código civil italiano de 1942.

(64) Cfr. Ss. de 4 de junio de 1904 y de 23 de marzo de 1926.

que se le impuso, a no ser que el propio causante hubiera hecho en el testamento una previsión concreta y expresa en el sentido contrario. El artículo 798 del Código civil, que disciplina el cumplimiento análogo del modo testamentario, se refiere solamente al caso de la imposibilidad sobrevenida del modo, como se deduce claramente del hecho de tener como presupuesto de su aplicación el que la imposibilidad del cumplimiento del modo en los términos en que se dispuso no dependa de culpa o hecho propio del heredero o legatario, y no al caso de imposibilidad originaria de su realización (65), y dada la disciplina que contiene, no es un precepto susceptible de interpretación extensiva. Es, además, claro que nadie puede obligar a una cosa imposible o ilícita ni aun por testamento, de manera que en ningún caso se puede obligar al gravado con el *onus* imposible a que realice la obligación en que consiste la carga cumpliéndola, una vez recibida la liberalidad, de manera análoga y conforme a la voluntad del testador, aun cuando esto pueda tener lugar, pues el *modus* imposible *ab origine* es irrelevante y no genera obligación alguna.

#### 10. Posibilidad sobrevenida del modo imposible.

Cabe preguntarse si el modo imposible *ab origine* apuesto a una liberalidad testamentaria conserva su inutilidad en el caso de que con posterioridad a la fecha del testamento, pero con anterioridad a la de la apertura de la sucesión, se hace de posible cumplimiento.

En principio, parece que la determinación modal de que se trata habría de seguir siendo ineficaz y, en consecuencia, seguir siendo irrelevante, naciendo en todo caso pura la liberalidad. Esta permanente inutilidad del modo parece estar aconsejada por el principio de que *quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* (66).

(65) De distinta opinión es GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* II (Madrid, 1852), p. 148, que al comentar el art. 715 de su proyecto, que coincide esencialmente con el párrafo 1.º del vigente art. 798, trae a colación un texto de Modestino (*Digesta*, 33, 2, 16) según el cual, habiéndose dejado a una persona unas rentas para que, en memoria del disponente, celebrase un espectáculo todos los años en cierta ciudad, y resultando que en aquella población los espectáculos estaban prohibidos, al objeto de evitar la situación injusta de que la no celebración favoreciera al heredero *adhibitis heredibus et primoribus civitatis, discipiendum est in quam rem converti debeat iudicommisum ut memoria testatoris alio et licito genere celebretur*. Dice García Goyena que tal solución es tan conforme a la equidad como a la voluntad presunta del testador. No es de admitir, sin embargo, como se dice en el texto, que el *modus* imposible *ab initio* se haya de cumplir de otra manera, aunque ello sea posible. Obsérvese que el texto del proyecto de 1851 habla también del modo que no puede cumplirse por causa que no depende de la voluntad del gravado, al igual que se expresa el Cc. vigente; ello hay que entenderlo —*voluntas legis*— en el sentido de ser la inimputabilidad de la imposibilidad al gravado presupuesto de la aplicación del precepto, circunstancia que sólo puede referirse a un momento posterior al de la conclusión del negocio testamentario.

(66) *Cfr. Digesta*, 50, 17, 29.

Sin embargo, no es probable que esta solución—que estaría más de acuerdo con la naturaleza aquí sostenida de la determinación modal de cuya eficacia se trata—sea congruente con la esencia del testamento de ser formulado para producir efectos para después de la muerte; con los principios del *favor testamenti* o de la conservación del negocio testamentario, o con el criterio fundamental de la interpretación testamentaria que es la investigación de la voluntad del testador.

En concreto, atendiendo a los criterios de razonamiento señalados, acaso habrá que concluir que cuando el testador ordenó un *modus* imposible creyendo que era posible—que será *id quod plerunque accidit* si hizo la disposición con la carga, sobre todo si se tiene en cuenta que se debe presumir siempre tal creencia, como no conste expresamente lo contrario, al no requerirse en el error testamentario la reconocibilidad (67)—se deberá estar a la voluntad expresada en el testamento, por lo que la disposición modal deberá considerarse eficaz. En el caso contrario, si del testamento se puede deducir sin lugar a dudas que el testador impuso un modo imposible sabiendo que lo era y queriendo someter la liberalidad modal al régimen del modo imposible ya conocido, habrá que pensar en la inmutada inutilidad de la determinación accesoria modal (68).

