

1.º *Formas ordinarias de institución de heredero.*

34. Entre las formas *ordinarias*, es la primera la institución *sub modo*.

La antigua doctrina del *modo*, tiene su aplicación á la sucesión *mortis causa*, en los arts. 797 y 798 del Código, según ya se ha dicho y explicado en otro lugar (1). El primero de aquéllos se cuida, ante todo, de distinguirlo de la condición, y aunque redactado con notoria falta de exactitud, da á entender que el *modo* existe cuando el testador designa el *fin* á que ha de aplicarse la institución ó el legado. El modo es una *carga*, en el sentido más general de esta palabra; es algo oneroso que al heredero se impone; pero sin que esa imposición influya en la efectividad del derecho de éste: diferencia esencial que le separa de la *condición*; así dice un notable tratadista italiano, que «la condición suspende, pero no obliga, y el modo obliga, pero no suspende» (2). Sin embargo, puede muy bien suceder que determinando el testador el *fin* á que deben destinarse los bienes objeto de la herencia ó la *carga* que al instituido impone en virtud de su institución, sujete al cumplimiento de la obligación impuesta la *perfección* del derecho hereditario, convirtiendo así al *modo* en una verdadera *condición*; por eso, y en respeto á la voluntad del testador, dispone el art. 797 que «la expresión del objeto de la institución ó legado, ó la aplicación que haya de darse á lo dejado por el testador, ó la carga que él mismo impusiere, no se entenderán como condición, á no parecer que ésta era su voluntad», concepto un tanto vago este último, que deberá precisarse con las reglas de una recta interpretación que permita descubrir cuál fué la intención verdadera del testador cuando en el testamento no apareciese de una manera expresa y terminante.

Ya se ha dicho que el *modo* es una obligación y como tal debe cumplirse por aquel á quien se impone; pero ¿quién tendrá derecho á exigir ese cumplimiento?

Si la obligación se traduce en beneficio de persona ó personas determinadas, claro es que á ésta ó á éstas corresponderá ese derecho; si aquélla beneficiase á una ó más personas indeterminadas, podría admitirse, conforme opina un comentarista (3), la procedencia del juicio de adjudicación de bienes á que están llamadas varias personas sin designación de nombres, como forma legal de hacer exigible al heredero el cumplimiento de la carga; pero si la repetida obligación no se refiere á persona alguna y no hay, por tanto, directamente interesados en su cumplimiento, ¿quién podrá exigirle? ¿Se dará trascendencia jurídica al

(1) Núm. 76, cap. 19.º, t. II, 2.ª edic.

(2) Filippis, ob. cit., t. XI, pág. 395.

(3) Q. Mucius Scaevola, ob. cit., t. XIII, pág. 648.

interés que, por el respeto á la memoria y voluntad del difunto, tengan aquellas personas que á él estuvieran unidas por algún vínculo de afectión familiar ó de otra índole? Sea cualquiera la opinión que en el terreno de los principios se tenga en este punto, en la esfera legal la respuesta es negativa; ni en el Código, ni en ley alguna, se les reconoce este derecho á las citadas personas, y siendo esto así, es claro que la obligación ó carga que al instituido se impone, entraría en la clase de los *deberes imperfectos* y quedaría el *modo* reducido á una recomendación ó consejo del testador, sin más fuerza coactiva que la puramente *moral* derivada del acatamiento ó respeto á la voluntad de aquél por parte del heredero, si no se reconociese la existencia de la *caución* que garantizara el cumplimiento de lo ordenado por el causante y de la devolución, en caso de incumplimiento, de todo lo percibido con sus frutos é intereses.

Por eso, la obligación de prestar fianza es inherente á la institución *sub modo*, y en su virtud no es posible admitir la interpretación literal del segundo párrafo del art. 797, según la que se reduce dicha obligación de afianzar á los herederos del instituido, á quienes se transmitiese la herencia. El cambio de una sola palabra, ó más bien el tiempo del mismo verbo, diciendo «que afiancen», donde en el proyecto de 1851 decía «afianzando», alteró el sentido de esta disposición legal, destruyendo la buena doctrina de que era expresión el art. 714 del proyecto.

