

1.4. Sucesiones

Las condiciones testamentarias como manifestaciones de la libertad para testar y derechos fundamentales

Testamentary conditions as a manifestations of the freedom to testate and fundamental rights

por

FERNANDO CAROL ROSÉS

Abogado

Doctor en Derecho UNED

RESUMEN: Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas lo que plantea la cuestión acerca de si caben cualquier tipo de condiciones que coarten la libertad del instituido con tal de que no sean contrarias a la ley o a las buenas costumbres. En este punto la libertad para testar puede entrar en colisión con los derechos y libertades fundamentales. No hallamos ante la cuestión de la *drittwirkung*, de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales. En este trabajo se trata también de las condiciones potestativas de hechos pasados, normalmente la condición de que los herederos instituidos cuiden al testador hasta su fallecimiento, que no siempre es fácil diferenciar de otro elemento accidental del negocio jurídico testamentario cual es el modo.

ABSTRACT: Impossible conditions and those contrary to law or good customs will be deemed not to have been established, which raises the question of whether there is room for any type of conditions that restrict the freedom of the instituted person, as long as they are not contrary to law or good customs. At this point the freedom to make a will can collide with fundamental rights and freedoms. We are not faced with the question of *drittwirkung*, of the effectiveness *inter privatos* of fundamental rights. This work also deals with the optional conditions of past events, normally the condition that the instituted heirs take care of the testator until his death, which is not always easy to differentiate from another accidental element of the testamentary legal business, which is the mode.

PALABRAS CLAVE: Libertad para testar. Condiciones. Derechos fundamentales.

KEY WORDS: Freedom to test. Conditions. Fundamental rights.

SUMARIO: I. CONDICIONES TESTAMENTARIAS: SU LICITUD.—II. CONDICIONES QUE PARA EL LEGISLADOR ORDINARIO SE TENDRÁN POR NO

PUESTAS.—III. CONDICIONES QUE PARA EL LEGISLADOR ORDINARIO COMPORTARÁN LA NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN.—IV. CONDICIONES POTESTATIVAS DE HECHOS PASADOS.—V. ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN.—VI. MODO Y CONDICIÓN.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONDICIONES TESTAMENTARIAS: SU LICITUD

La libertad para testar¹, auténtica clave de bóveda de nuestro Derecho sucesorio², no solo implica la autonomía para otorgar testamento sino también la posibilidad de imponer condiciones, o no, a los sucesores³. Por tanto, esta última es, sin lugar a dudas, una concreción de esta libertad testamentaria, reconocida en el artículo 790 del Código Civil: «Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición».

Esta libertad es la regla general y la intangibilidad de la legítima, la excepción (arts. 813.2 CC, 451-9.1 CCCat, 498 CDFA). A mayor libertad para testar, cabe la eventualidad de que se dé una mayor “creatividad”⁴ y, en ocasiones, incluso excentricidad en el contenido de las disposiciones de última voluntad⁵.

Como vemos, una de las manifestaciones de la autonomía privada testamentaria, de la libertad para testar, se materializa en la o las condiciones impuestas por el causante a sus beneficiarios. En buena lógica, carecerán de validez aquellas que traspasen los límites impuestos por el legislador⁶.

Estas condiciones, como elemento accidental del negocio jurídico, seguirán las prescripciones aplicables del Código Civil prevenidas para los herederos y legatarios y, en su defecto por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales (art. 791 CC); de modo que bien pueden ser tanto suspensivas⁷ como resolutorias⁸, toda vez que no rige el principio *semel heres semper heres*⁹ propio del Derecho romano, del Derecho catalán¹⁰ y del Derecho de Mallorca y Menorca¹¹. Sin género de dudas, la condición será el medio a través del cual se conocerán los motivos de la disposición testamentaria¹².

La libertad para testar en este punto, el de las condiciones, puede entrar en colisión con los principios y derechos fundamentales. De nuevo estamos ante la cuestión de la aplicación *inter privatos* de los derechos fundamentales¹³, de la *drittwirkung der grundrechte*. Veamos.

El Código Civil da respuesta a la cuestión de las condiciones imposibles, contrarias a la ley¹⁴ o a la moral. Así el artículo 792 dispone que «las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa»¹⁵. El artículo 423.17 CCCat, menos tajante, afirma que «las condiciones ilícitas se tienen por no formuladas, pero, si resulta claramente que el cumplimiento de la condición ilícita es motivo determinante de la institución de heredero, esta es nula».

El influjo del Derecho romano¹⁶ es evidente, *pro non scriptis habentur*¹⁷. Este precepto se aplicará tanto si los derechos en colisión carecen de la categoría de fundamentales como en el supuesto de que sí la ostenten, con lo que se responde, a primera vista, mediante un precepto estrictamente sucesorio, a la cuestión de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales, de la *drittwirkung*.

Claro que si partimos de que la condición, en un sentido no estricto, es un medio para la consecución de un fin¹⁸, al tratar de su licitud hemos de distinguir

entre la del acto u omisión que ella comporta y la finalidad que con la condición se pretende alcanzar «de tal suerte que tanto si lo primero es contrario a derecho como si la finalidad perseguida es hacer lo que la ley no permite realizar, es evidente que la condición que se dirija a tan arbitrario fin habrá de reputarse contraria a derecho y por ello como no puesta»¹⁹. Por el contrario, observa ALBALADEJO, «no es inmoral ni ilícita la condición cuando el suceso inmoral o ilícito se contempla con el fin de evitarlo (por ejemplo, se deja algo bajo la condición resolutoria de que el instituido robe)»²⁰.

Sin embargo, siendo lícito el acto u omisión debemos plantearnos, desde esta perspectiva de la finalidad que no de la esencia de la condición como hecho sobre el que hay incertidumbre, si la finalidad lícita en sí, pero que comporta una restricción de la libertad del instituido o la de un derecho-libertad constitucional (ahí está la cuestión de la *drittwirkung*), contraviene el ordenamiento, teniéndose por no puesta²¹. Esta es una postura doctrinal.

DÍEZ-PICAZO haciendo referencia a la doctrina decimonónica afirma que «toda condición que coarte la libertad del donatario o legatario debe ser considerada *contra bonos mores*. De esta suerte, se ataca la personalidad humana cuando se ataca la libertad individual que es el derecho esencial de la personalidad»²². En cambio, la condición consistente en que los favorecidos en el testamento no ejerciten acciones judiciales en defensa de sus intereses²³, es decir, los pactos de *non petendo*, «no han sido considerados nunca como ilícitos, ni como contrarios a las buenas costumbres»²⁴. Por su parte, en la doctrina comparada actual DI MAURO afirma que «in tale ottica, il principio di base che l'interprete deve necessariamente tenere sempre presente è quello di considerare illecite tutte quelle condizioni con cui il testatore, anche se minimamente, ovvero in maniera indiretta, ha inteso coartare la libertà dell'istituito; regola che [...] non deve subire eccezione alcuna, in quanto la minima coartazione della volontà dell'istituito, e, quindi, della sua libertà, deve ripugnare»²⁵.

Desde otra óptica, en este punto y por cuanto atañe a condiciones que partiendo de un acto u omisión lícito en sí (ilícito sería, por ejemplo, la comisión de un delito o una infracción administrativa) y conforme a las buenas costumbres (contravendría, por el contrario, las buenas costumbres, por ejemplo, una conducta contraria a la moral social) aunque puedan parecer contrarias a derechos fundamentales por coartar la libertad del instituido —como podrían ser las de divorciarse, abrazar o abandonar determinada religión, etc., (actos lícitos en sí mismos)— no implican una colisión de la autonomía privada del testador con dichos derechos fundamentales de los instituidos ya que estos siempre serán libres de aceptar o no, debiendo prevalecer la *voluntas testatoris*. A juicio de una buena parte de la doctrina científica, es la solución correcta ya que si bien según el artículo 792 del Código Civil se tendrán por no puestas las condiciones contrarias a las buenas costumbres y a la ley (al frente de las cuales se encuentra la Constitución), no es menos cierto que la libertad de testar que incluye la libertad de condicionar también tiene su respaldo constitucional²⁶. No olvidemos que, salvo los legitimarios, nadie tiene derecho a ser beneficiario de una disposición *mortis causa*. Como sostiene MARTÍNEZ DE AGUIRRE, la gratuidad de la atribución comporta la posibilidad de condicionar su eficacia²⁷. Con todo siempre ha lugar a la clásica cuestión sobre la libertad de la persona, si esta tiene capacidad para ser esclava, lo que es ciertamente dudoso, de hecho no están admitidos los contratos personales para toda la vida (art. 1583 CC).

Es decir, no se tienen por ilícitas cualesquiera condiciones que coarten la libertad puesto que, en última instancia, al destinatario siempre le quedará el

recurso de no aceptar la herencia²⁸. Es decir una condición que no sea ilícita en sí (es decir, que no consista en un acto u omisión ilícito), por mucho que coarte al instituido²⁹, no deja de ser una manifestación de la libertad para testar; libertad en sentido positivo. Como sostiene BONILINI «l'autonomia testamentaria, a differenza di quella contrattuale, sfugge a verifiche in termini de "socialità" dell'intenzione e dello scopo (art. 1322, cpv., cod. Civ.). Si rivelano valide, pertanto, anche le disposizioni capricciose o bizzarre [...] com'è limitata l'autonomia contrattuale (art. 1322 cod. civ.), altrettanto deve esserla quella testamentaria, ma il testatore incontra meno impacci, di quanti non ne incontrino i paciscenti, sia perché giova valorizzare l'esigenza di liberalità successoria e della libera disciplina degli interessi *post mortem*, sia perché è assente, qui, l'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi»³⁰.

