

Y esta parece ser también la doctrina del Tribunal Supremo, que no ha declarado de un modo categórico la incompatibilidad de los términos *heredero* y *usufructuario*; pero ha dicho lo bastante en algunas de sus sentencias, recogidas en este mismo capítulo (1), para comprender la diferencia que establece entre ambos conceptos.

Y es que no existe propiamente, discurriendo en el terreno de los principios, esa incompatibilidad originaria, hasta el punto de hacer imposible jurídicamente una institución de heredero en el usufructo. Lo que cabe afirmar desde luego considerando la significación de éste en la esfera del Derecho, es que su carácter y extensión no puede rebasar nunca los límites que su naturaleza y contenido jurídico y económico le señalan; dentro de esos límites se desenvuelve la actividad libre del sujeto; así, el usufructuario, no sólo goza de la percepción de los frutos, que es lo que constituye la base de su derecho, sino que, en virtud de la facultad que la ley le concede —y que en el Derecho anterior le era negada—, puede enajenar aquél por el valor en cambio que representa, según su condición económica. De esta manera, hasta donde llega su esfera de acción alcanzan sus obligaciones como sucesor del causante y partícipe de la herencia, no otra cosa puede exigírsele que lo que su derecho le concede, ni la persona del difunto estará en él representada más que con la suma de facultades que á éste integran.

Sin embargo, téngase presente que, según se ha dicho en otro lugar de este tomo (2), «no está la regla infalible para determinar si una persona es *heredera* ó *legataria* del difunto en la cantidad de los bienes á que se contrae su derecho, ni en la naturaleza ni el disfrute de los mismos, sino en el *modo* como es llamado á recoger y gozar tales bienes...» De donde se deduce que deberá reconocerse la cualidad de *heredero*, tanto en el que á *título universal* adquiere una cuota mínima de propiedad, cuanto en el que adquiere una porción cualquiera de usufructo, mas siempre á *título universal*, mientras no tendrá más que la cualidad de simple legatario, quien á *título particular* adquiere la totalidad del patrimonio dejado por el causante. La cualidad de heredero ó legatario no depende del *derecho* que se adquiere, sino del *modo* como se adquiere, según que sea á *título universal* ó *particular*.

Examinada así la cuestión, es fácilmente aplicable al caso especial que ha sugerido estas consideraciones, ó sea el segundo párrafo del artículo 793. Según el *modo* como sea llamado á la sucesión el usufructuario, será ó no susceptible de ser condicionado en la forma que determina el Código; el *legado* de usufructo, como el de uso, habita-

(1) Singularmente las de 9 de Marzo de 1886—aunque se refiere al Derecho foral muestra el criterio del Supremo, en esta materia—, y 16 de Enero de 1889.

(2) Núm. 4, cap. 1.º de este tomo.

ción, etc., podrá hacerlos el testador por el tiempo que el legatario permanezca soltero ó viudo; la institución de heredero, comprensiva de un derecho más ó menos amplio ó restringido, no será afectada por la condición absoluta de contraer primero ó ulterior matrimonio, que, en todo caso, se tendrá por *no puesta*.

Otra cosa que la interpretación, es la *crítica* que merezca esta laxitud del Código, permitiendo una condición—siquiera sea para ciertos casos particulares—, que está en pugna, como antes se ha dicho, con los buenos principios de moral. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que no es enteramente igual la hipótesis en que se funda el precepto del primer párrafo del art. 793, que la que sirve de base al segundo. Aquél se refiere á la institución ó al legado ordenados con la condición absoluta de no celebrar primero ó ulterior matrimonio; éste se contrae al disfrute durante cierto tiempo—el que permanezca soltero ó viudo el favorecido—, de un derecho singular ó determinado. Á pesar de ello, nos parece que hubiera sido lo más justo considerar en todo caso como no puestas las condiciones ó limitaciones que tuvieran por objeto la mudanza ó elección de estado, para de esta manera sustraer un acto que siempre debe ser de voluntad libre, á todo género de influencias exteriores y de estímulos más ó menos directos, pero extraños é inconvenientes.

