

La institución y legado “sub modo” en el Código civil

(NOTAS PARA UN ESTUDIO)

INTRODUCCION

Al abordar la interpretación del artículo 797 del Código civil, nos hemos planteado especialmente la coordinación de su párrafo segundo con la doctrina tradicional del modo, según la concepción romanística imperante en nuestro Derecho. Mucho se ha escrito y comentado en torno a sus preceptos desde su promulgación en 1889. Brillantes comentarios se han formulado sobre casi todas las normas que contiene, pero aún quedan lagunas en su interpretación. Existen puntos oscuros que parecen repeler todo comentario, que cuando se estudia el artículo correspondiente, no quedan suficientemente aclarados, porque son eludidos por la doctrina. Ocurre como en esos mapas de zonas inexploradas, en los que sólo se dibuja el contorno, porque se desconoce lo que hay en el interior. Algo de esto, es a nuestro juicio, lo que ha sucedido con el artículo 797, concretamente con los efectos del modo en caso de incumplimiento, o mejor, con los efectos del incumplimiento del modo, ya que son pocos los autores que se ocupan de este problema en obras generales o en monografías, a pesar de su gran trascendencia práctica.

CONCEPTO DEL MODO Y SU DISTINCION CON LA CONDICION

MUCIUS SCAEVOLA (1) lo define, diciendo que el «modo es un agregado de la institución de heredero, por el que se impone a

(1) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*, 1897, tomo, 13, pág. 645, Madrid.

éste o al legatario, en su caso, la obligación de dar o hacer alguna cosa».

La condición y el modo—continúa diciendo en su comentario al artículo 797—tienen el carácter de obligaciones, una esencial y otra accidentalmente, pero la obligación que se deriva para el heredero es distinta en sus fundamentos, pues «se cumple la obligación para ser heredero, se cumple, en cambio, el modo por haberlo sido ya».

Esto supone que el heredero condicional puede cumplir o no la condición: no la cumplirá si no quiere los bienes, pero el modo supone la previa aceptación y constituye para el heredero una obligación ineludible.

La condición impide entrar a la herencia, en caso de incumplimiento; el modo exige la efectividad del derecho de suceder, sin que en caso de incumplimiento de la obligación impuesta, por imposibilidad o por otras causas, quede el heredero privado de la sucesión.

Para BONET (2), el *modus* es una determinación destacadamente accesoria de la voluntad que se añade a ella, pero no la compenetra. En la condición potestativa, esta obligación falta: quien ha sido beneficiado con una disposición condicional, sabe que es libre de cumplir o no la condición, y sólo cumpliéndola, conseguirá el beneficio. En cambio, quien ha aceptado una herencia o legado *sub modo*, con esto tiene ya conseguido el beneficio, pero al mismo tiempo ha asumido la obligación de cumplir la carga. De aquí el antiguo axioma: «la condición suspende, pero no constriñe; el modo constriñe, pero no suspende».

DERECHO ROMANO

Creemos conveniente hacer un breve recorrido por el Derecho romano, dada la penuria de textos legales, en el nuestro que nos den una idea clara e inequívoca del modo, y ello porque es el Derecho romano el que claramente perfila su concepto y, además, porque dicho Derecho ha influido extraordinariamente en

(2) F. BONET RAMÓN: *Código civil comentado*, 1962, págs. 621 y 622, Madrid.

nuestra legislación, proporcionando las líneas maestras de casi todas sus instituciones.

Como señala ARIAS RAMOS (3) en su *Derecho romano*, en los negocios jurídicos que implican una liberalidad, el otorgante señala a veces, al beneficiario, el empleo que ha de hacer de todo o parte del beneficio o le indica cierto comportamiento. Esta cláusula recibe la denominación técnica de *modus*. La diferencia con la condición, estriba en que aquí no se suspende como en aquélla la ejecución de los efectos del negocio, hasta que el acontecimiento se dé; el cumplimiento del *modus* es un deber *a posteriori*, que recae sobre el beneficiado.

«El modo es una carga impuesta a una persona beneficiada con un acto de liberalidad. Es un deber jurídico subsiguiente a la recepción de un beneficio y a él puede ser constreñido el beneficiario por el que lo otorgó o por sus herederos.» Podía asegurarse su cumplimiento por medio de *cautiones* u otros procedimientos indirectos (4).