Por nuestra parte, nos inclinamos por la postura ecléctica de GARCÍA RUBIO cuando indica que habrá que realizar una «ponderación de los principios en el testamento discriminatorio: solo las discriminaciones insoportables y odiosas o que exijan renunciaciones inadmisibles a los derechos y libertades fundamentales de los beneficiarios (el testamento "liberticida") justifican el límite a la libertad para disponer *mortis causa*»³¹.

Conviene no olvidar, con DELGADO ECHEVERRÍA, que la moralidad social vigente presenta una indudable relevancia³² puesto que la historia del Derecho muestra que los «criterios sociales se introducen de diversas maneras en el sistema jurídico y que, más allá de las leyes, los tribunales han encontrado siempre algún cauce para invalidar testamentos cuyas disposiciones desafiaban de manera escandalosa a la moral social de la época: el origen de la *querella inofficiosi testamenti* y su tratamiento por los *Centumviri* es una lección que no hay que olvidar»³³. Aunque como acertadamente sostienen TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO «poner los límites de lo que el testador puede y no puede hacer en criterios de moralidad social tiene unos costes muy altos en términos de seguridad jurídica...» y recuerdan que «en MODESTINO D. 28,7,27 se consideraba inmoral y como no puesta, la condición de que los restos del disponente fuesen arrojados al mar, lo cual hoy en día no solo no es inmoral, sino que con toda seguridad es bastante frecuente»³⁴.

II. CONDICIONES CONCRETAS QUE EL LEGISLADOR ORDINARIO TIENE POR NO PUESTAS

La licitud de las condiciones a las que nos hemos referido no obsta para que el legislador, expresamente, tenga por no puestas algunas que limitan la libertad del instituido, caso de «la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio... a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de este» (art. 793 CC)³⁵. La excepción es hoy más que discutible³⁶.

Prosigue el artículo 793 del Código Civil en su párrafo segundo: «Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo». En este supuesto, por el contrario, no hay coacción de la libertad del instituido dada la pretensión de cubrir sus necesidades mientras permanezca en este estado, no actuando el matrimonio del legatario como condición resolutoria, con efectos retroactivos (*ex tunc*), sino que deja sin efecto el legado a partir de ese momento (*ex nunc*)³⁷.

En suma, será válida la condición “relativa” de no contraer matrimonio³⁸, si bien la de contraer matrimonio o de contraerlo con persona determinada o tipo de persona haya de reputarse válida con ciertas cautelas³⁹. En opinión de ALBALADEJO, opinión que compartimos, «hay que afirmar que para decidir sobre la admisibilidad o no, en general, de las condiciones relativas al matrimonio, debe acudirse al artículo 792, y estimando contraria o no a las leyes o a las buenas costumbres la condición concreta sobre matrimonio que se haya puesto en el caso, considerarla puesta o tenerla por no puesta. Es como si el artículo 792 dijese: “Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o las buenas costumbres, se refieran al tema que se refieran y, por supuesto, también cuando versen sobre el matrimonio, se tendrán por no puestas...”. Y como si el 793 completase el tema diciendo: “Pero en todo caso la absoluta de no contraer matrimonio se considerará contraria a las buenas costumbres y, consiguientemente, se tendrá por no puesta”. En definitiva, pienso que es incorrecto el argumento de que puesto que el artículo 793 rechaza únicamente la condición absoluta de no contraer matrimonio, son admisibles las de contraerlo, de contraerlo con cierta persona y de no contraerlo con persona determinada. De estas no hay que juzgar —insisto— por el artículo 793, sino por el 792, y cuando, a la vista de las circunstancias del caso, deban considerarse inadmisibles, habrá que tenerlas por no puestas a tenor de dicho artículo 792»⁴⁰. Esta es la tesis ampliamente compartida por la doctrina italiana y el Tribunal de casación italiano en una sentencia del año 2009⁴¹. De todos modos, habida cuenta de que el matrimonio de 1889 no es el matrimonio actual, la condición positiva de contraer matrimonio es menos relevante puesto que a los tres meses de contraerlo se puede disolver por divorcio por la sola voluntad de uno de los cónyuges.

Esta condición si fue consentida por el Derecho romano, no era sino reflejo de la protección dispensada a las nupcias, principio constitucional imperante en las sociedades contemporáneas⁴². Prima la libertad de contraer matrimonio sobre la libertad para testar.

Téngase en cuenta que el presupuesto básico inderogable para el válido matrimonio es la libertad de consentimiento. En buena lógica y por extensión, idéntica ilicitud se predicaría de las disposiciones de última voluntad en las que un tercero coacciona en este acto personalísimo al deponente.

En este aspecto, la CDFa presenta alguna especialidad frente al Código Civil. Así el artículo 476 CDFa dispone que «es válida la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada». Prima la libertad de testar sobre la libertad de contraer matrimonio, pero si el motivo expresado es ilícito (p.ej. contrario al art. 14 CE) y esencialmente determinante de la disposición afectará a la eficacia del testamento (cfr. art. 471 CDFa). Es por la vía la de colisión con los motivos expresados, ilícitos y determinantes de la disposición, por la que los derechos fundamentales están presentes en las relaciones *inter privatos* en materia testamentaria.

El CCCat admite expresamente la condición de contraer matrimonio (art. 423-15.1). Cuestión notablemente significativa, toda vez que «la misma coacción puede haber cuando la condición es la de no contraer matrimonio, como cuando la condición es la de contraer matrimonio, y esta la admite la ley [...] Y si admite la “coacción” respecto a la celebración de matrimonio, también es admisible la coacción hacia otras esferas personales»⁴³.

III. CONDICIONES QUE PARA EL LEGISLADOR ORDINARIO COMPORTAN LA NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN

No obstante, se establecen excepciones a la regla del artículo 792 del Código Civil puesto que se sanciona con nulidad la «disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona» (art. 794 CC); se sanciona con nulidad la disposición bajo esta condición (llamada condición captatoria) y no otras que pueden ser mucho más inmorales que simplemente se tendrán por no puestas. En resumidas cuentas, resulta incuestionable que una condición de este tipo coarta la libertad en sentido positivo, es decir, la libertad para testar; la libertad para testar de uno al imponer esta condición limitaría la libertad positiva para testar de aquel a quien se impone la condición⁴⁴. Este artículo tiene su correspondiente en el 423-19 CCCat que dice así: «Las condiciones captatorias determinan la nulidad de la institución de heredero». BOSCH CAPDEVILA considera que este precepto representa «el exponente más importante de la vigencia del principio de libertad de testar en el CCCat, o uno de los principales argumentos para defender la existencia de este principio. El testador puede establecer prestaciones a cargo de una persona (sería un legado de cosa propia del favorecido), le puede limitar su facultad dispositiva por actos entre vivos (imponiéndole el modo consistente en una prohibición de disponer, artículo 428-6), lo puede gravar con un fideicomiso, pero lo que no puede hacer es condicionar su libertad dispositiva *mortis causa*»⁴⁵.

Diferente también la solución del Derecho aragonés, que en su artículo 476 CDFA declara válida «la condición de que el heredero o legatario haga alguna disposición *mortis causa* en favor del disponente o de otra persona».

El hecho de que los artículos 476 CDFA y 423-15 1 CCCat gocen de plena constitucionalidad, al día de hoy, verifica la hipótesis que antes hemos formulado: no existe ningún obstáculo constitucional que impida considerar plenamente válidas aquellas condiciones que, consistiendo en un acto u omisión lícita en sí, constriñan la libertad del instituido. Cuestión distinta es que el legislador ordinario aprecie que algunas se tendrán por no puestas y otras comportarán la nulidad de la disposición. Parafraseando la STS de 27 de octubre de 1892⁴⁶, el testador no atenta contra la libertad del beneficiado por la disposición *mortis causa* sino que hace uso de la suya en la disposición de sus bienes.

IV. CONDICIONES POTESTATIVAS DE HECHOS PASADOS

Como bien dice CAÑIZARES LASO, «en ocasiones el testador precisamente con la finalidad de favorecer a determinados parientes sujeta sus decisiones a determinadas condiciones. Esto sucede cuando la institución de heredero queda sometida a la condición de que dichos herederos cuiden al testador para el caso de enfermedad o de cualquier necesidad hasta su fallecimiento»⁴⁷. No siendo menos cierto que la condición, y también el modo, en los negocios jurídicos *mortis causa* con objeto de cuidar y asistir al testador y/o a terceros merecen una mejor y más amplia regulación por el interés que suscitan, sin duda mucho mayor que la condición de no contraer matrimonio, habida cuenta de la realidad social actual y las perspectivas de futuro. En cualquier caso, es una posibilidad que nos ofrece el Derecho de sucesiones.