30. Recibían en Derecho romano el nombre de *captatorias*, las disposiciones testamentarias que se hacían en favor de una persona, con la condición de que ésta, á su vez, hiciera otra ú otras en favor del testador. Á esta clase de disposiciones se refiere el art. 794 del Código, que las declara *nulas*, conformándose con los precedentes romanos y con varias legislaciones extranjeras, de algunos de cuyos preceptos es copia exacta el precitado artículo (1). Puede también considerarse, siguiendo la opinión de un reputado comentarista (2), como una consecuencia del principio aceptado por el Código y sancionado en su art. 669, según el que debe ser personalísima la testamentifacción activa, y desde luego responde á la doctrina sustentada en nuestra legislación, que rechaza todo aspecto contractual en las sucesiones y anula aquellos pactos que en una ú otra forma, y con una modalidad más ó menos precisa y determinada, hacen objeto de una relación *convencional* la transmisión de bienes por herencia; es, en fin, una derivación de lo establecido en el art. 1.271 del Código, cuyo segundo párrafo expresamente dice que «sobre la herencia futura no se podrá... celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al art. 1.056». Porque, en resumen, las disposiciones que el

(1) Es idéntico, en efecto, al art. 1.809 del Código de Portugal y al 3.390 del de Méjico.

(2) El Sr. Manresa, ob. cit., pág. 159.

art. 794 prohíbe no son más que formas de la *sucesión contractual*; así lo dice también el autor antes citado, y por ello estima justo este precepto del Código.

31. La doctrina más sustantiva y fundamental de las condiciones, es la que distingue estos elementos accidentales en los dos grupos de *condiciones suspensivas* y *condiciones resolutorias*. En el lugar correspondiente (1), se ha hecho de ella la debida mención, explicando en qué consistían cada una de aquellas especies de condiciones; no se repetirá aquí, por tanto, lo que entonces se dejó expuesto, y únicamente se trata de hacer aplicación de dicha doctrina á la materia de sucesiones, examinando cómo ha sido desenvuelta en los preceptos del Código.

De las dos clases de condiciones antes citadas, sólo se ocupa el Código en una: la de las *suspensivas*. Sin motivo justificado, como más arriba se hizo notar, deja desprovisto de reglas el caso que tan fácilmente puede darse de una institución de heredero ó de un legado, hechos bajo condición *resolutoria*. No es posible suponer que tal omisión se fundase en la creencia, por parte del legislador, de ser innecesarias aquellas reglas por carecer de dificultades la hipótesis de un derecho hereditario que debe resolverse al cumplimiento de la condición señalada por el causante, puesto que son muchas y de gran complejidad las que en este caso pudieran presentarse; no hay que olvidar que en los tres períodos en que cabe distinguir toda condición, tanto resolutoria como suspensiva—*pendente conditione*, *existente conditione* y *deficiente conditione*—, se dan otras tantas ficciones de Derecho, que, como tales, exigen preceptos adecuados que regulen los efectos distintos que deben producir según su clase y que entre ellos no es de menor consideración, por ejemplo, el que se refiere á la situación jurídica creada por la resolución del derecho y á las precauciones que deben adoptarse para asegurar el cumplimiento de la voluntad del testador, una vez llegado aquel instante, sin perjuicio de los derechos que pudieran corresponder al heredero, que aquellos otros peculiares de la condición suspensiva, que el Código cuidadosamente regula.

Por eso, tratándose de esta materia de instituciones bajo condición resolutoria, es necesario, como se indicó al explicar el art. 791, fundados en este precepto, acudir á la sección que el Código dedica á las obligaciones condicionales, buscando allí reglas que suplan un vacío indisculpable. ¿Qué es lo que en dicha sección—primera, cap. 3.º, lib. IV—encontramos aplicable á la condición resolutoria en materia de sucesiones? Única y exclusivamente el art. 1.123, cuyo primer párrafo hace la declaración general de que «cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, debe-

(1) Núm. 19, cap. 19.º, t. II, 2.ª edic.

rán restituirse lo que hubieren percibido», añadiendo en el segundo que «en el caso de pérdida, deterioro ó mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente». En cuanto á las obligaciones de hacer ó de no hacer encomienda á los Tribunales la misión de determinar en cada caso el efecto retroactivo de la condición cumplida.

