

---

# REVISTA DE DERECHO

AÑO XXVIII — OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1960 — N.º 114

DIRECTOR: MARIO CERDA M.

CONSEJO CONSULTIVO:

HUMBERTO ENRIQUEZ FRODDEN  
ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA  
JUAN BIANCHI BIANCHI  
QUINTILIANO MONSALVE JARA  
MARIO CERDA MEDINA  
ESTEBAN ITURRA PACHECO



ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

---

**RAMON DOMINGUEZ BENAVENTE**

**Profesor de Derecho Civil**

**DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES (\*)**

1.º—**Concepto.**—Las asignaciones testamentarias, como que deben su existencia a la libre y soberana voluntad del testador, pueden o no producir sus efectos en la forma prevista por la ley, atendiendo al tipo de cada una de ellas. El de cuius puede modificar esos efectos, sea en lo relativo al nacimiento, al ejercicio o a la extinción de derecho que confiere al asignatario, en cuanto el ordenamiento jurídico no lo prohíba. Así, puede el testador simplemente legar una casa o disponer, por el contrario, que el legado lo hace para el evento de que el legatario se reciba de abogado, o a partir de cierto día, o para que con su producido se establezca un determinado instituto de enseñanza.

Cuando la voluntad del testador se encuentra encaminada solamente a hacer la asignación y designar la persona con ella favorecida, de manera que los efectos quedan librados a la ley, se acostumbra decir que la asignación es pura y simple. Se desea expresar así la idea de que ni el nacimiento, ni el ejercicio, ni la extinción del derecho conferido al asignatario se encuentra sometido a otro imperio que el señalado de antemano por la ley,

---

(\*) Notas tomadas de las clases sobre "Derecho Sucesorio", dictadas por el profesor señor Domínguez Benavente, en su cátedra de Derecho Civil, en la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, con citas del mismo profesor.

Por el contrario, se denominan asignaciones sujetas a modalidades aquellas cuya eficacia se encuentra subordinada a ciertos elementos añadidos por el testador, de manera que los efectos de la asignación desea el causante que se produzcan de un cierto modo o si se verifican determinadas circunstancias.

2.º—Las modalidades son accidentales.—Corrientemente se enseña que las modalidades son cláusulas accidentales con respecto al negocio jurídico que las llevan, en este caso la asignación (Polacco, *Las Sucesiones*, t. 1, pág. 48; Vío Vásquez, *Las Obligaciones Condicionales*, pág. 15 N.º 1; Josserand, *Derecho Civil*, t. I, V. 1, pág. 114 N.º 109; Espin Cánovas, *Derecho Civil Español*, t. 5.º, pág. 193 N.º 4). Con ello se quiere expresar que son ajenas a la reglamentación establecida ordinariamente para el negocio, pues el legislador normalmente no las exige y dependen de la sola voluntad del testador, quien las introduce si lo desea. No son ellas exigidas por el ordenamiento jurídico para la eficacia de la asignación, de suerte que pueden ser omitidas sin comprometer la existencia ni la validez de la declaración de voluntad. No se trata de requisitos legales de eficacia, como la existencia natural del asignatario a la apertura de la sucesión (art. 962).

Conviene tener presente, sin embargo, que una vez, introducidas por el testador pasan a ser elemento inseparable de la asignación, de tal modo que ya no será posible desentenderse de ellas en el ordenamiento de los intereses que, en mira a los mismos, ha querido regular, el de cuius. Hacen parte del contenido de la asignación, pues, el derecho del asignatario queda ligado desde entonces a la suerte de la modalidad, desde que el autor de la sucesión quiere conseguir un resultado práctico sólo de cierto modo o en el evento de determinadas circunstancias. Desde este punto no se trata en nada de algo accidental de la asignación, de lo que pudiera prescindirse libremente (Messineo, *Derecho Civil y Comercial*, t. 2, pág. 460 N.º 1). "Condición, modo y término son modalidades que se denominan accidentales (*accidentalia negotii*) con respecto al tipo o género del negocio, en el sentido de que son extrañas a su estructura típica, pero que asumen carácter esencial en relación al negocio concreto en que se incluyen, en

## DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

37

cuanto se convierten en un elemento de su contenido preceptivo y determinan, por ello, su supuesto de hecho. El hablar de modalidades, de cláusulas, etc., no debe hacer creer que se trata de determinaciones accesorias o de simples enunciaciones, distintas y separables del precepto de la autonomía privada que constituye el elemento central del negocio total. Al contrario, aquéllas forman un todo inescindible con este precepto, calificándolo e imprimiéndole un especial carácter a la ordenación de intereses que prescribe" (Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*", pág. 383 N.º 62).

Las modalidades forman, pues, parte de los requisitos voluntarios de eficacia de los negocios jurídicos. No se trata con ellas de requisitos de existencia o de validez de los mismos, desde que no tienen relevancia desde este punto de vista. Es cierto que los elementos de existencia y de validez tienen, como es natural y obvio, consecuencias en lo referente a la eficacia misma del acto; pero las modalidades sólo en cuanto a la eficacia (Véase Carriota Ferrara, *"El Negocio Jurídico"*, pág. 538 N.º 135).

### I.—ASIGNACION CONDICIONAL

3.º—**Concepto.**—Es aquella "que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según la intención del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo" (art. 1070 inc. 2.º).

Asignación condicional es, por tanto, la que se caracteriza por haber manifestado su voluntad el testador de tal manera que los efectos de la asignación quedan sujetos a que se realicen o no ciertas y determinadas circunstancias, que toman el nombre de condición. De los términos del artículo 1070 la condición no tiene, como se ha dicho ya en general de toda modalidad, nada de accidental en la eficacia de la asignación y, por el contrario, hace parte del contenido de ella. Es la suerte misma de la asignación, sea para producir sus efectos o dejarlos de producir, la que se encuentra ligada al suceso futuro e incierto o, como dice el legislador, que "no valga si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo".

La condición importa, en las asignaciones como en todo negocio jurídico, sujetar los efectos a una determinada previsión, para suspender o resolver, al producirse, los intereses que con ella se han querido regular. La alternativa de si el suceso se producirá o no se producirá, se traduce en que la eficacia de la asignación se encuentra sometida a una incertidumbre o incerteza: de si llegará o no a producir el resultado práctico querido por el de cuius.

4.º—**Condiciones iuris.**—Debe ser distinguida la condición de los presupuestos legales de validez y de existencia de los negocios jurídicos, en este caso de la asignación. Igualmente, debe ser netamente separada la condición de los requisitos legales de eficacia de la asignación, impuestos por imperio del derecho objetivo. Así, por el artículo 962 para ser capaz de recibir una asignación se debe, en principio, existir al tiempo de abrirse la sucesión. De esta disposición se desprende que el testador no introduce ninguna condición al exigir, por ejemplo, que el asignatario exista al tiempo de abrirse la sucesión, para que el legado tenga eficacia. Con esta cláusula, o sin ella, no se están modificando los efectos normales del ordenamiento jurídico, que supone precisamente esa existencia para producir los resultados que la ley señala anticipadamente a la asignación. Estos presupuestos legales operan independientemente de la mención que las partes o el testador puedan hacer; la condición, al contrario, es creación de la autonomía de las partes o del de cuius. Es, en suma, un requisito de eficacia voluntario. Además, es característica de la condición, como a toda modalidad, ser externa al negocio jurídico. "El acontecimiento debe ser extrínseco a la relación de derecho. La relación de derecho debe poder existir sin la condición, que no es una modalidad de la misma; por lo tanto, un elemento esencial del contrato no constituye una condición. La compraventa bajo la condición de que se pague el precio no constituye una compraventa condicional, sino una compraventa pura y simple; el pago del precio es un elemento de la compraventa, un elemento intrínseco" (Mazeaud Henri, León y Jean, "Lecciones de Derecho Civil, parte II, t. 3, pág. 298 N.º 1039).