Á pesar de todo, y aunque los términos del art. 797 del Código son explícitos, nuestra opinión es que, tratándose de una institución modal y conforme á la naturaleza de la misma, deben prestar fianza, tanto el instituido como los herederos de éste que recibieren la herencia, y más considerando que si bien respecto de aquél no autoriza terminantemente el Código esa exigencia, tampoco le releva de tal obligación de un modo expreso.

A la forma del cumplimiento de la indicada obligación, refiérese el art. 798, expresivo de un precepto, cuyas consecuencias peligrosas en la práctica ya se advirtieron en otro lugar (1), dando por reproducido aquí lo que entonces se dijo en explicación del artículo citado.

35. De igual manera, y para evitar inútiles repeticiones, nos referimos á lo consignado con aquel motivo (2), en cuanto al elemento esencial de *la causa* en los testamentos, comentando el art. 767 del Código civil.

36. También se estudió entonces, en la doctrina del *plazo*, la establecida por el art. 805, con aplicación á las sucesiones *mortis causa*, y debemos insistir en nuestra opinión, fundada en la necesidad de una garantía que asegure la efectividad del cumplimiento de aquellas obliga-

(1) Núm. 76, cap. 19.º, t. II, 2.ª edic.

(2) Núm. 66, cap. 19.º, t. II, 2.ª edic.

ciones que afectan á los bienes, sobre los que se reconoce un derecho secundario ó subsidiario á determinadas personas; derecho, que sin aquella garantía podría ser ilusorio, y según la que, en el caso de la institución de heredero *hasta cierto día*, debe prestar el instituido fianza suficiente, con intervención del sucesor legítimo, al que á su tiempo se transmitirá la herencia, por la misma razón que existe para que el Código exija, expresamente á este último, el afianzamiento, en el caso de ser la institución con plazo *ex die*. Es un caso análogo al del art. 797, más arriba explicado, y la solución es la misma, fundada en igual criterio, tanto en el terreno de los principios, como en el de la ley (1).

2.º *Formas de institución de heredero, singulares ó de excepción.*

37. Pasando á estudiar las reglas de Derecho que se refieren á las formas *singulares ó excepcionales* de la institución de heredero, se encuentra en primer término, el art. 671 del Código, precepto importantísimo y de trascendentales consecuencias, contradictorio de la doctrina consignada en el mismo cuerpo legal que, en el artículo anterior al citado, prohíbe testar por medio de comisario ó mandatario, declarando que «el testamento es un acto personalísimo, y que no podrá dejarse su formación en todo, ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni tampoco la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.»

Á su tiempo se explicó y se comentó este precepto (2), y no hemos de insistir sobre lo dicho entonces; pero es el caso, que el artículo siguiente, 671, contiene una excepción á esa regla, de tal magnitud, que puede hacer muchas veces inútil la prohibición indicada. Autoriza el referido artículo al testador para encomendar á un tercero la distribución de las cantidades que deje, en general, á clases determinadas, como á los parientes, á los pobres ó á los establecimientos de beneficencia, así como *la elección de las personas ó establecimientos á quienes aquéllas deban aplicarse.*

Esta última facultad, especialmente, constituye una dejación tan excesiva de las que á la esfera autonómica del testador corresponden, que mediante ella puede resultar irrisorio el precepto prohibitivo de conferir á un tercero la formación del testamento, *en todo ni en parte.*

Á pesar de la respetable opinión del Sr. Manresa, que no ve en el

(1) Instituido el heredero con la condición de que no se le entregaren los bienes hasta que cumplierse veinticinco años, y la de que si, antes de cumplir esta edad, ó después de cumplirla, muriese sin sucesión legítima, heredarían al testador otros determinados parientes, no podría el nombrado disponer de los bienes hasta después de cumplida la referida edad, con arreglo al art. 139 de la ley Hipotecaria, dejando siempre á salvo el derecho de los demás llamados, conforme al art. 109 de dicha ley.—Res. Dir. gen. Reg., 22 Abril 1898.

(2) Núm. 18, cap. 5.º de este tomo.

artículo transcrito más que una excepción precisa y útil, consecuencia lógica del principio sentado en el 670, creemos peligrosísima la autorización que otorga al testador, dejando un margen tan amplio al arbitrio de un tercero, que es el que en definitiva maneja los bienes y nombra á las personas que deben suceder; el precepto es terminante, y según los términos en que está redactado, resulta indiscutible que, cuando la institución se hace no nominalmente, sino á una clase determinada, puede conferirse al tercero, así la especificación de las porciones hereditarias, como la elección de una ó varias personas á quienes se adjudique la total cantidad de que se dispone en el testamento.