No pueden ser más escasas las disposiciones legales que á este punto se refieren; hay que limitarse á aplicar por analogía á los testamentos el citado art. 1.123, y en lo que éste no sea suficiente, suplirlo con las fuentes que el mismo Código indica: la costumbre del lugar y los principios generales del Derecho.

Si merece el Código censuras por esta deficiencia, relativa á la institución de heredero con condición resolutoria, á no menores se hace acreedor por lo que hace al modo de regular los efectos de la condición suspensiva. Dedicó en primer término á esta materia el art. 799, precepto desdichado, que nunca debió figurar en el Código. Según él, «la condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos, *aun antes de que se verifique su cumplimiento*, con lo cual establece la doctrina contraria á la que por leyes y tratadistas ha sido aplicada siempre á esta clase de condiciones y que en otro lugar (1) se dejó expuesta.

Conforme á ella, cuando el hecho que constituye la condición no se ha realizado, pero puede realizarse, no permite decirse aún *perfecto* el acto jurídico, que será en este caso la institución de heredero, y, por consiguiente, no debe producir ninguno de sus efectos; de manera que si el heredero fallece en las expresadas circunstancias, es decir, pendiente la condición suspensiva puesta á la institución, nada transmite á sus sucesores *mortis causa*, toda vez que dicha institución se extingue por la muerte de aquél. Y esta doctrina ha sido reproducida por el mismo Código en el art. 759, donde expresamente dice que «*el heredero ó legatario que muera antes que la condición se cumpla*—y esta condición no puede ser otra que la suspensiva, puesto que á la resolutoria no cabe aplicar semejante regla—, *aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno á sus herederos*». Sin perjuicio de establecer el principio diametralmente opuesto, cuarenta artículos más adelante incurre en una contradicción tan clara como pocas veces se puede encontrar.

Y ante ella, ¿qué criterio debe seguir el obligado á aplicar la ley en este caso como jurisconsulto ó como juez? Difícil es dar una solución concreta á tal problema; no es posible apreciar que la colocación posterior del segundo de los artículos citados, ó sea el 799, con relación al otro, constituya una derogación virtual de éste; pero como tampoco

(1) Núm. 19, cap. 19.º, t. II, 2.ª edic.

cabe armonizar dos preceptos que se excluyen mutuamente, es necesario decidirse por uno de ambos, llevando, á nuestro juicio, la preferencia el del art. 759, que, como antes se ha dicho, mantiene la verdadera doctrina en este punto. Por todo ello, es preciso corregir esta antinomia de nuestro Código civil que tiene su origen en una traducción inexacta y poco reflexiva del art. 1.041 del Código francés, que no se refiere en realidad á la institución hecha bajo una verdadera condición suspensiva, sino más bien á una institución á plazo, y así lo han entendido otros Códigos extranjeros, que han seguido las huellas del de Napoleón, traduciendo dicho artículo en forma distinta á la empleada por el legislador español y de mayor fidelidad con el espíritu de aquella disposición (1).

Esta misma confusión, entre lo que la condición es y representa en Derecho y el otro elemento accidental del *plazo*, es la que llevó á un tratadista tan competente como el Sr. Manresa á defender al Código, pretendiendo conciliar estas disposiciones contradictorias, en una discusión entablada en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (2), con motivo de un artículo publicado por el Sr. Echevarría y Goiri, haciendo notar esta inconsecuencia legislativa, sin que tampoco pueda convencer á nadie la interpretación que con el mismo deseo del Sr. Manresa, y tomando pie de la discusión indicada, consigna en un artículo de la misma Revista (3) D. Manuel J. Maján, según la cual debe entenderse el art. 759 aplicable al caso en que el heredero ó legatario condicional, muera antes de que la condición se cumpla y antes que el testador, porque dicho artículo no puede estar más claro: «el heredero ó legatario que muera antes que la condición se cumpla, *aunque sobreviva al testador*, no transmite derecho alguno á sus herederos». Con esto basta para comprender que dicha interpretación es completamente inadecuada (4).