En suma, los requisitos de existencia, de validez y de eficacia legal del negocio jurídico no son condiciones, en el sentido de una

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

39

modalidad. Es cierto, como ya lo hemos dicho, que en definitiva si falta uno de estos elementos la eficacia del negocio resulta anulada; pero la condición, si bien es requisito voluntario o convencional de eficacia, nada tiene que ver con los elementos de existencia, de validez y de eficacia legal misma del negocio.

5.º—**Elementos de la condición. Su naturaleza.**—Por los artículos 1070 y 1473 la condición se presenta cuando un suceso extrínseco previsto por el testador, sea para que la asignación produzca sus efectos o deje de producirlos, presenta estas dos características: futuro e incierto. Pothier, de acuerdo con el Derecho Romano, expresaba que “la condición es un hecho futuro e incierto de cuya realización se hace depender la obligación contraída” (De las Obligaciones, pág. 116 N.º 199). Este concepto es igualmente valedero para la condición impuesta a las asignaciones testamentarias.

Es ya vieja la cuestión que divide a los doctrinadores acerca de si la condición influye en la existencia misma de la voluntad, desde que se sostiene que al sujetarse la eficacia del negocio a un hecho futuro e incierto hay en el fondo una doble voluntad, esto es, una afirmativa, si la condición se cumple, y otra negativa, si no se verifica; o si, por el contrario, la condición no influye en la voluntad misma, sino en los efectos de ella, en lo que se desea alcanzar prácticamente. Hay al respecto una abundante doctrina, que no es del caso traer a colación.

Entre nosotros se considera a la condición con influencia tan sólo en los efectos, en el resultado, de manera que la voluntad existe. De aquí que la condición sea un evento futuro e incierto que, introducido por la voluntad del testador, influye en la eficacia de la asignación, sea para producir o dejar de producir efectos. Este concepto vale para toda condición, bien que sea suspensiva o resolutoria, pues siempre es la eficacia la que está en juego.

A) **Hecho futuro.**—El evento previsto debe realizarse, o no realizarse, con posterioridad al otorgamiento del testamento, que es el momento que considera el Código para determinar lo pasado, lo presente o lo futuro en esta materia. Se dispone por el artículo 1071 inc. 2 que “lo pasado, presente o futuro se entenderá con rela-

ción al momento de testar, a menos que se exprese otra cosa". No era así por el Proyecto de 1853, en que ese momento quedaba fijado por la muerte del testador.

Un suceso pasado, o uno presente, que se está verificando, no es jurídicamente condición. Dispone el artículo 1071 que "La condición que consiste en un hecho presente o pasado, no suspende el cumplimiento de la disposición. Si existe o ha existido se mira como no escrita; si no existe o no ha existido, no vale la disposición". El Proyecto de 1853, en su artículo 1264, venía ilustrado con la siguiente nota: "si Pedro es hijo de Juan; si Pedro no ha muerto. La primera es positiva y de presente; la segunda negativa y de pasado. La primera falla si Pedro no es hijo de Juan; la segunda, si Pedro ha muerto". Si Pedro es verdaderamente hijo de Juan o no ha muerto, la asignación es pura y simple, produciendo todos los efectos propios de su tipo.

Si el artículo 1071 trata de estas situaciones como si fueran condicionales no es tanto porque el hecho sea realmente futuro, sino por la ignorancia del testador acerca de que el hecho se ha realizado o se está realizando. Pero como no hay duda de que el acontecimiento no podrá tener lugar con posterioridad al otorgamiento del testamento, todo se reducirá a constatar si el hecho ocurrió o no, lo que aleja la idea de una condición.