De todo ello se desprende que el modo por sí mismo no era más que «un ruego con simple eficacia moral» (*modus simplex*) (5), cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del adquirente (del heredero o legatario en el caso que nos ocupa), y que como observa el profesor SANTA CRUZ (6), no determinaba nunca la restitución de los bienes en caso de incumplimiento (salvo en Derecho justinianeo), si no se había establecido así mediante una cláusula o estipulación accesoria (*cautio*). De donde se deduce que la obligación de restituir, en este supuesto, derivaba de dicha cláusula, y en ningún caso del modo.

Podemos concluir, pues, que el incumplimiento del modo en Derecho romano, no implicaba la obligación de restituir, y en esto, entre otras notas, se distinguía de la condición.

(3) ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, 1943, I. pág. 138, Madrid

(4) IGLESIAS: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1958, pág. 152.

(5) ARIAS RAMOS, op. cit., I, pág. 139.

(6) SANTA CRUZ: *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1946, pág. 117.

DERECHO CANONICO

Es frecuente el caso de disposiciones *mortis causa* en favor de una determinada persona, con la carga modal de destinar todos o parte de los bienes al cumplimiento de fines espirituales. A veces, en virtud de negocios a título gratuito *inter vivos* o *mortis causa*, con los cuales los donantes determinan que se destinen *ad pias causas* ciertos bienes, entran a formar parte del patrimonio de sujetos ya existentes, a los que se les imponen determinadas obligaciones... Estamos en presencia de actos de disposición modales (7).

El Derecho canónico no tiene disposiciones que regulen especialmente la materia, pues se limita a remitir a los respectivos Derechos civiles, canonizando sus normas.

Modo es para los canonistas «la carga impuesta a una persona favorecida por la adquisición de un derecho o por los efectos de un contrato» (8)

El modo en cuanto tal, nunca vicia el negocio, de suerte que si es posible y honesto, ha de ser observado; pero su incumplimiento no determina la nulidad del acto, aunque el interesado puede exigir que se cumpla.

En consecuencia, tampoco en Derecho canónico el incumplimiento del modo da lugar a la obligación de restituir los bienes adquiridos bajo el mismo.

DERECHO ALEMAN

A diferencia de lo que ocurre en nuestro Derecho, el Código civil alemán contiene una regulación bastante amplia del modo.

El causante, en la ordenación de un modo cuyo fin ha determinado, puede encomendar al gravado o a un tercero la elección de la persona que debe recibir la prestación.

Puede exigir el cumplimiento del modo el heredero, el cohe-

(7) DEL GIUDICE: *Nociones de Derecho canónico*, Pamplona, 1955, pág. 257.

(8) MANS y PUIGARNAU: *Derecho matrimonial canónico*, Barcelona, 1954, página 133.

redero y aquel a quien afecte de forma inmediata el fallo del gravado con el modo en primer lugar. Si la ejecución del modo entraña interés público, la autoridad competente.

La ineficacia del modo determina la de la atribución hecha bajo el mismo, si ha de suponerse que el causante no hubiera hecho la atribución sin el modo.

Si el cumplimiento del modo se impide por el gravado, aquel a quien afectaría de forma inmediata el fallo del gravado en primer lugar, puede exigir la entrega de la atribución, según las disposiciones sobre entrega de un enriquecimiento injusto, en tanto que dicha atribución hubiese debido ser aplicada a la ejecución del modo.

Lo mismo ocurre si el gravado está condenado al cumplimiento del modo por sentencia firme y éste no puede ser cumplido por un tercero, siempre que los procedimientos de ejecución forzosa hayan sido empleados contra él sin resultado (9).

Vistas estas normas contenidas en el B. G. B., vamos a pasar al estudio de los escasos preceptos, dos en total, que dedica a la materia el Código civil español, no sin antes advertir que si hemos traído aquí a colación algunos párrafos del Código alemán, no es para apoyarnos en él en la interpretación del nuestro, que se basa en una muy distinta tradición jurídica, sino más bien para que nos sirva de contraste.