En los arts. 801 á 804, regula el Código los efectos de la condición suspensiva, en lo que se refiere á la administración de los bienes de la herencia, innovando nuestro Derecho civil con estas medidas de precaución, que no tiene precedentes en la legislación anterior al Código. Los cuatro artículos citados—que podían haberse reducido á dos—determinan, en primer lugar, que cuando el heredero fuere instituido bajo con-

(1) Así lo han hecho el Código de Méjico en su art. 3.391, el de Portugal en el 1.810 y el de Italia en el 854.

(2) Tomo LXXVII, págs. 271 y sigs., y 488 y sig.

(3) Tomo LXXXVI, pág. 554.

(4) Según doctrina del Tribunal Supremo, las instituciones de heredero á día cierto, ó que indudablemente ha de venir, aunque se ignore cuándo, como el fallecimiento de una persona, crean derechos transmisibles á los herederos de los instituidos desde el fallecimiento de los testadores, y consiguientemente, aunque estos herederos fallezcan antes que el instituido como usufructuario, transmiten el derecho á sus sucesores.—(Res. Dir. gen. Reg., 19 Diciembre 1901.)

dición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice ó haya certeza de que no podrá cumplirse — art. 801 — y señala después las personas á quienes dicha administración debe confiarse, designando: 1.º, al heredero ó herederos instituidos pura y simplemente, cuando entre ellos y el heredero condicional hubiere derecho de acrecer; 2.º, al heredero condicional, bajo fianza, cuando no tuviere coherederos, ó, teniéndolos, no existiere entre ellos derecho de acrecer, y aun, puede añadirse, cuando renunciaran aquéllos á la administración; 3.º, al heredero presunto, también bajo fianza, cuando el heredero condicional no la prestare; 4.º y último, á una tercera persona, nombrada por los Tribunales, en el caso de que ninguno de los anteriores afianzaren, cuya tercera persona viene asimismo obligada á prestar fianza con intervención del heredero.

Tendrán los administradores los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente, para lo cual habrá que acudir á los arts. 187 á 190, y concordantes del Código y de la ley de Enjuiciamiento civil, conforme en otro lugar se ha explicado (1).

32. Se dividen las condiciones, por razón de la causa de que depende su cumplimiento, en *potestativas*, *casuales* y *mixtas*. El Código se hace cargo, en esta materia de sucesión testamentaria, de esas tres clases de condiciones que, en el lugar antes citado (2), fueron examinadas, y nos referimos á lo que entonces se dejó expuesto para hacer la debida distinción entre ellas.

Las del primer grupo, esto es, las *potestativas*, son reguladas por los arts. 795 y 800. Aquél establece, en primer término, por quién deben cumplirse estas condiciones, y en segundo, la época de su cumplimiento. Por lo que hace al primer extremo, el precepto es terminante y absoluto: «la condición puramente potestativa impuesta al heredero ó legatario, ha de ser cumplida por éstos»; no se admite el cumplimiento por una tercera persona, aunque el señalamiento de la condición se hiciera por el testador, mirando más al hecho mismo que á la persona que hubiere de realizarlo; no pasa de ser una aspiración legítima de un ilustrado comentarista, así él mismo lo declara, que el cumplimiento de las condiciones puramente potestativas no debe ser obligatorio para el heredero, sino en defecto de su cumplimiento por otra persona, salvo que la condición sea personalísima del instituido (3).