Desde luego, lo primero que ocurre es preguntar, qué ha de entenderse por *clase determinada*, á cuyo propósito, algunos autores presentan la duda de si se hallarán comprendidas en tal denominación las instituciones que se hagan en favor de «los hijos de fulano»; por ejemplo: «mis sobrinos», «mis primos carnales», etc. Esta duda la resuelve el mismo Código, con el ejemplo propuesto por el art. 671, de la institución hecha á los parientes *en general*, con lo que excluye la que se haga concretamente en la forma antes indicada. En este caso deberán tenerse en cuenta, en lo que le sean aplicables, los arts. 769, 770 y 771. La disposición del 671 se referirá, por consiguiente, á más de los ejemplos en él citados, á las instituciones de heredero, hechas de un modo general, expresando una agrupación que comprende á cierto número de individuos que tengan de común el mismo oficio, la misma situación social, etc.

Uno de esos casos que expresamente señala el artículo en cuestión es el de la institución hecha en favor de los *pobres*; pues bien: si la designación se hace á los pobres, en general, sin referirla á personas ó población determinada, hay que aplicar lo dispuesto en el art. 749, según el que tales disposiciones «se entenderán limitadas á los pobres del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad». La persona que haya designado el testador, en virtud de la facultad que el Código le concede, hará la calificación de los pobres y la distribución de los bienes, lo cual se realizará, en defecto de aquélla, por los albaceas, y, si no los hubiere, por el párroco, el alcalde y el juez municipal, los que resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran. Por cierto que este artículo, que dicta las reglas expresadas, según al principio se dice, para aplicarlas á «las disposiciones hechas á favor de los pobres, sin designación de personas ni de población», establece en su último párrafo que, «esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia ó *pueblo determinado.*»

Con otro motivo se ha explicado ya este art. 749 (1); pero bueno será

(1) Núm. 52, cap. 5.º de este tomo.

advertir que siendo expresión de un principio de evidente justicia en cuanto permite y regula la institución de heredero hecha á favor de los pobres en general, ni ese principio se halla cumplidamente desenvuelto, ni rodeado de las garantías necesarias para que los en él comprendidos, puedan tener la seguridad de que su derecho habrá de ser íntegramente respetado.

En cuanto á las personas á quienes el Código encomienda la distribución de los bienes hereditarios en el caso que nos ocupa, no estaría demás que se tuviesen presentes, para desempeñar su misión, las reglas á este propósito dictadas por la ley 20, tit. 3.º, Partida VI; precedente legal en que los autores del Código se inspiraron para la redacción del art. 749.

Es de observar, siguiendo la explicación del art. 671, que, relacionado con su concordante el 907, existe una falta de congruencia entre ambas disposiciones realmente injustificada. Este último art. 907 permite que pueda desempeñar las facultades de comisario á que el 671 se refiere el albacea ó albaceas nombrados en el testamento, teniendo el encargo, no de entregar los bienes á herederos determinados, sino de darles la inversión ó distribución que el testador hubiese dispuesto, y en tal caso ordena que «rendirán sus cuentas al juez.» De esta obligación se halla exento aquel á quien cometiese el testador el mismo encargo, pero sin el carácter de albacea; no la exige el art. 671, y resulta inexplicable que siendo el albaceazgo un cargo de confianza del testador, deban los nombrados cumplir con ese requisito de rendir al juez sus cuentas, del cual están libres los que no son nombrados albaceas, y no es que encontremos mal esa precaución del Código; lo que no puede aprobarse es que no se haya seguido igual criterio en uno y otro caso.

Por otra parte, revela que la intención de los autores del Código es que las facultades del comisario se hallen siempre afectas de alguna especie de garantía, lo dispuesto en el art. 1.057, según el que, «el testador, podrá encomendar, por acto *inter vivos* ó *mortis causa* para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición á cualquiera persona que no sea uno de los coherederos...; pero el comisario deberá, en este caso, inventariar los bienes de la herencia, en citación de los coherederos, acreedores y legatarios». Por esta razón, no se comprende cómo el Código ha dejado desprovisto el caso que el art. 671 regula de toda medida de precaución para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto por el testador y lo ordenado por la ley.