DERECHO ESPAÑOL

Nuestro Código civil no contiene una regulación sistemática del modo como ocurre en otras legislaciones, y no sólo esto, sino que no utiliza la expresión «modo» en el artículo 797 ni en el 798 que rigen la materia. No obstante, la doctrina, casi unánimemente, opina que en dichos preceptos el Código se refiere al modo.

«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 él mismo impusiere, no se entenderá como condición, a no aparecer que ésta era su voluntad.

(9) ENECCERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, Barcelona, 1955. Apéndice BGB, pág. 449, parág. 2.193 y sigs.

Lo dejado de esta manera 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» (art. 797).

El tan repetido artículo 797, establece en su párrafo primero un criterio interpretativo contrario a la condición (10), ya que para que las declaraciones del testador a que se refiere supongan la existencia de una disposición condicional, ha de «parecer que ésta era su voluntad». Mientras esto no se demuestre, no se considera condición y, por tanto, le serán inaplicables las normas que regulan esta figura.

El verdadero problema está en la interpretación que hemos de dar al segundo párrafo (11), pues según la tesis corriente, parece que en caso de incumplimiento del modo, nace la obligación de restituir o, mejor, entregar los bienes adquiridos *sub modo* a las personas a quienes corresponda con arreglo a derecho. Pero entonces resulta que el modo se viene a convertir en definitiva, en una condición resolutoria potestativa, y es evidente que el legislador no ha podido pretender tan contradictoria solución, que desnaturalizara de ser aplicada el concepto tradicional del modo. Por otra parte, sería absurdo que pusiese tanto empeño en deslindar los conceptos, que señalase, que sólo se reputará condición cuando parezca que es ésta la voluntad del testador, si después ambas figuras jurídicas habían de tener iguales consecuencias prácticas y se hubieran de regir por los mismos principios: si el incumplimiento de las mismas hubieran de tener idénticos resultados en cuanto a la devolución de los bienes.

En nuestra opinión, el incumplimiento del modo no determina obligación alguna de restituir, ni la institución o legado modal da lugar a la obligación de afianzar, porque el párrafo segundo del artículo 797 se refiere no al modo, sino a la condición.

(10) Hay que distinguir entre condición casual y potestativa. El artículo 797 se refiere a esta última; impone un «comportamiento condicionante» (ha de ser cumplida por el heredero o legatario).

(11) Este párrafo, en sentido estricto, sólo impone la obligación de afianzar a los herederos del heredero o legatario, no a éstos, pero la doctrina entiende que si se exige a los primeros, con más razón podrá exigirse a los últimos que están más directamente obligados a cumplir lo ordenado por el testador.

Tal vez esta tesis pueda parecer un tanto atrevida, pero es, a nuestro entender, la única que permite salvar los múltiples elementos contradictorios que inciden en este precepto, conservando su verdadera naturaleza, a la vez que recibe el apoyo de los criterios interpretativos normales: gramatical, sistemático, dogmáticos e histórico, que pasamos a examinar a continuación.

Interpretación gramatical.

Pretendemos demostrar que la frase «lo dejado de esta manera» quiere decir lo dejado bajo condición.

Efectivamente, dicha frase hay que interpretarla en relación con la que antecede inmediatamente: «no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad»; o sea, que el verdadero sentido del párrafo que comentamos es éste: «Lo dejado bajo condición 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.»

Obsérvese también que el artículo dice: «lo dejado de esta manera» y no «lo dejado de aquella manera», por lo que debe entenderse que se refiere a la última oración del párrafo primero y no a las anteriores.

Interpretación sistemática.

También de la interpretación sistemática del precepto que nos ocupa, recibe nuestra teoría un apoyo considerable. Una de las circunstancias que pueden ilustrarnos más sobre el alcance de un precepto legal, es su comparación con otras disposiciones, y en este sentido creemos muy útil relacionar el artículo 797-2.º y el 800 de nuestro Código civil.

Señala este último, que «si la condición potestativa impuesta al heredero o legatario fuere negativa, o de no hacer o no dar, cumplirán con afianzar que no harán o no darán lo que fué prohibido por el testador, y que en caso de contravención, devolverán

lo percibido, con sus frutos e intereses». O sea, que los mismos principios informan ambos artículos (797-2.º y 800): el afianzamiento y la devolución de lo percibido, con sus frutos e intereses en caso de incumplimiento, por lo que debemos concluir que en los dos casos se trata de una institución o legado condicionales, con la diferencia de que el artículo 800 se refiere a la condición potestativa negativa y el 797-2.º a la condición potestativa positiva.