## B) IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DEL MODO

### 11. Régimen de la imposibilidad imputable a los interesados en el modo.

La imposibilidad sobrevenida del modo tiene lugar cuando, con posterioridad a la conclusión del negocio jurídico testamentario (69),

(67) Arg. arts. 675, 767 y 773 Cc. Cfr. SANTORO-PASSARELLI, F., *Doctrinas* cit., p. 192 s. y 284, que aduce, para negar el requisito de la reconocibilidad en el error testamentario, que el instituido no está autorizado a basar su confianza en la disposición *mortis causa* que a él se refiere (como podría hacerlo, en cambio, el destinatario de una declaración *inter vivos*), por cuya razón no puede ser transcendente, respecto del testamento, la reconocibilidad del error en orden a la confianza que el instituido pudiera poner racionalmente en el testamento.

(68) La solución propuesta para este segundo caso, puramente escolástico, se haría más firme cuando el testador—sobrevvenida la posibilidad del *modus* y defraudado así en sus intereses o intenciones—no pudo revocar el testamento y hacer una nueva previsión al respecto.

(69) No hay que atender al momento de la apertura de la sucesión. Esto es, en efecto, no sólo lo más racional, sino también lo más equitativo: de una parte, porque el testador pudo conocer, hasta el momento de su muerte, que el *modus* que había impuesto se había hecho luego de imposible realización y pudo proveer a este problema; de otra, porque cuando la imposibilidad se deba a la conducta del obligado no hay razón para que no se tenga en cuenta lo que hizo hasta el momento de la apertura de la sucesión. De no seguir el criterio señalado y atender al momento de la apertura de la sucesión para distinguir entre la imposibilidad *ab origine* y la imposibilidad sobrevenida, la aplicación del art. 798, párrafo 1.º, Cc. podría plantear serios problemas de

el gravamen impuesto por el testador al heredero o al legatario llega a ser irrealizable.

La imposibilidad sobrevenida puede tener su causa en el azar, en la actuación de un tercero, en la conducta del obligado a cumplir el modo o en la de la persona que tenga interés en que el modo se cumpla o en que no se cumpla (los beneficiarios de la carga o los posibles favorecidos por la ineficacia de la disposición liberal). En este último caso, y valorando ciertas circunstancias típicas, dispone el Código civil, en el párrafo 2.º del artículo 798, que “se considerará cumplida la condición”, es decir, el modo (70), con lo que la liberalidad testamentaria se hace pura y el obligado a la realización de la prestación modal se libera absolutamente de ella (71).

En los demás casos el régimen del modo testamentario imposible es más complejo y, en general, depende de ser la imposibilidad sobrevenida absoluta o relativa.

#### 12. *Tratamiento de la imposibilidad absoluta en los demás supuestos.*

La imposibilidad sobrevenida del modo es absoluta cuando, con posterioridad a la disposición testamentaria, la obligación accesoria a la liberalidad se hace de imposible cumplimiento, física o jurídicamente, de manera que ni siquiera puede ser realizada, como dice el párrafo 1.º del artículo 798 del Código, en otros términos, “los más análogos y conformes a su voluntad (del testador)”. Piénsese, por ejemplo, en el caso de instituir una persona a otra heredera con el gravamen de que publique un manuscrito de que es autor *de cuius* y que luego se destruye o desaparece (imposibilidad física) o en un legado de ciertos bienes imponiendo al legatario la refacción o la mejora de alguno de ellos, cuando, por aplicación de las disposiciones sobre expropiación forzosa por causa de utilidad pública o de interés social, ese bien sale del patrimonio del obligado a cumplir el modo (imposibilidad jurídica).

Ahora bien, este supuesto de imposibilidad sobrevenida del modo, trascendente en el momento de la exigibilidad de la obligación en que

---

difícil solución equitativa. La doctrina italiana ha tenido ocasión de ocuparse, comentando decisiones jurisprudenciales sobre la materia, de la imposibilidad sobrevenida del modo testamentario (ALLARA, COMBA, GOZZI, etc.): vid., por ejemplo, el amplio comentario de CONTURSI LISI, L., *Sopravvenuta impossibilità o illecità di onere testamentario*, en *Rivista di Diritto Civile* 1955, p. 767-777, a la S. de la Casación italiana de 15 de octubre de 1954.