El adverbio *puramente*, que el Código antepone á la cualidad de *potestativa*, no debe significar otra cosa, sino que la condición dependa de un modo exclusivo, dentro de lo humanamente posible, de la voluntad

(1) Núm. 21, cap. 15.º, t. II, 2.ª edic.

(2) Núm. 19, cap. 19.º, t. II, 2.ª edic.

(3) Q. Mucius Scævola, ob. cit., t. XIII, pág. 634.

de aquel que ha de cumplirla, sin olvidar que no puede llamarse propiamente *potestativa* á ninguna condición, porque la voluntad del hombre no es siempre, y en todo caso, *por sí sola* suficiente para realizar el hecho objeto de aquélla, y por eso, sin duda, aunque para el supuesto contrario se ha establecido la doctrina teórica, antes que legal, de que no es necesario siempre el cumplimiento *real* ó de *hecho*; bastará con el *fingido* ó *legal* para que la condición potestativa se repute cumplida.

¿Y en qué tiempo debe cumplirse? Después de la muerte del testador, cuyo hecho determina la *exigibilidad* de la condición, y una vez enterados de la misma aquellos á quienes toca su cumplimiento. Exceptúa lógicamente, el segundo párrafo del art. 795, el caso en que la condición ya cumplida no pueda reiterarse.

El art. 800, segundo de los que hacen referencia á las condiciones potestativas, atiende á la hipótesis de que la condición impuesta al heredero fuese de *no hacer* ó *no dar*, es decir, de las llamadas *negativas*, las cuales no exigen ningún acto, ninguna prestación ó ejercicio de su actividad por parte del que se halla sujeto á las mismas, sino precisamente la omisión del hecho ó hechos designados por el testador; en consecuencia, el cumplimiento de esta condición, puede decirse, en cierto modo, *continuo*, y no termina mientras exista la posibilidad de que el acto prohibido se realice. De aquí que el heredero instituido bajo condición potestativa negativa, tiene derecho *perfecto* á los bienes hereditarios, desde el momento en que la sucesión se abre por la muerte del causante, pues no depende el nacimiento de aquél de ningún otro hecho posterior, pero no *absoluto*, en cuanto se halla condicionado por la prohibición que el testador impuso, cuyo incumplimiento determina la pérdida del expresado derecho. Y con objeto de hacer éste efectivo, y evitar, al mismo tiempo, que pueda burlarse por el heredero la voluntad del causante, se admite, en este caso, el cumplimiento de la condición *ficticio* ó legal, que hace se repute cumplida desde luego mediante una garantía (1); garantía que no es otra que la antiquísima caución Muciana del Derecho romano, mantenida á través de nuestra legislación y acogida por el art. 800 del Código civil, que la establece en los siguientes términos: «Si la condición potestativa impuesta al heredero ó legatario fuere negativa, ó de no hacer ó no dar, cumplirán con afianzar que no harán ó no darán lo que fué prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido con sus frutos é intereses.»

No dice más el artículo. Se limita á declarar la obligación que al instituido condicionalmente incumbe, de prestar la garantía; pero sin que se determine expresamente cuál haya de ser la forma y cuantía de ésta y la persona que tiene derecho á exigir su constitución. Y realmente ha

(1) V. núm. 19, cap. 19.º, t. II, 2.ª edic. de esta obra.

hecho bien el Código en no descender á estos detalles, puesto que los términos en que la fianza deberá prestarse variarán según las circunstancias de cada caso, en vista de las cuales se fijarán aquéllas, bien por el arbitrio y discreción de los interesados, bien por la decisión judicial, cuando proceda, y por lo que hace á las personas que tienen derecho á pedir la constitución de la fianza, no era necesario tampoco que el Código las designara, pues lógicamente se deduce, que no pueden ser otras que aquellas á quienes se transmite el derecho á los bienes hereditarios, en el caso de ser incumplida la condición; es decir, que serán, en los supuestos respectivos, el sustituto, el coheredero con derecho de acrecer ó el sucesor *abintestato*, sin que resulte en cuanto á este último una dificultad, á nuestro juicio, del hecho de ser desconocido para la ley, por no poderse hacer la declaración de herederos *abintestato* más que á falta de otros testamentarios, porque aquí no se trata de esto, sino únicamente de acreditar el derecho eventual que al *presunto* heredero *abintestato* corresponde y que le capacita para exigir al instituido en el testamento la constitución de la fianza, garantía del indicado derecho.