Interpretación dogmática.

Damos por reproducido en este lugar cuanto dijimos en el apartado relativo al «concepto del modo y su distinción con la condición», pero, además, hemos de señalar la posición de MUCIUS SCAEVOLE, que suponiendo erróneamente que el artículo 797-2.º se refiere al modo, lo critica, diciendo que establece el principio contrario al artículo 759, y que dicho párrafo se resiente de una contradicción inexplicable con la naturaleza del modo hereditario: si el heredero ya ha hecho suya la herencia, y por eso la transmite a sus herederos, ¿dónde está la razón jurídica de la devolución, incluso con sus frutos e intereses? «La devolución de la herencia es de todo punto incomprensible.»

Interpretación histórica.

Ya hemos expuesto anteriormente la doctrina mantenida por el Derecho romano en materia de modo, por ello aquí nos limitaremos a destacar que en dicho Derecho el incumplimiento del modo no daba lugar nunca a restitución. Se admitía, sin embargo, la posibilidad de tal restitución cuando al modo se hubiese añadido una cláusula, estableciéndolo así en caso de incumplimiento, pero entonces la restitución era efecto de dicha cláusula y no del modo.

Esta institución aparece regulada en las leyes 48, título 5, libro 40; 19, libro 32; 40, párrafo 5, título 1, libro 35 del Digesto, y Ley 21, título 9 de la Partida 6. La doctrina contenida en estas

disposiciones concuerda, como dice GOYENA (12), con el artículo 714 del Proyecto 1851, que pasamos a transcribir.

«La expresión del objeto o aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que él mismo impusiere, no se entenderá condición, si no pareciere ser esta su voluntad.

Lo dejado de esta manera puede pedirse, desde luego, y es transmisible a los herederos, afianzando el cumplimiento de lo mandado por el testador, y en caso contrario, la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses.»

Parece, pues, que el artículo 714, basándose en una fuerte corriente tradicional, sólo admite el legado modal, y no la institución de heredero, pues dice, «lo dejado de esta manera», y el artículo 715, refiriéndose al anterior, señala que, «cuando sin culpa o hecho propio del legatario no pueda cumplirse el legado de que trata el artículo anterior en los mismos términos que ordenó el testador, deberá cumplirse en otros los más análogos y conforme a su voluntad».

Sin embargo, el artículo 797 actual, heredero directo de la doctrina contenida en el 714 del Proyecto del 51, realiza en este punto una importantísima innovación al hablar de «la expresión del objeto de la institución o legado», pues con ello admite la institución modal, junto al legado modal.

Jurisprudencia.

Nuestra posición está implícitamente reconocida en varias sentencias del Tribunal Supremo. Recogemos las de 18-XII-53 y 4-VI-36.

Dice la primera que la carga u obligación que se impone a la heredera de acompañar, cuidar y asistir a sus tíos hasta su fallecimiento, si el propio testamento o los hechos coetáneos o posteriores no revelan que el cumplimiento de esa obligación sea la causa de su designación como heredera, y que esté, por tanto, supeditado a su cumplimiento su derecho a la herencia, no tendrá más valor que el de una institución «sub modo», de las que no su-

(12) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, pág. 148 y sigs.

peditan el derecho a la herencia a su cumplimiento, si bien sujetan a quienes se imponen a determinadas obligaciones.

La sentencia de 4-VI-36 se refiere a una demanda formulada por doña C. M., contra la Superiora General del Instituto de Hermanitas de los Ancianos Desamparados de España, ejercitando acción de rescisión de legado e institución hecho por una hermana de la demandante a favor de la demandada, en absoluta y libre disposición, debiendo invertirse el remanente de la herencia con lo demás que le dejó en legado, en la alimentación de las hermanas y pobres o ancianos albergados en el establecimiento y nunca para edificar, deseando la testadora que se rece semanalmente una parte del rosario por su alma. La demandante entiende que es una institución condicional, y no habiéndose cumplido la condición, pues el importe de la herencia no se destinó a los indicados fines, solicita la rescisión.