(70) Ya sabemos que el Cc. confunde a veces modo y condición. Vid. n. 14.

(71) Y ello aunque el *modus* fuera parcialmente posible, en razón de que en esta norma se intenta sancionar una conducta determinada con una medida precisamente contradictoria con el interés que mueve a quien así obra; aparte de que se debe interpretar esta disposición según el criterio del *favor debitoris*. Con mayor razón se libera de la obligación el deudor, aunque aquélla fuera de cumplimiento relativamente imposible.

el mismo consiste, puede ser total o parcial y, en ambos casos, fortuita, imputable al gravado o imputable a una tercera persona.

a) *Imposibilidad total*.—Cuando la imposibilidad es total y fortuita o imputable a un tercero la liberalidad se purifica y el modo se hace inútil y completamente irrelevante, siendo de aplicar al caso —salvo en lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios que podrán pedir al tercero responsable de la imposibilidad del cumplimiento los interesados (72)— lo dicho a propósito del modo imposible *ab origine*.

Si la imposibilidad total es imputable al obligado al cumplimiento de la obligación modal, hay que considerar el supuesto como un caso de incumplimiento culpable que da lugar a la ineficacia de la atribución liberal, mediante la revocación de la disposición testamentaria, con la consiguiente “devolución de lo percibido con sus frutos e intereses” (73). Se plantean aquí los problemas de qué debe entenderse por imposibilidad imputable y de quiénes están legitimados para pedir la revocación de la liberalidad: en cuanto al primero, parece que la imputabilidad se dará siempre que la imposibilidad sobrevenida del *modus* se deba a una conducta o a una omisión dolosa o culposa del gravado (74); en cuanto al segundo, legitimados para pedir la revocación están, como dice Lacruz (75), “quienes ocupan el puesto del causante y quienes deben vigilar el cumplimiento de su voluntad; los herederos, pues, y los albaceas: además, quienes, eventualmente, por la decadencia del beneficio, pueden llegar a ser herederos o legatarios, o aumentar su emolumento (herederos, sustitutos, colegatarios con derecho de acrecer): no los terceros favorecidos (por el *modus*), que ni pueden alegar interés en la revocación, ni apoyar su derecho en texto alguno”. Si la liberalidad se hace ineficaz para el que con su conducta hizo totalmente imposible el cumplimiento del *modus* que se le impuso, la persona que recibe los bienes queda, naturalmente, liberada de cumplir la carga.

---

(72) Interesados en que el *modus* se cumpla son aquellos a quienes el cumplimiento favorece y obtienen de ello un beneficio de carácter económico o la satisfacción de un interés moral: sobre ellos se habla a propósito del cumplimiento del modo relativamente imposible. BIONDI, B., en un comentario a una S. del Tribunal de Turín de 6 de mayo de 1952 sobre modo testamentario imposible, en *Foro Padano*, 1954, I, p. 76, dice que, aunque en este caso se tiene el *modus* por no puesto, “no se trata de la regla según la cual las condiciones imposibles o ilícitas se tienen por no puestas, ya que el fundamento es diverso, aunque sea el mismo el resultado: la supervivencia de la disposición”. La inutilidad de las condiciones se basa en el *favor testamenti* y la inutilidad del modo en ser una determinación accesoria, pero separada, en cuanto que tiene por meta unos efectos específicos, de la determinación negocial principal.

(73) Arg. art. 797, párrafo 2.º, Cc. Vid. art. 647 Cc. para las liberalidades *inter vivos*.

(74) El art. 798, párrafo 1.º, Cc. habla de “culpa o hecho propio del heredero o legatario” a propósito de la imposibilidad sobrevenida relativa, pero tal modo de expresión es manifiestamente insuficiente.