Con dicha fianza asegura el heredero, según el art. 800, la devolución en caso de contravenir lo dispuesto por el testador, de todo lo que hubiere percibido, con sus frutos é intereses. La prueba del incumplimiento de la condición, corresponderá á las mismas personas, antes mencionadas, que tienen derecho á exigir la constitución de la fianza, y desde el momento en que el instituido falta á lo dispuesto por el testador, debe ser considerado como poseedor de mala fe, para todas las responsabilidades en que pueda incurrir; y en este punto, no deja de ser extraño que el Código, en un caso análogo al presente, el del incapaz de suceder, que entra en posesión de los bienes hereditarios á que se refiere el art. 760, determine la obligación de restituir aquellos bienes, con los frutos y rentas *que hubiere percibido*, mientras que en el art. 800 establece la misma obligación, pero diciendo únicamente que «devolverán lo percibido *con sus frutos é intereses*», sin especificar, como en el anterior, cuáles han de ser éstos; con lo que pueden comprenderse no solamente los frutos percibidos, sino los que debieron percibirse y no se percibieron por culpa ó negligencia del poseedor de los bienes; modificación, como se ve, muy importante, en cuanto permite aplicar ese criterio de justicia; porque, desde luego, no es conforme con ésta, que la persona á quien legítimamente van á parar los bienes hereditarios, reciba su utilidad mermada, por hechos imputables al que con mala fe poseyó aquéllos anteriormente.

Las condiciones *casuales* y las *mixtas* impuestas al heredero ó legatario, tienen su lugar en el art. 796 del Código; á las dos clases aplica las mismas reglas, determinantes del tiempo en que la condición ha de cumplirse. Una vez hecho el testamento, en cualquier tiempo que se cum-

pla, surtirá sus efectos, bien sea antes, bien después de morir el testador, á no ser que éste hubiera dispuesto otra cosa.

Si al hacerse el testamento se hubiere ya cumplido la condición, sólo se tendrá por cumplida cuando el testador lo ignorase ó cuando no se pudiera reiterar, es decir, «cuando fuere de tal naturaleza que no pueda ya existir ó cumplirse de nuevo».

Esta diferencia que existe entre las condiciones *casuales* y *mixtas* y las *potestativas*, en cuanto á la época de su cumplimiento, es debida á que, dependiendo las últimas de la voluntad del instituido, en obediencia á la manifestada por el testador en su testamento, solamente cuando éste tenga toda su virtualidad y eficacia por el fallecimiento del testador, que es el hecho que determina, como es sabido, la transmisión de los derechos hereditarios, y la fuerza y valor de la disposición testamentaria, que hasta ese instante únicamente la posee *in potentia*, siendo susceptible de modificación, es cuando aquella obediencia puede exigirse, una vez conocida la condición impuesta por el que debe cumplirla.

No sucede lo mismo con las condiciones *casuales* y *mixtas*, porque tratándose de hechos en los que no tiene intervención, ó la tiene limitada, la voluntad del instituido, es bastante que *sucedan*, en cualquier tiempo que fuere, para que la intención del testador quede satisfecha, á no ser que éste, con conocimiento de que habían sucedido, exigiera de nuevo su realización y esta segunda realización fuera posible.