Por el artículo 1071 se dan reglas enderezadas a interpretar la voluntad del testador, si se ha señalado como condición un suceso ya realizado y que, no obstante, el de cuius exige que se realice nuevamente. Esas normas son las siguientes:

1.º) "Si la condición que se impone como para tiempo futuro, consiste en un hecho que se ha realizado en vida del testador, y el testador al tiempo de testar lo supo, y el hecho es de aquellos que pueden repetirse, se presumirá que el testador exige su repetición". El testador ha designado a Antonio como su heredero siempre que realice un viaje a Europa. El asignatario ha realizado ya el viaje, pero la circunstancia de que el testador lo haya sabido y que pueda repetirse, hace que la ley presuma que la voluntad del causante es que realice un nuevo viaje para la eficacia de la asignación. Se habría llegado, sin duda, a la misma conclusión sin necesidad de un texto expreso, desde que la naturaleza del hecho

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

41

puesto como condición pide que el suceso se realice nuevamente. En suma, el hecho es futuro por las circunstancias anotadas;

2.º) "Si el testador al tiempo de testar lo supo, y el hecho es de aquéllos cuya repetición es imposible, se mirará la condición como cumplida". La asignación, por lo mismo, resulta pura y simple, pues el hecho se ha verificado y no hay incertidumbre alguna que coloque el derecho del asignatario en la alternativa de existir o no. Tal el caso de que se instituya heredero a Diego si muere Antonio, quien efectivamente ya había fallecido lo que estaba en conocimiento del testador, pues resulta imposible que Antonio muera una vez más.

Esta regla se encuentra en oposición con la del artículo 1480 inc. 1.º, para las obligaciones condicionales. En éstas, si la condición suspensiva es imposible por no poderse cumplir, se la tendrá por fallida. En las asignaciones se la tiene por cumplida, según se ha visto. No era éste el sistema que se había adoptado en los Proyectos. Por el artículo 1266 del Proyecto de 1853 se la estimaba como fallida, separándose así del Derecho Romano, como se indicaba en la nota correspondiente; nota en la cual se hacía referencia a la Ley 10, tomada de Sabino, Digesto, 35, 1, que dice: "Si se legase así, "si viniese la nave de Asia", e ignorándolo el testador vino la nave estando haciendo el testamento, se dirá que se tiene por cumplida. Y si alguno legó así: "cuando llegue a la pubertad, se dirá lo mismo". Y la Ley 11, que también se la cita, establecía: "Si lo que se pone por condición, ya se había hecho, y lo sabe el testador, se ha de esperar a que se haga, si se pudiese reiterar; pero si lo ignora, se debe al instante. Se ha de saber también, que las condiciones que se pueden cumplir muchas veces, se han de cumplir después de la muerte, si se ponen para que se cumpla con lo que se manda en el testamento: v. gr.: "Si subiese el Capitolio"; y otras semejantes. Las que no se pueden repetir, se pueden cumplir viviendo el testador; v. gr.: "Si Ticio fuese hecho Cónsul". Más tarde, en el Inédito (art. 1218 c) y en el Código se siguió un sistema diverso, conformándose al Derecho Romano; y

3.º) "Si el testador no lo supo, se mirará la condición como cumplida, cualquiera que sea la naturaleza del hecho". Importa

poco o nada que el hecho sea de los que pueden o no volverse a repetir. Por lo demás, tratándose, como se trata, de un hecho pasado habría bastado con la regla del artículo 1071.

Resulta en nuestro Derecho que ningún acontecimiento pasado es condicional, hasta el extremo que si el testador lo ignora se mirará la condición como cumplida, cualquiera que sea la naturaleza del hecho. No es así en otras legislaciones, en que "la condición es el evento futuro, pero defectible, o pasado e ignorado del testador, al que éste subordina los efectos de una disposición testamentaria" (Santamaría, Comentarios al Código Civil de España, t. I, pág. 779 art. 700).