Este tipo de condición deberá configurarse como una condición impropia puesto que la institución o el legado no son condicionales cuando el evento se ha cumplido en el momento de la apertura de la sucesión: nacerán puros⁴⁸.

Examinemos la jurisprudencia. Unas veces contempla auténticas condiciones potestativas de hechos pasados, así la STS de 9 de mayo de 1990⁴⁹ (*RJ* 1990, 3696) que parte de un testamento en el que la testadora mejora a su nieto «bajo condición de que atienda al cuidado y asistencia de la testadora hasta su fallecimiento, y la obligación de abonar los gastos de entierro y funerales» (la obligación de que pague el entierro y el funeral es un modo, FD 5.^o). El llamamiento condicionado a un acontecimiento que tan solo puede ocurrir antes de la apertura de la sucesión hace que nos hallemos ante una condición suspensiva, potestativa, de pasado y que ha de ser conocida por el obligado a cumplirla, así lo ha entendido esta misma sentencia en su fundamento de derecho tercero cuando dice que «siendo potestativa y de hechos pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento. El Código prevé la hipótesis de condición suspensiva consistente en hechos posteriores a la muerte del causante y, además, potestativas (art. 795), pero no contempla la condición suspensiva potestativa de hechos pasados»⁵⁰, lo que no impide que el testador en virtud de su autonomía la pueda introducir.

En alguna otra ocasión el Tribunal Supremo se encuentra ante una obligación modal, véase la STS 13/2003, de 21 de enero⁵¹ (*RJ* 2003, 604), que partiendo de una cláusula testamentaria del siguiente tenor: «La mejora y el legado de la cláusula anterior los hace a su hijo Antonio, con la obligación modal de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto precisen sanos o enfermos, y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles, según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes», en su fundamento de derecho tercero, pone de manifiesto que «el artículo 797 del Código Civil es inequívoco al disponer que la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que esta era su voluntad, de suerte que cualquier duda al respecto debe resolverse legalmente en contra y no a favor de la condición, como por demás tiene declarado esta Sala en sus sentencias de 18 de diciembre de 1965 (*RJ* 1965, 5898), 17 de mayo de 1971 (*RJ* 1971, 3158) y 28 de mayo de 1994 (*RJ* 1994, 6723)».

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 768/2009, de 3 de diciembre⁵² (*RJ* 2010, 269). Se trata de un testamento con la siguiente cláusula: «SEGUNDO. La institución de herederos queda sometida a la condición de que los mismos, atiendan y asistan a la testadora en caso de enfermedad o en cualquier otra situación de necesidad de la misma, estableciendo que los que no le presten su asistencia en tales circunstancias perderán toda participación en la herencia, acreciendo su parte a los restantes herederos que cumplan la voluntad de la testadora». Como asevera CAÑIZARES LASO, «desde la primera instancia se califica la cláusula como una “condición potestativa” cuyo cumplimiento resultaba imposible porque no era conocida por los herederos antes de la apertura de la sucesión y que, una vez fallecida la testadora, ya no pudo cumplirse [...] se subraya la difícil calificación de este tipo de instituciones. Y en verdad es así porque aquellas disposiciones en las que un testador condiciona la efectividad de la institución de heredero a un acontecimiento que solo puede ocurrir antes de la apertura de la sucesión es una cuestión complicada»⁵³. En esta sentencia nos encontramos ante «una institución de heredero bajo condición de pasado, aunque para el causante, como en este caso, debe considerarse siempre de futuro y tendrá la cualidad de

potestativa impuesta a los herederos, que deberá haberse cumplido antes de la apertura de la sucesión» (FD 4.º).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 557/2011, de 18 de julio⁵⁴ (RJ 2011, 5217). Se parte de la siguiente cláusula testamentaria: «Llegado el día en que, por senectud, invalidez, enfermedad irreversible o cualquier otra causa análoga, la testadora no pudiera valerse por sí misma, tendrán los herederos la obligación de acogerla en su casa el tiempo que sea necesario, por periodos de tiempo iguales cada uno. Si alguno de los nombrados herederos se negare a atenderla en estas circunstancias quedará excluido de la herencia, acreciendo su parte a los demás. Si alguno de los herederos, hermanos de la testadora por razones de enfermedad grave o senectud no pudiera atenderla, serán sustituidos en la obligación por los respectivos hijos de los mismos, sobrinos de la testadora en ese caso con sustitución fideicomisaria en lo que respecta a los bienes que les correspondan en la herencia, a favor de los sobrinos que efectivamente la atiendan. No se considerará incumplido el deber de asistencia, si ha de producirse el internamiento de la testadora en un centro hospitalario o geriátrico por necesidad de asistencia médico sanitaria». Se trata, al igual que en la sentencia anterior, de una institución de heredero bajo condición de hechos pasados.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 316/2018, de 30 de mayo⁵⁵ (de Pleno) (RJ 2018, 2314). Se trata de un testamento con una cláusula que reza así: «Instituye como heredera universal en todos sus bienes, derechos y acciones a Doña Reyes, vecina de Villafranca del Bierzo, con la obligación de cuidar y asistir a la testadora hasta su fallecimiento, dispensándole toda clase de cuidados». Pues bien, esta Sala desestimó el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia que «consideró que la obligación impuesta a la instituida heredera, de cuidarla y asistirle hasta su fallecimiento, debía ser calificada como una condición suspensiva de carácter potestativo cuyo cumplimiento debía realizarse en vida de la testadora, de forma que el incumplimiento de la condición impediría la adquisición del derecho testamentario» (FD 1.º. 4). No obstante, esta sentencia dice en su fundamento de derecho tercero 2 que «la cuestión de la calificación jurídica de esta obligación en el marco de la voluntad testamentaria, cuya utilización suele ser típica en numerosos testamentos, es una cuestión compleja y controvertida. Sin duda, la complejidad de la calificación jurídica responde a la deficiente regulación de nuestro Código Civil sobre esta materia [...] No resulta extraño, por tanto, que la cuestión planteada haya tenido, y tenga, un carácter controvertido tanto para la doctrina científica, como para la doctrina jurisprudencial, tal y como resulta demostrativa la dispar calificación que se le da a esta figura en las citadas sentencias de esta Sala de 21 de enero de 2003 (núm. 13/2003) y 18 de julio de 2011 (núm. 557/2011). Por lo que interesa que esta Sala fije los criterios de interpretación de la cuestión planteada. En este sentido, la calificación jurídica que corresponde a la obligación impuesta por la testadora debe realizarse, necesariamente, desde la interpretación del testamento tanto en su vertiente, primordial, de búsqueda o preponderancia de la voluntad realmente querida por el testador (art. 675 CC), como de su necesaria correspondencia con la declaración formal testamentaria realizada. Desde el primer plano de análisis indicado, la obligación de cuidar y asistir a la testadora hasta su fallecimiento tiene el carácter de condición suspensiva cuando el contenido de dicha obligación responde, en esencia, a la fijación de la voluntad o finalidad querida por el testador; esto es, suponga la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la disposición testamentaria relativa a la institución de heredero. Desde el segundo plano indicado, esta fijación de la voluntad realmente

querida por el testador tiene que estar proyectada, de forma principal, en la declaración formal testamentaria, en su interpretación lógica y sistemática».

La STS núm. 118/2021, de 3 de marzo⁵⁶ (RJ 2021, 969), en su fundamento de derecho segundo reitera el argumento de la anterior sentencia: «Solo cuando la interpretación del testamento permite concluir que la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la institución era que la llamada como heredera cuidara y asistiera a la testadora hasta su fallecimiento, y no lo hizo, se ha declarado la ineficacia de la institución».

Este tipo de sentencias ponen de manifiesto las posibilidades que ofrece el Derecho de sucesiones para el cumplimiento de determinados fines de índole familiar⁵⁷.

ZURITA MARTÍN, consideramos que, con buen criterio, no entiende «que el desconocimiento de la condición deba interferir en la consideración del cumplimiento de la misma, pues puede que el testador no quisiera que el designado la conociera, precisamente para evitar que le cuidara por motivos interesados»⁵⁸.

Caso de incumplimiento de la condición, la atribución patrimonial corresponderá a los sustitutos vulgares, si los hay, o quienes deba acrecer, procediendo en último término a la apertura de la sucesión intestada.

Es muy conveniente, para evitar controversias futuras, especificar en qué habrán de consistir los cuidados, si hay obligación de convivencia, etc., aunque «los tribunales manifiestan gran flexibilidad al apreciar la existencia del cumplimiento de la obligación de cuidar, tomando en consideración las posibilidades del instituido, el mantenimiento de la institución por el causante, sin revocación testamentaria, la falta de necesidad de asistencia o la ausencia de requerimiento para cumplir. Además, se admiten, cuando concurren sus presupuestos, tanto el cumplimiento en términos análogos a los previstos testamentariamente como el ficticio, cuando el real lo impide quien resultaría favorecido por el incumplimiento o incluso quien habría de recibir la asistencia»⁵⁹.