(75) Cfr. LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de Binder cit., p. 343.

b) *Imposibilidad parcial*.—Cuando la imposibilidad absoluta sobreviene del *modus* testamentario es sólo parcial y en alguna parte se puede realizar la carga, cumplirá suficientemente el obligado con llevar a cabo aquello que le sea posible, bien en los mismos términos dispuestos por el testador, bien en otros términos, análogos y conformes con su voluntad, según se dice en el apartado siguiente. Respecto de la parte del gravamen de cumplimiento absolutamente imposible vale lo dicho anteriormente con relación a la imposibilidad total.

### 13. *Régimen de la imposibilidad relativa del cumplimiento del modo.*

La imposibilidad sobrevinida del *modus* es relativa cuando, con posterioridad a la conclusión del negocio jurídico testamentario, la obligación accesoria a la liberalidad se hace de imposible cumplimiento, física o jurídicamente, “en los mismos términos que haya ordenado el testador”, pero puede ser llevada a cabo en otros, “los más análogos y conformes a su voluntad” (76).

Esta especie de imposibilidad del *modus* puede estar causada también por el azar, por la conducta de un tercero o por la conducta del obligado por el testador a cumplir el gravamen. Nuestro Código civil, sin embargo, con fórmula, por lo demás, insuficiente, sólo se refiere a la imposibilidad del *modus* “sin culpa o hecho propio del heredero o legatario” cuando ordena, en su artículo 798, párrafo 1.º, la realización del *modus* relativamente imposible en otros términos, “los más análogos y conformes” a la voluntad del testador. Probablemente el legislador quiso distinguir aquí entre imposibilidad sobrevinida culposa e imposibilidad no culposa, pensando, sobre todo, en el perjuicio que se podría ocasionar al heredero o legatario si los legitimados para ello pedían y obtenían la revocación de la institución o del legado y en el propósito de favorecer, mediante la posibilidad del cumplimiento análogo del *modus* que se ha hecho imposible, al heredero o legatario que no podía cumplir la carga en los mismos términos en que ordenó el testador (con lo que su posición de heredero o legatario se podría perjudicar), pero por causa que a él no era imputable. La *ratio legis* del precepto es, a mi modo de ver, la de proveer al heredero o legatario de una posibilidad de oponerse a la revocación de la liberalidad solicitada por los legitimados para ello, cuando el cumplimiento del *modus* se ha hecho imposible en los términos en que lo previno el testador, pero sin su culpa, y siempre que sea posible cumplirlo de manera análoga. Ahora bien, aunque la imposibilidad relativa culposa del cumplimiento del *modus* puede dar lugar a la revocación de la liberalidad, el contenido del precepto, que además reviste la forma de mandato, es también aplicable, por razón de equidad,

---

(76) Cfr. art. 798, párrafo 1.º, Cc.

a los casos de imposibilidad sobrevinida culposamente (77), si bien en este supuesto serán normalmente los interesados en que el modo se cumpla—que pueden ser, a veces, los mismos legitimados para pedir la revocación de la liberalidad—los que pidan que se obligue al heredero o legatario gravado a realizarlo de manera análoga a como ordenó el testador. En caso de conflicto entre quienes solicitan el cumplimiento análogo del modo y los que piden la revocación de la liberalidad, probablemente debe darse preferencia a los interesados en el cumplimiento como beneficiarios del modo, tanto porque su derecho refleja exactamente la voluntad del testador (78), como porque lo contrario sería injusto para el favorecido por el testador con la carga. Esta solución es también más coherente con la naturaleza del *modus* sostenida en este trabajo.

La imposibilidad relativa del cumplimiento del modo plantea la cuestión del cumplimiento análogo del mismo, la de quienes pueden solicitarlo, y la de la disciplina del incumplimiento del *modus* análogo, que se estudian a continuación.

#### 14. *Cumplimiento análogo del modo relativamente imposible.*

El cumplimiento del *modus* de forma análoga a como ordenó el testador supone, ante todo, que el gravamen o carga no se pueda realizar por el obligado al cumplimiento en los mismos términos previstos en el testamento, ya sea por causas físicas (79), ya sea por causas jurídicas (80). Es también presupuesto del cumplimiento del modo en forma análoga—que tiene por objeto satisfacer los intereses del testador al hacer la disposición modal (81)— el que el testador no haya prohibido expresamente convertir el *modus* en *ullum aliium usum*.