No deben olvidarse, como aplicación procesal en esta materia, los arts. 1.101 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, que tratan de la adjudicación de bienes á que estén llamadas varias personas sin designación de nombres.

38. Es un límite impuesto á la facultad del testador en la libre disposición de sus bienes lo preceptuado por el art. 747 del Código, según el que es necesaria la aprobación del Gobierno para que «la institución

hecha á favor de un establecimiento público, bajo condición ó imponiéndole un gravamen, sea válida». Aparte la falta de precisión en el lenguaje empleado por este artículo, tanto en la poco feliz denominación de «establecimiento público», como en la inadmisibile confusión de la *validez* de una institución de heredero con su *ineficacia*, que es cosa muy distinta, hay que reconocer la justicia de lo que en él se dispone, y la evidente necesidad de la limitación á que antes se ha hecho referencia, para que los fines que deben cumplir las personas sociales de interés público y los estatutos por que las mismas se rijan, no queden á merced de la voluntad ó al capricho de un particular cualquiera.

39. En más de una ocasión se ha tratado de la declaración de nulidad que hace el art. 750, en cuanto á las disposiciones testamentarias en favor de persona incierta. No se ha de insistir aquí en lo ya expuesto, y, por consiguiente, bastará referirse, por lo que hace á esta forma excepcional de la institución de heredero, á lo que tenemos consignado (1), en explicación de aquel artículo.

40. Puede un testador instituir como herederos á *sus parientes*, en general, sin distinguir de personas ni de clase de parentesco. Algunos Códigos—el italiano, por ejemplo, que copia en esto al de Napoleón—niegan la validez á tal institución, salvo en el supuesto á que provee el art. 671 del nuestro, ó sea en el de encomendar á una tercera persona la distribución de la herencia. Otros Códigos, como el de Portugal, admiten y regulan esta forma de instituir; pero, es el caso, que los que la permiten y los que la rechazan llegan á análoga conclusión, porque los primeros determinan, según lo hace el de nuestra nación en el art. 751, que las disposiciones hechas en favor de los parientes del testador, en general, se entienden hechas en favor de los más próximos en grado, y aun añaden los de Méjico y Portugal, concretando más la regla, «según el orden de sucesión legítima». De manera que, en último término, la consecuencia, tanto en el caso de que se estime nula tal institución, como en el de que se reconozca su validez, determinando las reglas para aplicarla del modo expresado, es la de que la sucesión se defiera á los herederos legítimos. Porque aunque el art. 751 de nuestro Código sólo dice que las disposiciones en favor de los *parientes*, en general, se entenderán hechas en favor de los más próximos en grado, por grados suceden también los parientes en la sucesión *abintestato*.

En realidad, no cabe seguir otro criterio que el adoptado por nuestro Código. Después de favorecer la iniciativa del testador autorizándole para encomendar á una persona la distribución de la herencia entre sus parientes, si no hace uso de esa autorización, ¿por qué razón se va á exigir, como pretende algún comentarista, que el Código señale una per-

(1) N.ºs. 56 y 58, cap. 5.º de este tomo, y núm. 39 de este capítulo.

sona encargada de *calificar* á los parientes designando los que reúnen más méritos para percibir lo dejado por el causante? Lo más natural y equitativo en esta situación es acudir al vínculo de la sangre, que, aunque no siempre va unido al grado de afección, es racional presumir que sea causa de ésta. Sin embargo de lo expuesto anteriormente, hay que observar que no existe paridad absoluta entre el caso de que se trata y el de la sucesión *abintestato*; el artículo no dice otra cosa, sino que se entenderá hecha la institución en favor de los parientes más próximos en grado, suprimiendo, de lo que el proyecto de 1851 establecía, el precepto según el que, en esta hipótesis de sucesión testamentaria, había lugar al derecho de representación, y claro es que, al suprimirlo, daba á entender claramente que no admite aquí tal derecho, y esto constituye una diferencia esencial con la sucesión intestada. Además, la misma vaguedad del artículo puede dar lugar á dificultades de aplicación, tratándose de calificar la proximidad de grado, según la clase de parentesco, que se hubieran evitado con la equiparación, repetida y efectuada en otros Códigos, de esta especie de sucesión testamentaria con la sucesión legítima.