La STS de 21 de diciembre de 1920⁶⁰ consideró válida una cláusula del siguiente tenor: «Instituyo como mi única y universal heredera a la persona que durante mi última enfermedad me cuide y asista asiduamente y que además se preste gustosa a hacerse cargo de la perra que tengo llamada Hortensia, a la que deseo se atienda con cariño». Esto es lo que la doctrina califica como «testamento a quien me cuide». Esta forma de ordenar la sucesión no contraviene la prohibición de designar heredero a persona incierta de los artículos 750⁶¹ y 772 del Código Civil, puesto que podrá acabar determinándose, con mayor o menor facilidad, la persona que ha proporcionado los cuidados. Caso de haberse designado albacea, y conveniente es que a estos efectos se haga, será a él a quien le incumba tal determinación, y en su defecto, al contador-partidor⁶².

El artículo 203.2 LDCG es el único texto legal español que contempla expresamente esta disposición testamentaria: «Será válida la disposición a favor de quien cuide al testador»⁶³, señalando la persona que en defecto determine quién o quienes cuidaron al testador, así, «salvo que se disponga otra cosa, si el testador hubiera designado testamentero, será este quien determine en escritura pública la persona o personas que cuidaron al testador». Cabe una interpretación extensiva del precepto que comprenda también el cuidado de terceras personas⁶⁴.

Lo anterior no se debe confundir con la institución hecha bajo condición de cuidar, expresamente contemplada en Derecho gallego —lo que supone el reconocimiento expreso de una mayor libertad para testar (libertad en sentido positivo)— en el artículo 204 LDCG: «También será válida la disposición hecha

bajo la condición de cuidar y asistir al testador; sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Si el testador designara testamentario, corresponderá a este la facultad de apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la condición resolutoria». Esto último resulta bastante peligroso. No hace mención de la disposición sometida a condición suspensiva ni de la disposición modal, pero no las prohíbe.

Aunque «si teóricamente distinguimos las dos situaciones, en la práctica es algo más difícil apreciar la diferencia. Pensemos en el caso que regula el número 2 del artículo 203 LDCG. Está claro que no dice el testador a favor de quién hace la designación, y que el sucesor se identificará porque ha dispensado los cuidados previstos, pero ¿no está condicionando el llamamiento a que alguien cuide al testador? Si no se produce el hecho futuro e incierto de que alguien cuide al testador, no habrá llamamiento»⁶⁵. No obstante, en el caso de disposición a favor de quien cuide al testador, al tiempo de otorgar el testamento el causante no tiene conocimiento de la persona que le cuidará, no pudiendo identificarla, mientras que en la institución con la condición de cuidar el instituido está perfectamente identificado, cosa distinta será el cumplimiento o no de la condición.

V. ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN

Tanto en la institución o legado «a favor de quien me cuide» como en el caso del legado o institución condicionado a «si me cuida» se suscita el problema práctico consistente en acreditar el cumplimiento efectivo del cuidado y por quien. La DGRN en resolución de 27 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 6043), fundamento de derecho segundo, subraya, reiterando lo ya dicho en resolución de 30 de abril de 2014⁶⁶, que «serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los tribunales de Justicia. Según doctrina reiterada de este Centro Directivo, es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencialmente, podrá también el albacea, máxime si en él, además confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador. Y por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los tribunales de Justicia decidir la posibilidad de cumplimiento de la voluntad del testador y su alcance interpretativo, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al tribunal de Instancia», resaltando en el fundamento de derecho tercero la importancia a estos efectos del acta de notoriedad cuando dice que «el artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario, determina que “el acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella”. Ciertamente, este precepto reglamentario está pensado para las sustituciones hereditarias; pero, debe entenderse que en estos supuestos de llamamientos condicionales, también se produce una situación de indeterminación en cuanto a quién ha de ser el efectivamente llamado, dependiendo del cumplimiento o incumplimiento del hecho o acontecimiento condicional, cuyo cumplimiento o incumplimiento también puede acreditarse mediante acta de notoriedad».

VI. MODO Y CONDICIÓN

El modo es una institución que induce a cierta difícil delimitación, principalmente, con el legado y con la condición. Es una figura jurídica de compleja determinación, hasta el punto incluso que el artículo 798 del Código Civil utiliza el término “condición” si bien parece que se está refiriendo al modo⁶⁷. La calificación jurídica no es fácil. En cualquier caso, ya adelantamos, será imprescindible escudriñar la voluntad del testador⁶⁸ en necesaria correspondencia con la declaración formal testamentaria realizada. Para ello será útil la regla interpretativa aportada por GARCÍA GOYENA: «El *modo* pasa a ser condición cuando en lugar del *ut* latino, o *para* castellano, se usa la palabra *si*, aunque a veces el *modo* se llama también condición, como en las leyes 71, párrafo 1, y 108, título 1, libro 35 del Digesto»⁶⁹. En realidad, esto es lo que resulta de D. 35,1,17,4: «Mas si a uno se le hubiera hecho un legado para esto, para que con él hiciera alguna cosa, por ejemplo, un monumento al testador, o una obra, o para que diera un banquete a los individuos del municipio, o para que de él restituyese parte a otro, se considera que se legó bajo modo».

La institución o el legado afectados por una carga modal, recuerda LASARTE ÁLVAREZ, se trata de un «supuesto relativamente frecuente porque, en numerosas ocasiones, el testador sin llegar a establecer una condición propiamente dicha, ordena el cumplimiento y la atención de determinadas obligaciones al instituido»⁷⁰.

Conviene hacer una afirmación de principio, aunque parezca obvia: la condición es un acontecimiento futuro e incierto del cual depende la eficacia, mientras que el modo es una carga impuesta al beneficiario de una liberalidad. Trae a colación REYES LÓPEZ que «tradicionalmente se ha venido diferenciando entre modo y condición señalando que el modo obliga, pero no suspende, mientras que la condición suspende, pero no obliga»⁷¹. Es decir, la no ejecución de la prestación en que suele consistir el modo no suspende la eficacia de la institución o del legado. No es que sea heredero si cumple, sino que siendo heredero asume dicha obligación⁷². Ahora bien, continúa esta autora puntualizando que «este efecto, no puede predicarse de cualquier tipo de condición. El criterio que tradicionalmente se sigue, es que el precepto se refiere a la condición suspensiva, excluyendo la resolutoria puesto que, como indica la doctrina, las diferencias con la condición resolutoria se sitúan en que el incumplimiento del modo no siempre produce efectos resolutorios mientras que sí en la condición»⁷³.

La diferencia con la condición resolutoria no es tan nítida. Las personas legitimadas pueden exigir coactivamente el cumplimiento del modo, no planteándose restitución alguna mientras la reclamación se encuentre pendiente y menos aun cuando el modo se cumpla, aunque sea contra la voluntad del gravado. Su incumplimiento faculta a las personas legitimadas para pedir la resolución, que no se producirá de forma inmediata, en cambio, el cumplimiento de la condición resolutoria «engendra automáticamente la obligación de restituir porque la institución o el legado quedan *ipso facto* privados de efecto»⁷⁴.

El artículo 797.1 del Código Civil contempla tres casos diferentes: que se exprese el objeto, es decir, el fin que se persigue con la institución, o el propósito que condujo a hacerla; que se exprese la aplicación que haya de darse a lo dejado; que se imponga una carga. Partiendo de esto, ALBALADEJO señala que «si se impone la carga que sea, o se expresa el objeto (fin) de la institución o la aplicación (destino) de los bienes, constando que ello se hizo con ánimo de hacer depender el llamamiento a la sucesión de la realización del hecho que sea (cumplimiento de la carga impuesta, consecución del fin perseguido, haberse

aplicado los bienes al destino deseado), el caso es realmente de institución condicional, y la aparente imposición de la carga o expresión del objeto o aplicación no son sino maneras de hacer ver que el hecho en cuestión, ha de tener lugar para que el instituido suceda»⁷⁵. *Contrario sensu*, si no consta claramente que el llamamiento se hizo depender de un hecho, nos hallaremos ante una carga modal. No solo la expresión de la carga, sino también del objeto de la institución o de la aplicación que deba darse a los bienes que no se vea claramente que son condición, serán modo, «de manera que cuando se expresa el objeto (fin) perseguido por el testador al instituir, se estimará que se impone como carga al instituido la consecución de tal objeto (fin). Y cuando se expresa la aplicación que se quiere para lo que se deja, se estimará que se impone como carga al instituido el aplicarlo a lo expresado»⁷⁶. Esto siempre y cuando no pueda ser considerado una simple recomendación o deseo⁷⁷.

Una de las consecuencias de que no nos hallemos ante una condición es la inaplicabilidad del artículo 759 del Código Civil, de forma que, si el obligado fallece antes del cumplimiento de la carga que el modo supone, la carga es transmisible a los herederos del heredero (art. 797.2 CC).