Cabría, quizá, suscitar aquí la cuestión de si la dificultad extraordinaria en el cumplimiento del *modus*, tal como lo impuso el testador, podría dar lugar a la conversión del *modus* excesivamente oneroso en una carga que, consistiendo en una obligación análoga a la que impuso el *de cuius* al heredero o al legatario, no reduzca la liberalidad más de lo que quiso y previno el causante, especialmente cuando la voluntad de éste conste claramente en cuanto a la entidad económica—onerosa—de la carga. Aunque una solución en tal sentido carece de base

(77) Cfr. LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de Binder cit., p. 340; lo contrario, dice acertadamente, podría ser injusto para el favorecido mediante la carga.

(78) Vid. n. 51.

(79) Como cuando se destruye el templo a cuyo embellecimiento han de destinarse o se han comenzado ya a destinar ciertas rentas o productos de los bienes legados; o como cuando muere el animal que debía ser atendido por el heredero o por el legatario; etc.

(80) Como cuando la prestación en que consiste el *modus* se hace contraria a una ley promulgada con posterioridad al testamento, de manera que se hace imposible la prestación de la conducta en que consiste la obligación modal.

(81) *Quia rata voluntas legatoris esset*: cfr. *Tib.* 31.

positiva, parece que debería admitirse, por razones de equidad, tal conversión del *modus*, cuando se pruebe que la voluntad del causante —que en toda esta materia es fundamental— no quiso imponer al instituido o al legatario una carga cuya evaluación va notoriamente más allá de la intención del difunto. La cuestión se reduciría, en tal caso, a un problema de interpretación de la cláusula testamentaria en que consta el *modus*.

El artículo 798, párrafo 1.º, del Código civil se limita a decir, a propósito de la conversión del *modus* imposible relativo, que éste deberá cumplirse, puesto que no puede serlo en los mismos términos que ordenó el testador, “en otros, los más análogos y conformes a su voluntad”. No era posible, ni tampoco necesario ni oportuno, que el legislador fuera más explícito en esta materia. Como dice Mucius Scaevola, “sobre la analogía del cumplimiento de las cargas es claro que no pueden formularse reglas. Todo depende de la naturaleza del caso y de la cantidad y la calidad de los obstáculos que se opongan al cumplimiento exacto de la disposición testamentaria” (82). La apreciación de la analogía entre el *modus* primitivo y la nueva obligación propuesta es una valoración de hecho que corresponde a los tribunales ordinarios.

15. *Personas legitimadas para solicitar el cumplimiento análogo del modo.*

Pueden solicitar que el *modus* sea cumplido en términos distintos a los previstos por el testador el propio gravado por la carga, cuando la imposibilidad sobrevenida de la obligación no le sea imputable; y las personas que deben vigilar el cumplimiento de la voluntad del testador o han ocupado la posición del *de cuius*, y los beneficiarios de la carga o interesados directamente en su cumplimiento, en todo caso.

La propuesta del propio gravado para que se admita el cumplimiento del *modus* por analogía sólo debe acogerse, en efecto, cuando la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento del *modus* originario no le sea imputable, pues, cuando lo sea, no hay duda que podrá prevalecer sobre ella la propuesta de las otras personas señaladas sobre el cumplimiento análogo de la carga y la acción revocatoria de la disposición testamentaria a la que como determinación accesorias se impuso un *modus* que el obligado a cumplir ha hecho imposible por causa a él imputable. Tal parece ser la interpretación más justa, aunque se aparte de su estricto tenor literal, del párrafo 1.º del artículo 798 del Código civil.

La propuesta —y exigencia— de las personas que deben vigilar

---

(82) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado* cit., p. 852. Vid. también MANRESA, *Comentarios al Código civil español* VI (6.ª ed. por Ogayar) (Madrid, Reus, 1951), p. 252. Tampoco son muy expresivas sobre esta cuestión las Ss. de 2 de enero de 1928 y de 9 de febrero de 1948.

el cumplimiento de la voluntad del difunto o han ocupado su posición, puede concurrir con la acción revocatoria de la liberalidad testamentaria cuando la imposibilidad sobrevenida relativa del *modus* se deba a causa imputable al obligado a cumplir la carga, si bien tales legitimados deberán optar por solicitar el cumplimiento análogo o pedir la revocación de la liberalidad. En este segundo supuesto no puede oponer el gravado la posibilidad del cumplimiento análogo del *modus*, pues así se desprende de lo dispuesto en el artículo 798 del Código civil. En los demás casos, cuando la imposibilidad sobrevenida obedezca a causa distinta de la voluntad del beneficiario de la liberalidad y gravado por la carga, es claro que las personas indicadas también pueden pedir el cumplimiento análogo del *modus*.