El Tribunal Supremo dijo, entre otras cosas, que «la resolución que se combate no infringe, como en el recurso se ha afirmado, el artículo 797 del Código civil, al no estimar condicionales aquellas disposiciones, porque del sentido literal y total contenido en las mismas que la Audiencia examina, se deduce con toda claridad que fueron como la sentencia afirma, *instituciones modales*, conforme a aquel precepto, ya que la institución fué hecha con 'absoluta y libre disposición de los bienes, derechos y acciones presentes y futuros', aunque con objeto o fin de invertirse en la alimentación de las hermanas y pobres o ancianos albergados». *En consecuencia, rechaza la pretendida rescisión de la institución y legado.*

Incumplimiento por imposibilidad.

El artículo 798 ordena que «cuando sin culpa o hecho propio del heredero o legatario no pueda tener efecto la institución o legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes con su voluntad. Cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho pro-

pio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición».

Ya hemos visto que el artículo 797 juega con los conceptos de modo y condición, luego el 798-1.º, al remitirse a aquél, resulta aplicable también al modo y a la condición, admitiéndose el «cumplimiento aproximado» en ambos casos.

En cuanto a la condición, habrá que tener en cuenta si es posible o no el cumplimiento aproximado, en cuyo caso deberá tener lugar en los términos más análogos a la voluntad expresada del testador. Si es absolutamente imposible el cumplimiento, se tiene por cumplido por el artículo 792 (las condiciones imposibles se tienen por no puestas) y por el 798-2.º, que, como hemos visto, admite el cumplimiento interpretativo.

Se extingue el modo cuando sin culpa o hecho propio suyo el heredero no puede cumplir la voluntad del testador, por lo que no existe infracción de la carga impuesta, ni hay motivo legítimo para invalidar la eficacia de la institución (T. S., 2-I-28).

Garantías.

La interpretación que propugnamos plantea el problema de si el instituto heredero o legatario *sub modo* tiene la obligación de garantizar, especialmente que cumplirá el modo, pues ya hemos visto que el artículo 797-2.º se refiere a la condición y, por tanto, no puede servir de fundamento legal a la obligación de afianzar en este caso.

El heredero o legatario *sub modo* ha adquirido irrevocablemente una herencia o legado respectivamente y ha asumido, también irrevocablemente, una obligación que tiene que cumplir; pero, ¿está obligado a garantizar especialmente dicho cumplimiento? Creemos que únicamente en el caso de que el testador lo haya ordenado expresamente, pues fuera de este caso, no existe precepto alguno que imponga la obligación de constituir garantía hipotecaria o pignoratícia, ni fianza, y sólo responderá del incumplimiento del modo al amparo del artículo 1.911, que consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal; como todo obligado sin perjuicio,

como es lógico, de que pueda constituir una garantía especial, real o personal, si consiente en ello.

El artículo 647, invocado por la doctrina en apoyo de la tesis de la restitución de los bienes en caso de incumplimiento, es total y absolutamente inaplicable al caso que nos ocupa, pues no se trata de una condición, sino de un modo, algo muy distinto.

Otra cosa sería si el testador, mediante una disposición accesoría, hubiese ordenado la restitución de los bienes en caso de incumplimiento del modo (modo determinante). Pero en este caso la obligación de restituir deriva, no del modo, sino de dicha cláusula accesoría que tiene un indudable carácter condicional («si no cumples el modo, restituirás los bienes»), siendo el incumplimiento del modo el hecho futuro e incierto, de cuyo acontecimiento depende la efectividad de la condición.

Conclusiones.

De todo lo anteriormente expuesto, creemos lícito extraer las siguientes conclusiones:

1.^a El artículo 797-1.º contiene un criterio interpretativo favorable al modo, al establecer que si se duda si una determinación accesoría de la voluntad es modo o condición, sólo se reputará condición cuando parezca que ésta es la voluntad del testador.

2.^a El párrafo segundo de dicho precepto se refiere exclusivamente a la condición.

3.^a El heredero o legatario *sub modo* no está obligado a prestar fianza ni garantía real.

4.^a Tampoco está obligado a restituir en caso de incumplimiento.

5.^a Está obligado a cumplir el modo y puede exigírsele por los medios que las leyes de procedimiento establecen.

CELESTINO A. CANO TELLO,

Profesor Ayudante de Derecho Civil.