VII. CONCLUSIONES

Una concreción de la libertad para testar es la posibilidad de imponer condiciones. Esta libertad es la regla general y la intangibilidad cualitativa de la legítima, la excepción. La condición, elemento accidental del negocio jurídico testamentario, en el Código Civil común, al no regir el principio *semel heres semper heres* propio del Derecho romano, del Derecho catalán y del Derecho de Mallorca y Menorca, puede ser tanto suspensiva como resolutoria. Sin género de dudas, la condición será un medio a través del cual se conocerán los motivos de la disposición testamentaria. La posibilidad de imponer condiciones, por un lado, no debe traspasar los límites impuestos por la ley, y, por otro, debe examinarse a la luz de los derechos fundamentales. En cuanto atañe a condiciones que partiendo de un acto u omisión lícito en sí (ilícito sería, por ejemplo, la comisión de un delito o una infracción administrativa) y conforme a las buenas costumbres (contravendría, por el contrario, a las buenas costumbres, por ejemplo, una conducta contraria a la moral social) aunque puedan parecer contrarias a derechos fundamentales por coartar la libertad del instituido —como podrían ser las de divorciarse, abrazar o abandonar determinada religión, etc., (actos lícitos en sí mismos)— no implican una colisión de la autonomía privada del testador con dichos derechos fundamentales de los instituidos ya que estos siempre serán libres de aceptar o no, debiendo prevalecer la *voluntas testatoris*. Por mucho que coarte al instituido, no deja de ser una manifestación de la libertad para testar, libertad en sentido positivo. No obstante, no se puede obviar el hecho de que la ley expresamente tiene por no puestas algunas que coartan o limitan la libertad del instituido como, por ejemplo, la condición absoluta de no contraer matrimonio, otras las sanciona con la nulidad de la disposición, como, por ejemplo, las llamadas condiciones captatorias, aunque el hecho de que el Derecho aragonés considere válidas estas últimas y gocen de plena constitucionalidad verifica la hipótesis que antes hemos formulado: no existe ningún obstáculo constitucional que impida considerar plenamente válidas aquellas condiciones que consistiendo en un acto u omisión lícita en sí, constriñan la libertad del instituido. Idéntico argumento cabe a propósito del artículo 423-15.1 CCCat que admite expresamente

la condición de contraer matrimonio. Se trata de una cuestión de legislación ordinaria. Solo entendemos excluidas las condiciones que impliquen renunciaciones inadmisibles a libertades y derechos fundamentales, el llamado testamento “liberticida”.

Por otro lado, la condición de cuidar y asistir al testador hasta su fallecimiento merecería una mejor y más amplia regulación dado su interés creciente habida cuenta de la realidad social.

VIII. RESOLUCIONES CITADAS

- STC, de 27 de abril de 2010
- STS, de 27 de octubre de 1892
- STS, de 21 de diciembre de 1920
- STS, de 6 de diciembre de 1957
- STS, de 28 de febrero de 1959
- STS, de 12 de diciembre de 1959
- STS, de 11 de junio de 1964
- STS, de 18 de diciembre de 1965
- STS, de 5 de julio de 1966
- STS, de 3 de noviembre de 1989
- STS, de 9 de mayo de 1990
- STS, de 22 de julio de 1994
- STS, de 21 de enero de 2003
- STS, de 5 de diciembre de 2008
- STS, de 3 de diciembre de 2009
- STS, de 18 de julio de 2011
- STS, de 30 de mayo de 2018
- STS, de 3 de marzo de 2021
- SAP de Pontevedra, de 17 de marzo de 2017
- SAP de A Coruña, de 2 de febrero de 2021
- RDGRN, de 30 de abril de 2014
- RDGRN, de 13 de julio de 2016
- RDGRN, de 27 de octubre de 2016

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º EDESA, 1984, (art. 793 CC), 419 a 448. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º, EDESA, 1984, (arts. 791 y 792 CC), 407 a 418. *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Bosch, Barcelona, 1983. Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario, *ADC*, vol. 36, núm. 4, 1983, 1093 a 1108.
- ALONSO PÉREZ, M., Reseña: Teodora F. Torres García y María Paz García Rubio. Libertad de testar, *RDC*, vol. II, núm. 4 (octubre-diciembre de 2015), 177 a 192: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/187/129>. Fecha de consulta: 30 de marzo de 2022.
- ANDRINO, M., El testamento de Don Quijote, *Gazeta de los Notarios*, núms. 89-90, III-IV, 1997, 10 y 11.

- BARRIO GALLARDO, A., Libertad de testar y principio de no discriminación: ¿una nueva modalidad de disposiciones sucesorias con causa ilícita?, *RdP*, núm. 41/2016: BIB 2016/85407.
- BONILINI, G., Il negozio testamentario, en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, Giovanni Bonilini (dir.), II, *La successioni testamentaria*, Giuffrè Ed., Milano, 2009.
- BOSCH CAPDEVILA, E., Otros límites a la libertad de testar en el Derecho Civil de Cataluña, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), vol. 1, 2014, 653 a 675.
- CANIZARES LASO, A., Disposición testamentaria bajo condición potestativa de hechos pasados, en *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías. La jurista que se adelantó a su tiempo*, Paloma Abad Tejerina (Coord.), Sepín, 2021. Biblioteca digital ICAB [fecha de consulta: 10 de marzo de 2022].
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., El testamento en dos pasajes de «El Quijote», *ARAIL*, núm. 38, 2008, 647 a 665.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., Autonomía privada y Derecho de sucesiones, en *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración de la Ley del notariado*, T. I, Consejo General del Notariado y Wolters Kluwer España, 2012, 513 a 640.
- DI MAURO, N., Gli elementi accidentali. La condizione, en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, Giovanni Bonilini (dir.), II, *La successioni testamentaria*, Giuffrè Ed., Milano, 2009, 1087 a 1171.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o de terceros, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Francisco Lledó Yagüe, M.^a Pilar Ferrer Vanrell y José Ángel Torres Lana (dirs.) Óscar Monje Balmaseda (coord.), vol. I, Dykinson, 2014, 285 a 321.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., El condicionamiento de las disposiciones mortis causa, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José M.^a Miquel*, vol. I (Luis Díez-Picazo coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 1173 a 1186.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. I, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852 <https://archive.org/search.php?query=%28comentarios%20motivos%20y%20concordancias%29> [fecha de consulta: 27 de enero de 2022].
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., *Drittwirkung y Derecho de sucesiones, Congreso Internacional «Condiciones testamentarias y negocios jurídicos mortis causa»*, Universidad de Málaga, 27 de octubre de 2021: https://www.youtube.com/watch?v=aTo_E1bLu4E [fecha de consulta: 25 de marzo de 2022]. Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 2014, 479 a 504.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., Institución de heredero y disposiciones testamentarias, en *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, Carlos Lasarte Álvarez (dir.), Francisco Javier Jiménez Muñoz y Antonio Rodríguez González (coords.), Tirant lo Blanch, 2020, 13 a 39. *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, 8.^a ed., Marcial Pons, 2013.
- LÓPEZ VILAS, R., Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento, *ADC*, vol. 19, núm. 3, 1966, 575 a 616.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., Limitaciones legales a las condiciones testamentarias, *Congreso Internacional «Condiciones testamentarias y negocios jurídicos mortis causa»*, Universidad de Málaga, 27 de octubre de 2021: https://www.youtube.com/watch?v=aTo_E1bLu4E [fecha de consulta: 25 de marzo de 2022].
- MESTRE RODRÍGUEZ, M.^a L., *La interpretación testamentaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2003.
- MORETÓN SANZ, M.^a F., El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *RCDI*, núm. 723, enero de 2011, 550 a 568.
- MURILLO, A., El principio «*semel heres semper heres*» y su recepción en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 20, abril de 2021, 149 a 208: <http://www.ridrom.uclm.es/documentos26/murillo26.pdf> (fecha de consulta: 31 de marzo de 2022).
- OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Comares, Granada, 2001 (se trata de la reedición de una obra editada por primera vez en 1957 por el Instituto de Estudios Políticos).
- REGLERO CAMPOS, L. F., *Institución de herederos: designaciones erróneas, genéricas e inciertas*, Aranzadi, 1998.
- REYES LÓPEZ, M.^a J., El modo testamentario y la condición, en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Francisco Lledó Yagüe, M.^a Pilar Ferrer Vanrell y José Ángel Torres Lana (dirs.) y Óscar Monje Balmaseda (coord.), Dykinson, 2014, 437 a 458.
- ROCA SASTRE, R.M.^a, En KIPP, Theodor, *Derecho de sucesiones*, t. V, vol. I, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1976. Heredero vitalicio sin disposición de la herencia para después de su muerte, *RDP*, 1948, 13 a 40.
- RUEDA PÉREZ, J.M.^a, en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los títulos IX y X y a la Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, Juan M. Cora Guerreiro, Francisco. M. Ordóñez Armán y Víctor J. Peón Rama (coords.), vol. I, Consejo General del Notariado, 2007, 205 y sigs.
- TORRES GARCÍA, T.F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.
- VAQUER ALOY, A., Libertad de testar y condiciones testamentarias, *InDret*, 3/2015: http://www.indret.com/pdf/1158_es.pdf [fecha de consulta: 30 de marzo de 2022].
- ZURITA MARTÍN, I., La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables, en *La libertad de testar y sus límites* (Antoni Vaquer Aloy, María Paz Sánchez González y Esteve Bosch Capdevila, coords.), Marcial Pons, 2018, 83 a 112.

NOTAS

¹ Fundamentada en los artículos 33.1 y 10.1 CE.

² Vid., VAQUER ALOY, Antoni, Libertad de testar y condiciones testamentarias, *InDret*, 3/2015: http://www.indret.com/pdf/1158_es.pdf, 31 [fecha de consulta: 30 de marzo de 2022].