Surge aquí una cuestión interesante: ¿cuándo será necesario, con arreglo al Código, el cumplimiento *real* ó *de hecho* de las condiciones potestativas, *casuales* y *mixtas*, y cuándo se considerará suficiente el cumplimiento *interpretativo*, *ficticio* ó *legal* de las unas ó de las otras? Tratándose de las condiciones *casuales* no hay cuestión; en ellas no cabe otro cumplimiento que el primero de los indicados, es decir, el *real* ó *de hecho*; pero si las condiciones fueren *potestativas* ó *mixtas*, puede darse la posibilidad de su cumplimiento fingido en cuanto se demostrase que aquel á quien afecta la condición, había puesto de su parte todo lo que cabe exigirle para que dicha condición se cumpliera, y de ahí el problema: ¿hasta qué punto admite el Código dicho cumplimiento? Y no es fácil contestar resueltamente á esa pregunta, porque aquél guarda un silencio casi absoluto en esta materia, puesto que no se encuentran más preceptos que el del segundo párrafo del art. 798, en relación con el 1.119, que reproduce la doctrina refiriéndose á las obligaciones.

Dice el citado párrafo del art. 798: «Cuando el interesado en que se cumpla ó no, impidiere su cumplimiento sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, se considerará cumplida la condición». Este es el único caso en que el Código, de un modo expreso, admite y reconoce el cumplimiento *interpretativo*; pero puede haber otros muchos en que el

obligado por la condición, á pesar de su decidida voluntad de cumplirla, se encuentre en la imposibilidad de hacerlo por hechos que no le sean imputables. No cabe dudar que entonces, tratándose de una condición potestativa, es de justicia admitir el cumplimiento ficticio, ya que en la esfera de la actividad del obligado, no queda más que hacer en obediencia á la voluntad del testador y no puede exigírsele otra cosa ni privarle de un derecho, para cuya perfección se han dado todas las condiciones necesarias, sin que sea obstáculo el caso fortuito ó fuerza mayor que el testador no pudo prever y que impide la ejecución *material* de todos los hechos á que aquél sujetara la institución, ya que tratándose de una *orden* ó *mandato* es suficiente la *obediencia* antes mencionada por parte del que ha de cumplir dicha orden, obediencia que condiciona la adquisición del derecho, y que, por tanto, una vez manifestada se cumple el requisito necesario para que esta adquisición pueda hacerse efectiva.

Si la condición fuera mixta, cabe ya pensar que el testador tuvo presente esta especial naturaleza al imponerla y que quiso se cumpliera *de hecho*, por estimar necesario dicho cumplimiento, si la institución de heredero había de llenar el fin para el que la estableciera. Así, en el ejemplo típico de esta clase de condiciones: «Nombro mi heredero á Pedro si contrae matrimonio con Juana», puede suceder que el testador instituyese á Pedro en vista de la celebración de la unión indicada y con objeto de que resultase favorecido el matrimonio que merecía su predilección, viniendo así á constituir tal hecho una verdadera *causa* de la institución, más que un elemento condicionante de la misma. De manera que en el caso de no celebrarse el matrimonio, aunque el instituido hubiera puesto de su parte todo lo necesario, la institución que se hizo en vista de ella carece de base; por lo que, una vez demostrada esa determinación de la voluntad del testador y conforme á los mismos preceptos del Código civil, podría sostenerse la insubsistencia de la disposición testamentaria en lo que á la institución se refiere, salvo en el caso de probarse que la tercera persona cuyo concurso era preciso para que la condición se cumpliera, tuvo interés en impedir dicho cumplimiento, aplicando aquí el transcrito párrafo del art. 798 y el principio de Derecho *nemine fraus sua patrocinari debet*.

33. Son todas las que con referencia á los artículos explicados quedan expuestas, *reglas de Derecho generales* en cuanto á la forma de la institución de heredero. Pasando á estudiar las reglas *especiales*, deben distinguirse en dos grupos, uno que comprende las formas *ordinarias*; esto es: aquellas modalidades que pueden ofrecerse en toda clase de instituciones de heredero—institución *sub modo*; ídem *sub causa*; ídem *á plazo*—; y el otro las formas singulares ó de excepción, que se refieren á casos concretos y determinados, cada uno de los cuales tiene sus peculiares reglas.