La posibilidad de que soliciten el cumplimiento análogo del modo las personas de que se viene hablando (herederos, albaceas, ejecutores testamentarios), en todo caso, choca, como se ha advertido, con el texto del artículo 798 del Código. Pero parece que la interpretación que a este precepto he dado, aparte de ser la más lógica, evita también situaciones que pueden ser muy injustas. No lo ha entendido así, empero, nuestro Tribunal Supremo que, en las pocas ocasiones que ha tenido de decidirse sobre *modus* testamentario imposible, se ha atenido literalmente, para admitir el cumplimiento análogo de la carga, a la exigencia del artículo 798 de ser la imposibilidad sobrevenida del *modus* "sin culpa o hecho propio del heredero o legatario" (83). Esta postura jurisprudencial no es convincente ni parece adherente a la realidad de las cosas, que más bien postula, y con mayor razón, que la norma del cumplimiento análogo se extienda a los casos en que el cumplimiento de la carga se haya hecho imposible por acción u omisión dolosa o culposa del gravado (84).

He dicho que pueden también solicitar el cumplimiento análogo del *modus*, cuando éste no puede tener lugar tal como ordenó el testador, los beneficiarios de la carga o los interesados directamente en su cumplimiento. La determinación de quiénes sean tales personas reviste tradicional dificultad: en efecto, como se sabe, el contenido del *modus*, aun partiendo de la base de que éste sólo puede consistir en una limitación económica de la liberalidad, puede ser muy variado y consistir en una obligación impuesta al heredero o al legatario para favorecer a personas indeterminadas (85), para favorecer al mismo

(83) Cfr. Ss. de 2 de enero de 1928 y de 9 de febrero de 1948.

(84) Cfr. LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de Binder cit., p. 340. Han negado que puedan solicitar el cumplimiento análogo los herederos y albaceas algunos autores: cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado* cit., p. 850; GIORGIANNI, M., *Il "modus"* cit., p. 907, para el cumplimiento en general; pero parece claro que a ellos debe competirles en cuanto que tienen por misión hacer respetar la voluntad del difunto: cfr. arts. 902, regla 3.ª, y 911 Cc. Vid., en cuanto a los albaceas testamentarios, TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 222 ss.

(85) Como en el caso de los clásicos ejemplos de la carga de dar a los pobres de determinada barriada o población en ciertas festividades cantidades

gravado con el *modus* (86) o, finalmente, para realizar los más diversos intereses del testador (87). De esta enumeración indicativa ya se desprende que será, en ocasiones, difícil determinar quién está legitimado para proponer que el modo imposible se cumpla de manera análoga. Hay que partir de la base de que sólo lo podrán solicitar los que tengan interés en el cumplimiento de la carga. Pero, ¿quiénes serán tales interesados? Por lo que se refiere a la carga impuesta al heredero o legatario en favor de terceros indeterminados es, a menudo, posible individualizar en un ente (88) o en una organización (89) la representación de los intereses de aquella clase de personas (90), siendo procedente en tal caso, según Mucius Scaevola, el juicio de adjudicación de bienes a que están llamadas varias personas sin designación de nombres para hacer exigible al heredero o legatario el cumplimiento, también análogo, de la carga (91). Cuando el *modus* tiene por objeto la satisfacción de ciertos intereses morales del testador (92), hay que entender que deben curar de los mismos los herederos del *de cuius* (93) y también acaso, ante su inactividad, los familiares más íntimos del testador (93<sup>bis</sup>), que en el momento de encargarse de los mismos los hacen propios. La cuestión más delicada ha sido siempre y sigue siendo la de quién es el interesado en el cumplimiento del *modus* cuando éste tiene por objeto favorecer al propio gravado con la carga, pues en este caso es difícil individualizar los sujetos, distintos naturalmente del gravado (94), en los que se puede considerar continúa el interés que tenía el testador al imponer la carga. La cuestión, quizá, podría resolverse entendiendo que, en el caso contemplado, si tal interés subsiste y en quién continúa, depende de la particular configuración del *modus* en cada caso: por ejemplo, la carga impuesta al legatario de una casa solariega de no alterar el carácter arquitectónico de la misma puede ser exigida, en aten-

---

determinadas de dinero, o de pagar los estudios de un estudiante pobre o de premiar su aprovechamiento, etc. Cuando el *modus* se resuelve en una carga en favor de un tercero determinado estamos ante un legado obligacional: cfr. GIORGIANNI, M., *Il "modus"* cit., p. 895 ss.