³ Vid., la controvertida STC 9/2010, de 27 de abril (BOE núm. 129, de 27 de mayo de 2010), FJ 4, donde se resalta de modo expreso que el causante formula una disposición testamentaria condicional en ejercicio de su libertad para testar. En particular, «el llamamiento a favor de los hijos —para los puestos en condición— solo comprende a los legítimos y a los legitimados por subsiguiente matrimonio, nunca a los naturales ni a los adoptivos» (vid. sobre la STC y el sentido de la interpretación dada a la cláusula, MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *RCDI*, núm. 723, enero de 2011, 550 a 568).

⁴ TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 90.

⁵ La novelística del siglo XIX es rica en obras que giran en torno a un testamento excéntrico o pintoresco. Mención especial merece la obra de Charles DICKENS *Our mutual friend* (1864) en la que, partiendo de un testamento que contiene la condición de casarse con una persona determinada a la que el instituido heredero aún no conoce, desarrolla un profundo análisis social del momento.

⁶ «Si è già rivelato come la possibilità concessa dall'ordinamento al *de cuius* di apporre una clausola condizionale ad una disposizione testamentaria di carattere patrimoniale, costituisca la principale manifestazione del diritto-potere di autonomia privata in materia testamentaria. Va da sé, tuttavia, che all'esercizio di tale diritto-potere in tanto può essere riconosciuta dall'ordinamento rilevanza giuridica, solo in quanto lo stesso non travalichi quei predeterminati limiti imposti dal legislatore in *subiecta materia*» (DI MAURO, Nicola, «Gli elementi accidentali. La condizione», en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, Giovanni Bonilini (dir.), II, *La successioni testamentaria*, Giuffrè Ed., Milano, 2009, 1.111).

⁷ La condición suspensiva es el acontecimiento futuro e incierto que si se cumple hace que la institución o el legado desplieguen su eficacia. El artículo 759 del Código Civil dispone: El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos. Pues bien, el artículo 799 del Código Civil dice absolutamente lo contrario. La razón de ser de esta antinomia nos la explica la STS de 6 de diciembre de 1957 (*RJ* 1957, 3574) (Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Francisco BONET RAMÓN), considerando segundo, cuando manifiesta que la contradicción es explicable «por ser el artículo 799 una traducción descuidada de los artículos 1041 francés, 854 italiano de 1865 y 1810 portugués, relativos a la institución a término incierto “certus an incertus cuando” [sic] en la cual el día forzosamente ha de llegar, aunque se ignore cuando, y que ha sido resuelta por la doctrina científica prevalente en favor del artículo 759»; por tanto, el término “condición” el artículo 799 del Código Civil no lo emplea en sentido estricto sino que hace referencia a un término incierto (STS de 28 de febrero de 1959 [*RJ* 1959, 1496], considerando tercero), vid., también, SSTS de 5 de julio de 1966 (*RJ* 1966, 3671), 3 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989, 7847) y núm. 773/1994, de 22 de julio (*RJ* 1994, 6578), entre otras.

⁸ Si se cumple devienen ineficaces la institución o el legado. Tanto en las suspensivas como en las resolutorias cabe el cumplimiento ficticio el cual tiene lugar cuando el interesado en que no se cumpla impide voluntariamente el cumplimiento (art. 1119 CC). Tanto unas como otras tienen efectos retroactivos hasta el momento de la muerte del causante.

⁹ Vid., MURILLO, Alfonso, El principio «*semel heres semper heres*» y su recepción en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 20, abril de 2021, 149 a 208: <http://www.ridrom.uclm.es/documentos26/murillo26.pdf> (fecha de consulta: 31 de marzo de 2022).

¹⁰ En Derecho catalán, al igual que en Derecho romano, en virtud del principio *semel heres, semper heres* (el que es heredero lo es siempre) se tendrá por no formulada la con-

dición resolutoria en la institución de heredero (art. 423-12.1 CCCat). Valdrá, por tanto, la condición suspensiva. Como también se tendrán por no puestos los términos suspensivo y resolutorio, si bien la particularidad de que *dies incertus quando conditionem in testamento facit* hará posible que algo que en un principio podría tenerse por no formulado al considerarse término suspensivo pueda surtir efectos como condición (cfr. art. 423-13.2 CCCat) (vid. ROCA SASTRE, Ramón M.^a, Heredero vitalicio sin disposición de la herencia para después de su muerte, RDP, 1948, 18).

¹¹ Según el artículo 16. 1 CDCB, «el que es heredero lo es siempre y, en consecuencia, se tendrán por no puestos en su institución la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio» 2. «En los testamentos, el término incierto implica condición, salvo que en el testamento se pueda deducir claramente la voluntad contraria del testador».

¹² «La clausola condizionale, pertanto, costituisce il principale strumento tecnico-giuridico attraverso il quale i motivi personali del disponente possono divenire parte del contenuto della disposizione negoziale» (DI MAURO, Nicola, «Gli elementi accidentalit...», cit., 1088). Efectivamente, la condición es un acontecimiento incierto del que se pueden hacer depender los efectos de la institución. Nombro heredero a A si llega a ser abogado, lo que significa que no quiero que A herede si no llega a ser abogado, en realidad estoy utilizando la institución de heredero para que A sea abogado, es el objetivo que persigo, es lo que me motiva o la parte determinante de lo que me motiva, y para esto me valgo de la condición. «La figura de la condición es un instrumento facilitado al sujeto para: [...] 2.º Conseguir que los motivos individuales, irrelevantes de por sí jurídicamente, devengan relevantes» (ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Bosch, Barcelona, 1983, 296 a 300).

¹³ Vid., MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional..., cit., 550 a 568.

¹⁴ Dado que en virtud del artículo 670 párrafo 2.º del Código Civil no se permite dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia de la institución o del legado, sostiene ALBALADEJO, que «son rechazables las condiciones que podríamos llamar puramente potestativas, en el sentido de que dependen del simple querer del tercero, y las que aun no consistiendo en el simple querer de este, sean de tal índole (lo que habrá que ver en cada caso) que en la práctica, para la producción o falta del hecho condicionante, sea decisiva preponderantemente la sola voluntad del tercero. Quedarían así —como únicas condiciones aponibles, que no choquen con el artículo 670, a la institución de sucesores, además de las puramente fortuitas, aquellas en las que interviniendo la voluntad de un tercero, esta tenga en la producción del evento un papel que en la práctica no sea dominante. Por ejemplo, si el testador dispone: “Dejo mi herencia a A si su mujer se licencia en Derecho”» [ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º EDESA, 1984, (arts. 791 y 792 CC), 418].

¹⁵ Curiosamente para las obligaciones *inter vivos* rige la regla contraria, que es la que resulta del artículo 1116.1 del Código Civil: «Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa». Al menos, por lo que se refiere a las condiciones imposibles, esto es lo lógico, puesto que querer una cosa a condición de que suceda algo a sabiendas de que es imposible que suceda, significa no quererla. Tal vez, el distinto fundamento de la libertad contractual y de la de testar, justifique el diferente tratamiento legal puesto que un negocio jurídico *inter vivos* siempre se puede confirmar o convalidar, lo que no podría ocurrir con el testamento una vez declarada su nulidad. Por lo que prima el principio *favor testamenti*, si bien, siguiendo a Díez-PICAZO que se hace eco de un amplio parecer doctrinal, las particularidades legales de las condiciones inadmisibles en el testamento y en los negocios *inter vivos* seguramente proceden de los vestigios del Derecho romano en el que la nulidad del testamento daba lugar a la sucesión *abintestato* considerada como deshonrosa [vid. Díez-PICAZO, Luis, El condicionamiento de las disposiciones *mortis causa*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José M.^a Miquel*, vol. I (Luis Díez-Picazo coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 1175]. El *Code français* extiende la validez de la disposición a los actos gratuitos *inter vivos* distinguiendo entre los actos onerosos, sancionando con la nulidad la convención sometida a condición imposible, contraria a las buenas costumbres o prohibida

por la ley (art. 1172), y los actos gratuitos, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, en que esas mismas condiciones se tendrán por no escritas, manteniéndose la validez de la disposición (art. 900). Los redactores del *Code* intentaron evitar que por la vía de las condiciones revivieran las instituciones antiguas abolidas en 1789, y el mantenimiento de las liberalidades exentas de estas condiciones tenía el doble objetivo de frustrar las tentativas y de reprimir el desconocimiento del orden nuevo. Idéntica distinción en los artículos 634 y 1334 del *Codice civile* italiano (vid. TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad...*, cit., 106 y sigs.). El último inciso «aun cuando el testador disponga otra cosa» no se refiere al caso en el que el testador pueda prever que si se inadmite la condición no quiera la disposición, es decir, todo o nada, lo cual es perfectamente posible acudiendo al argumento de analogía que nos suministra el artículo 767 del Código Civil [vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º, cit., 409]; de todos modos, la doctrina no es pacífica al respecto.