41. De índole distinta es la forma singular de institución de heredero á que se refiere el art. 747. Suele ver en él algún comentarista una excepción del principio consignado en el 750 que se explicó anteriormente, según el que, toda disposición hecha en favor de persona incierta será *nula*. La hipótesis á que este artículo se refiere, dicen, es la institución en que se designa como heredero el alma del testador, y ¿hay nada menos cierto que el alma? Observación que no es enteramente exacta, porque de lo que trata el art. 747 es del caso en que el testador disponga «del todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma». Esta distinción no deja de tener interés real y práctico, para privar de cualquiera fuerza que pudiera atribuirse á la argumentación, muy generalizada, de que la cláusula testamentaria que dijere «en todos mis bienes, ó en tanta parte de ellos, instituyo á mi alma por heredera», sería nula por aplicación de lo preceptuado en el art. 750, mientras que aquella otra en que se destinaren esos mismos bienes á sufragios y obras pías en favor del alma del otorgante, sería perfectamente válida, conforme á lo dispuesto por el art. 747, que regula esta forma excepcional de instituir, en cuanto el testador dispone la aplicación que debe darse á los bienes de la herencia, aunque no lo haga de un modo concreto y determinado; cuyo artículo, en lo que á la institución en beneficio del alma se refiere, ha sido ya objeto de explicación anterior (1).

La equivalencia jurídica, en realidad, de la institución hecha en bene-

(1) Núm. 51, cap. 5.º de este tomo.

ficio del alma, en los términos del supuesto á que provee el art. 747, destinando la herencia ó parte de ella á sufragios y obras piadosas, con aquella finalidad espiritual, y reglamentando su ejecución, mediante la fórmula que él mismo establece, no es otra que la de una institución *sub modo*, ó sea determinando el fin ó destino á que han de aplicarse los bienes comprendidos en una institución de esta clase.

Hace perfectamente el Código en respetar la voluntad del otorgante manifestada en ese sentido y en dictar reglas para su cumplimiento; el fin que señala en este caso á sus bienes el testador, según los dictados de su conciencia, es lícito y debe tener la sanción legal correspondiente. Por eso, es más acertado el criterio seguido por nuestro Código, que el que para esta modalidad testamentaria adoptan algunos extranjeros, el italiano, por ejemplo, negando validez á tales disposiciones (1).

La dificultad está en determinar la aplicación concreta, específica, que debe darse á los bienes, es decir, lo que ha de entenderse por *sufragios* y *obras piadosas*, interpretando ó supliendo la voluntad del testador que no quiso manifestarla de un modo claro y preciso, y en este punto también es digna de aplauso la solución de un saludable eclecticismo, dada por el Código, que partiendo del supuesto de una institución hecha con aquel doble fin, que expresamente menciona, ordena, á este propósito, que se entregue dicha mitad de bienes al Diocesano, para que les dé la aplicación indicada, disponiendo que la otra mitad se dedique á las obras piadosas que pudiéramos llamar *seculares*, para lo cual se entregará al Gobernador civil correspondiente, con objeto de que éste á su vez lo haga á los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto á los de la provincia.

Este art. 747 del Código, adolece de varios defectos. Uno de ellos es no distinguir el caso que expresamente regula, de aquellos otros en que el testador disponga de sus bienes únicamente para sufragios ó tan sólo para obras piadosas y no para la dualidad de fines expresos. ¿Debe dárseles en las dos hipótesis la aplicación que señala el art. 747? No podrá hacerse tal cosa sin violentar la voluntad del testador, cuando ésta sea la de que sus bienes se destinen exclusivamente á sufragios, y no mencione las obras piadosas ó viceversa. En ambos casos habrá que estar *antes* á lo que resulte dispuesto claramente en el testamento, que á lo ordenado en el art. 747 del Código, cuya fórmula es tan sólo para el especial y expreso supuesto que le inspira y á que provee, ó á lo sumo, para falta de claridad ó precisión en el testamento, pero nunca para hi-

(1) Y el del art. 611 del proyecto español del 1851, según el que, de un modo absoluto debían entenderse hechas en favor de los pobres, lo cual no es más que una equivalencia apreciada por la ley, determinando, por suplemento, el modo ó fin de la institución.