(86) Como cuando el testador impone que los bienes que le transmita sean en todo o en parte invertidos de cierta manera que considera más segura o destinados a su instrucción.

(87) Como cuando el testador impone que se le construya un monumento funerario, ordena que se publique un manuscrito del que es autor, dispone que el instituido haya de cuidarse de un determinado animal, etc.

(88) Cfr. art. 12 R. D. de 27 de septiembre de 1912 y art. 179 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944.

(89) Cfr. art. 749 Cc.

(90) Cfr. GIORGIANNI, M., *Il "modus"* cit., p. 904.

(91) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado* cit. p. 850.

(92) Como en el caso señalado en la n. 87 de que el testador imponga que se le construya un monumento funerario.

(93) Arg. arts. 111, 112, 118, etc., Cc.

(93 bis) Como ocurre en otros supuestos: cfr. art. 466 del Código penal.

(94) Cfr. GIORGIANNI, M., *Il "modus"* cit., p. 908.

ción al objeto del legado modal, por los familiares del testador (95). Quienes resulten interesados, con interés propio, bien sea inmediato (como beneficiarios económicos) bien mediato (como curadores de un interés moral del difunto), en el cumplimiento del *modus* son, pues, quienes pueden solicitar que el *modus* que se ha hecho imposible relativamente sea cumplido de manera análoga a como dispuso el testador.

Y los llamados interesados indirectos, por ejemplo, en el caso de una carga modal de construir un monumento funerario, el escultor que el testador designó en la disposición, ¿pueden solicitar el cumplimiento del *modus* de manera análoga a la dispuesta que se ha hecho imposible? La pregunta, que casi es de escuela referida al cumplimiento análogo, debe contestarse negativamente: tales sujetos ni tienen un interés personal inmediato ni encarnan los intereses del difunto.

Si el *modus* se llegare a convertir en imposible, aunque susceptible de realización análoga, y nadie pidiese ese cumplimiento análogo, por no haber interesado en que tenga lugar la nueva prestación, la liberalidad se purifica, extinguiéndose la obligación en que el *modus*, en su nueva forma, consiste.

#### 16. Incumplimiento del modo relativamente imposible.

Una vez determinado el contenido de la prestación análoga del *modus* que no pudo cumplirse, por imposibilidad sobrevenida, en la misma forma que ordenó el testador, la disciplina del incumplimiento de carga análoga es la ordinaria aplicable al *modus* testamentario. La nueva obligación o carga tiene la misma causa que la primitiva y debe cumplirse igualmente.

Si el gravado incumple la carga a que está obligado pueden solicitar su cumplimiento todas las personas a que acabo de referirme, las cuales, además, cuando de la conducta del obligado les sobrevenga un perjuicio, podrán pedir la correspondiente indemnización, no cabiendo ya la condena a un equivalente o análogo.

Si el incumplimiento de la carga, en su nueva modalidad de prestación, es imputable a dolo o culpa del gravado, puede, naturalmente, pedirse la revocación de la liberalidad testamentaria, para lo cual están legitimados el heredero, el albacea, el eventualmente favorecido por la decadencia del beneficio y el ejecutor testamentario, pero no los terceros favorecidos por el gravamen o carga, que sólo tienen interés en la misma carga y en su cumplimiento (96).

Sobre la dificultad extraordinaria del cumplimiento análogo del *modus* relativamente imposible y la cuestión de si puede considerársela como imposibilidad liberatoria del cumplimiento, vale lo dicho en otros apartados de este trabajo.

(95) Cfr. GIORGIANNI, M., *Il "modus"* cit., p. 908.

(96) Vid. LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de Binder cit., p. 343.