¹⁶ Los proculeyanos consideraban que las condiciones imposibles hacían ineficaz la disposición, mientras los sabinianos, respecto de los actos *mortis causa*, consideraron que la condición imposible se tenía por no escrita, siendo eficaz la disposición (vid. MESTRE RODRÍGUEZ, María Luisa, *La interpretación testamentaria*, Universidad de Murcia, Murcia, 2003, 113, nt. 241). Se abrió paso la tesis de los sabinianos por dos razones poderosísimas para los juristas romanos: la libertad de testar con las restricciones mínimas y la sacralidad de la institución de heredero conforme a la máxima *semel heres semper heres* [vid. ALONSO PÉREZ, Mariano, Reseña: Teodora F. Torres García y María Paz García Rubio. Libertad de testar, *RDC*, vol. II, núm. 4 (octubre-diciembre 2015), 183: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/187/129> (fecha de consulta: 30.03.2022)]. Incluso se puede llegar a pensar que esta regla, si bien referida a las buenas costumbres, se extendió a todo tipo de negocio jurídico, lo que avalaría un texto de Paulo (*Comentarios al Edicto, libro XLV*) que dice así: «Se han de remitir las condiciones que se insertan contra las buenas costumbres» (D. 28,7,9).

¹⁷ Ulpiano en D. 35,1,3 (*Comentarios a Sabino, libro VI*) afirma: *obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas*. Aunque si la condición es un hecho futuro e incierto, tratándose de un hecho física o jurídicamente imposible, faltará la incertidumbre; en cambio, nada impide que se cumplan las condiciones ilícitas.

¹⁸ Así la STS de 12 de diciembre de 1959 (*RJ* 1959, 4499), considerando segundo: «toda condición es, en definitiva, solo un medio para la consecución de un fin».

¹⁹ DíEZ-PICAZO, Luis, El condicionamiento de las disposiciones *mortis causa*, cit., 1173 y sigs. Afirmación hecha a propósito de la STS de 12 de diciembre de 1959 corroborada por la de 3 de marzo de 1980 y que hace referencia a una testadora que había impuesto a los herederos la condición de aceptar una partición no solo de sus bienes privativos sino también de los gananciales que habían quedado al fallecimiento de su marido, lo que se considera una coacción inaceptable. Es decir, no se trata de una finalidad que simplemente restrinja la libertad del instituido sino que el fin en sí mismo no está permitido por la ley.

²⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º..., cit., 413.

²¹ El Código Civil chileno en su artículo 1475 es de una claridad meridiana en la concreción de la ilicitud: «La condición positiva debe ser física y moralmente posible. Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público. Se mirarán también como imposibles las que están concedidas en términos ininteligibles».

²² DíEZ-PICAZO, Luis, El condicionamiento de las disposiciones *mortis causa*, cit., 1184.

²³ En este trabajo no tratamos de la cautela *socini* por ser merecedora de un estudio específico.

²⁴ DíEZ-PICAZO, Luis, El condicionamiento de las disposiciones *mortis causa*, cit., 1186.

²⁵ DI MAURO, Nicola, *Gli elementi accidentali...*, cit., 1142. Para el autor, serán condiciones ilícitas: la de emprender o no emprender determinada carrera, profesión o actividad empresarial, o de abandonarla o no; la de seguir o no seguir determinados estudios o de abandonarlos o no abandonarlos; la de afiliarse o no afiliarse o darse de baja o no de

determinado partido político o asociación; la de seguir o no determinado credo religioso o de abandonarlo o no; la de estipular o no determinado contrato o de estipularlo o no con determinada persona; la de residir o no en lugar determinado; la de convivir o no con determinada persona; la de divorciarse o separarse o la de no separarse o no divorciarse; la *si sine liberis decesserit* en la medida en que constriñe la libertad de procrear (*vid. ibidem*, 1150 a 1153).

²⁶ Este es el criterio del BOSCH CAPDEVILA que considera, con respecto a aquellas condiciones que no están expresamente prohibidas por la ley pero que suponen una cierta coacción en ámbitos personales —y que si bien un amplio sector de la doctrina las estima ilícitas por suponer un ataque contra algunos derechos individuales y libertades de la persona reconocidos constitucionalmente—, debe optarse por su validez, como regla. «En primer lugar, porque no está nada claro que el respeto a los derechos y libertades individuales tenga una eficacia no solamente vertical (del Estado hacia los ciudadanos) sino también horizontal (en las relaciones entre ciudadanos), y más en el caso que no ocupa, en el que los particulares se encuentran en un plano de igualdad (no se trata, por ejemplo, de una relación entre empresario y trabajador) [...] Al sujeto favorecido no se le impone nada. Simplemente se hace depender una atribución patrimonial del cumplimiento de una condición, aunque esta condición dependa de la conducta del favorecido. Si este considera que se le está restringiendo su libertad, siempre tiene la opción de renunciar a la liberalidad» [BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Otros límites a la libertad de testar en el Derecho Civil de Cataluña*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo y Ponce de León, coord.), vol. 1, 2014, 670].

²⁷ *Vid.*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, Limitaciones legales a las condiciones testamentarias, *Congreso Internacional "Condiciones testamentarias y negocios jurídicos mortis causa"*, Universidad de Málaga, 27 de octubre de 2021: https://www.youtube.com/watch?v=aTo_E1bLu4E [fecha de consulta: 25 de marzo de 2022].

²⁸ En este sentido VAQUER ALOY recuerda que «suceder al causante a título de heredero o de legatario no constituye derecho alguno de nadie. Si alguien es heredero o legatario lo es por la gracia del testador, quien, dejando aparte las legítimas, no tiene obligación de tipo sucesorio con nadie, ni siquiera —insisto, con el límite de las legítimas, que además no admiten condición salvo el juego que permite la cautela *socini*— con sus familiares más próximos. Y, del mismo modo, ningún sucesor elegido por el causante está obligado a aceptar la atribución que este ha realizado a su favor. La aceptación y la repudiación de la herencia y del legado son actos libérrimos del llamado» (VAQUER ALOY, Antoni, *Libertad de testar y condiciones testamentarias*, *cit.*, 10).

²⁹ En la realidad y en la práctica, casi todas las condiciones coartan la libertad del instituido. Si las considerásemos ilícitas tendríamos que prescindir de poner este elemento accidental en la institución, limitando, entonces, la libertad para testar.

³⁰ BONILINI, Giovanni, Il negozio testamentario, en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, Giovanni Bonilini (dir.), II, *La successioni testamentaria*, Giuffrè Ed., Milano, 2009, 9.

³¹ GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, *Drittwirkung* y Derecho de sucesiones, *Congreso Internacional "Condiciones testamentarias y negocios jurídicos mortis causa"*, Universidad de Málaga, 27 de octubre de 2021: https://www.youtube.com/watch?v=aTo_E1bLu4E [fecha de consulta: 25 de marzo de 2022].

³² No cabe duda que, atendido el artículo 3.1 del Código Civil, los criterios de moralidad se deberán poner en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados. A mayor abundamiento, según el Tribunal Supremo, la moralidad de la condición se juzga a tenor de la conciencia social del tiempo en que se la contemple y no del momento en que fue puesta [*vid.* ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º..., *cit.*, 414].

³³ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, Autonomía privada y Derecho de sucesiones, en *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración de la Ley del notariado*, Tomo I, Consejo General del Notariado y Wolters Kluwer España, 2012, 530 y sigs. En Roma, la exclusión de los parientes se consideró un síntoma de que el testador no se encontraba en su sano juicio lo que comportó la nulidad a través de la *querela in-*

officiosi testamenti, y en el Derecho anglosajón conduce a que se reescriba el testamento merced a la *family provision*. En la actualidad el TEDH parece ocupar el lugar de los Centumviri romanos (vid. BARRIO GALLARDO, Aurelio, Libertad de testar y principio de no discriminación: ¿una nueva modalidad de disposiciones sucesorias con causa ilícita?, *RdP*, núm. 41/2016: BIB 2016/85407).

³⁴ TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad...*, cit., 126.

³⁵ Ya el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de junio de 1964 (*RJ* 1964, 3532), considerando primero, establecía una equiparación entre las ulteriores nupcias y «el hecho de la unión ilícita», hoy pareja de hecho. Recientemente, la SAP A Coruña (Sección 5.ª) núm. 26/2021, de 2 de febrero (*JUR* 2021, 118402), en su fundamento de derecho primero ha podido decir que «no se discute en la presente apelación la conclusión alcanzada por la sentencia recurrida, con base en la interpretación de la disposición testamentaria objeto de litigio, de que la voluntad de la testadora era comprender en la condición impuesta, en su referencia a las segundas nupcias o matrimonio de su esposo, también la situación de convivencia “more uxorio” o unión de hecho, ni tampoco su apreciación sobre la licitud de esta condición, de no tener una relación de afectividad análoga a la conyugal, por aplicación analógica del artículo 793 del Código Civil».

³⁶ Vid., LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, Institución de heredero y disposiciones testamentarias, en *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, Carlos Lasarte Álvarez (dir.), Francisco Javier Jiménez Muñoz y Antonio Rodríguez González (coords.), Tirant lo Blanch, 2020, 30.

³⁷ Vid., OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Comares, Granada, 2001 (se trata de la reedición de una obra editada por primera vez en 1957 por el Instituto de Estudios Políticos), 179.

³⁸ Sería válida, por consiguiente, la condición resolutoria impuesta por Don Quijote (ya Don Alonso Quijano el Bueno, tras la recuperación del juicio) en su testamento (notarial abierto) a la institución de su sobrina: «Mando toda mi hacienda, a puerta cerrada, a Antonia Quijana, mi sobrina [...] es mi voluntad que si Antonia Quijana, mi sobrina, quisiere casarse, se case con hombre de quien primero se haya hecho información que no sabe qué cosas sean libros de caballerías; y en caso que se averiguare que lo sabe y, con todo eso, mi sobrina quisiere casarse con él, y se casare, pierda todo lo que le he mandado, lo cual puedan mis albaceas distribuir en obras pías, a su voluntad» (Miguel de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, cap. LXXIV, ed. Antalbe, Barcelona, 1978, 879; vid. CASTÁN VÁZQUEZ, José María, El testamento en dos pasajes de «El Quijote», *ARAJL*, núm. 38, 2008, 647 y ss.; vid. ANDRINO, Manuel, El testamento de Don Quijote, *Gazeta de los Notarios*, núms. 89-90, III-IV, 1997, 10 y sigs.).

³⁹ Más estricto es el Código Civil portugués que en el artículo 2233. 1 considera contraria a la ley la condición de que el heredero o legatario se case o no se case; el artículo 636 del Código Civil italiano, en cambio, solo considera ilícita la condición de no casarse.

⁴⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º EDESA, 1984, (art. 793 CC), 426.

⁴¹ Vid., GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, *Drittwirkung* y Derecho de sucesiones, cit.

⁴² Vid., OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada...*, cit., 179 y sigs.

⁴³ BOSCH CAPDEVILA, Esteve, Otros límites a la libertad de testar..., cit., 671.

⁴⁴ Una explicación a esta excepción cabe encontrarla, dada la reciprocidad que comporta, en su proximidad a los pactos sucesorios prohibidos en el artículo 1271.2 del Código Civil. TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO consideran que lo desacertado de esta disposición queda patente en el hecho de que si el causante teóricamente captado sobrevive al captador recibirá la contraprestación y el otro no habrá recibido nada, mientras que si el que sobrevive es el captador este no va a impugnar la disposición que le beneficia, y también porque prácticamente lo mismo se puede conseguir a través de una institución modal perfectamente lícita (vid. TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad...*, cit., 110 y sigs.).

⁴⁵ BOSCH CAPDEVILA, Esteve, Otros límites a la libertad de testar..., cit., 665.

⁴⁶ *Boletín Jurídico-Administrativo* (Alcubilla), Anuario de 1893, 136.

⁴⁷ CAÑIZARES LASO, Ana, Disposición testamentaria bajo condición potestativa de hechos pasados, 1, en *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías. La jurista que se adelantó a su tiempo*, Paloma Abad Tejerina (Coord.), Sepín, 2021. Biblioteca digital ICAB [fecha de consulta: 10 de marzo de 2022].

⁴⁸ *Vid.*, GARCÍA RUBIO, María Paz, Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 2014, 488 y sigs.

⁴⁹ Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO.

⁵⁰ Como dice la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª), núm. 130/2017, de 17 de marzo (*JUR* 2018, 1928), FD 5.º: «no puede tenerse por incumplido aquello que se desconoce que se debe cumplir».

⁵¹ Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MARÍN CASTÁN.

⁵² Magistrada ponente: Excmo. Sra. Dña. Encarnación ROCA TRÍAS.

⁵³ CAÑIZARES LASO, Ana, Disposición testamentaria bajo condición potestativa de hechos pasados, *cit.*, 1 y sigs.

⁵⁴ Magistrada ponente: Excmo. Sra. Dña. Encarnación ROCA TRÍAS.

⁵⁵ Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO.

⁵⁶ Magistrada ponente: Excmo. Sra. Dña. M.ª Ángeles PARRA LUCÁN.

⁵⁷ CAÑIZARES LASO, Ana, Disposición testamentaria bajo condición potestativa de hechos pasados, *cit.*, 1.

⁵⁸ ZURITA MARTÍN, Isabel, La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables, en *La libertad de testar y sus límites* (Antoni Vaquer Aloy, María Paz Sánchez González y Esteve Bosch Capdevila, coords.), Marcial Pons, 2018, 98.

⁵⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o de terceros, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Francisco Lledó Yagüe, M.ª Pilar Ferrer Vanrell y José Ángel Torres Lana (dirs.) Óscar Monje Balmaseda (coord.), vol. I, Dykinson, 2014, 319 y sigs.

⁶⁰ Boletín Jurídico-Administrativo (Alcubilla), Apéndice de 1921, 355.

⁶¹ Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta. Este precepto lo que pretende es «poner de relieve que es admisible cualquier tipo de prueba... que permita la identificación de la persona a la que se quiso instituir, con el evidente propósito de respetar la voluntad del testador» (REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Institución de herederos: disposiciones erróneas, genéricas e inciertas*, Aranzadi, 1998, 50).

⁶² *Vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, Disposiciones testamentarias vinculadas... , *cit.*, 288 y sigs.

⁶³ Se trata de una institución de tradición gallega, que se refleja en la popular expresión «*facérlle testamento a quem mire polo testador*» (ZURITA MARTÍN, Isabel, «La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables», *cit.*, 95).

⁶⁴ *Vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, Disposiciones testamentarias vinculadas... , *cit.*, 291.

⁶⁵ RUEDA PÉREZ, José M.ª, en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los títulos IX y X y a la Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, Juan M. Cora Guerreiro, Francisco. M. Ordóñez Armán y Víctor J. Peón Rama (coords.), vol. I, Consejo General del Notariado, 2007, 211.

⁶⁶ También en la de 13 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 5250).

⁶⁷ *Vid.*, RUEDA PÉREZ, José M.ª, en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los títulos IX y X y a la Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, Juan M. Cora Guerreiro, Francisco. M. Ordóñez Armán y Víctor J. Peón Rama (coords.), vol. I, Consejo General del Notariado, 2007, 240. Es algo que ya encontramos en el Derecho romano en que tanto la condición como el modo eran designados muchas veces con el término «*conditio*» (*vid.* LÓPEZ VILAS, Ramón, Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento, *ADC*, vol. 19, núm. 3, 1966, 591).

⁶⁸ «Es jurisprudencia reiterada la que señala que la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador; que el momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando testamento y no en el de su muerte; que ha de regir

un criterio favorable a la interpretación sistemática del testamento y no aislada de cada una de sus cláusulas; o que la voluntad real se descubre no solo analizando el texto del testamento, sino también con las debidas precauciones, las circunstancias exteriores al testamento, admitiéndose así la prueba extrínseca» CAÑIZARES LASO, Ana, «Disposición testamentaria bajo condición potestativa de hechos pasados», *cit.*

⁶⁹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. II, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, 148.

⁷⁰ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, 8.ª ed., Madrid, 2013, 91.

⁷¹ En el terreno científico, la diferencia entre la «condición» y el «modo», aplicada al derecho sucesorio, es clara, pues el evento de que depende o constituye la “condición” vivifica o extingue, según su clase, el propio derecho hereditario y no implica obligación o carga para el sucesor potencial o actual, al paso que, en el “modo” no hay obstáculo ninguno para que el heredero o legatario entren en posesión de los bienes que les corresponden y de los que adquieren el dominio, aunque deban cumplir el fin, destino o carga que impuso el testador, sin otra, previa obligación que la de afianzar el cumplimiento de lo ordenado o, en otro, caso, la devolución de lo percibido, (STS de 18 de diciembre de 1965, considerando tercero, ROJ 899/1965).

⁷² *Vid.*, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario, *ADC*, vol. 36, núm. 4, 1983, 1095.

⁷³ REYES LÓPEZ, María José, El modo testamentario y la condición, en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Francisco Lledó Yagüe, M.ª Pilar Ferrer Vanrell y José Ángel Torres Lana (dirs.) y Óscar Monje Balmaseda (coord.), Dykinson, 2014, 440.

⁷⁴ REYES LÓPEZ, María José, *ibidem*.

⁷⁵ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Consideraciones sobre algunos extremos..., *cit.*, 1094 y sigs.

⁷⁶ *Ibidem*, 1095. Es el caso contemplado en la STS núm. 2002/2008, de 5 de diciembre (Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros) (*RJ* 2008, 6974), que partiendo de una disposición testamentaria que dice «ordena que el pleno dominio del tercio de libre disposición de su herencia se destine a la creación de escuelas en los países más necesitados de Hispanoamérica», en su fundamento de derecho segundo asevera que «solo se limitó a señalar el destino (creación y dotación de escuelas en Iberoamérica). En estas circunstancias, no es difícil caracterizar a la figura como una institución modal, que puede incardinarse en el artículo 797 del Código Civil, como institución modal de los herederos»

⁷⁷ Basta que el testador —dice ROCA SASTRE— exprese el fin, objeto, destino o aplicación de cosa o cantidad, para que exista el modo, siempre que dicha expresión no envuelva una simple recomendación o deseo (cfr. Res. 16 de noviembre de 1944) (ROCA SASTRE, Ramón María, en KIPP, Theodor, *Derecho de sucesiones*, t. V, vol. I, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1976, 591).