**B) Hecho incierto.**—Es esencial que el hecho futuro sea incierto. Es esa alternativa de si el acontecimiento tendrá o no lugar lo que le da al porvenir el carácter de una condición. Colin y Capitant enseñan lo siguiente: "Tampoco existe condición si el acontecimiento de que se trata es verdaderamente futuro, pero debe evidentemente producirse un día u otro" (Derecho Civil, t. 3.º, pág. 369). Como lo explican ciertos doctrinadores "No se sabe, en el momento de la conclusión del contrato —y lo mismo debe decirse del testamento—, si el acontecimiento elegido, la condición, se realizará o no" (Mazeaud, obra citada, pág. 290 N.º 1027).

Ninguna trascendencia tiene que el hecho futuro sea determinado o no, que de realizarse se sepa o no cuando tendrá lugar. Tan incierto es que una persona cumpla 25 años como que se case. En ambos casos hay incertidumbre y el hecho es condicional (art. 1086).

**6.º) Cuestión de hecho.**—Determinar si el hecho es pasado o presente; cierto o incierto; si puede o no repetirse; si el testador lo supo o no al otorgar el testamento; etc., es una cuestión de hecho que resuelven soberanamente los jueces de la instancia, sobre todo lo cual no tiene control la Corte Suprema.

**7.º) La muerte como condición.**—Pocos son los autores que para ilustrar la idea de que no todo hecho futuro es condición, por faltar la incertidumbre, no recurran al caso de la muerte de una persona. Como se sabe que ese acontecimiento llegará, no debe

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

43

verse una condición cuando la eficacia del derecho del asignatario se sujeta al fallecimiento de un tercero, a menos que se exija en una forma particular.

En las disposiciones testamentarias, la asignación para después de los días de un tercero no parece ser, por tanto, condicional, desde que se sabe de cierto que ese tercero tendrá que morir. Pero como el Código exige que a la fecha del fallecimiento de ese tercero se encuentre vivo el asignatario, lo que es ya incierto, la asignación es condicional. En otros términos, la incertidumbre no está en la muerte del tercero sino en la existencia del asignatario en ese momento (art. 1085 inc. 1.º). Es como si el testador agregara a la disposición una cláusula ordenando que el asignatario esté vivo cuando muera el tercero.

Para que esta regla tenga aplicación es forzoso que el derecho mismo concedido al asignatario requiera obligadamente de su existencia al ocurrir la muerte del tercero. Si solamente es la exigibilidad de la asignación la que queda en suspenso hasta ese acontecimiento, deja de ser condicional. En tal caso la muerte hace de un plazo que debe transcurrir para exigir el cumplimiento de la disposición. Según Aubry y Rau sería de esta naturaleza la disposición siguiente: "Lego a Pedro tal suma, que le será pagada el día de su mayoría, o el día de la muerte de Pablo" (Droit Civil, t. 7.º, pág. 474). Es lo que también se establece por el artículo 3772 del Código Civil de Argentina, según el cual "Si una condición suspensiva o un término incierto es puesto, no a la disposición misma sino a la ejecución o pago del legado, éste debe considerarse como puro y simple, respecto a su adquisición y transmisión a los herederos del legatario"; disposición que, según Veles Sarfield, fue tomada de los autores citados. Así también se ha resuelto entre nosotros (Rev. de Derecho y Jurisprudencia, t. 38, seg. parte, sec. I, pág. 466).

8.º) **Reglamentación.**—Las asignaciones condicionales se sujetan, en principio, a las reglas de las obligaciones condicionales. Según el artículo 1070 inc. 3, "Las asignaciones testamentarias condicionales se sujetan a las reglas dadas en el título De las obligaciones condicionales, con las excepciones y modificaciones que van a explicarse". Por el artículo 1493 "Las disposiciones del

título IV del Libro III sobre las asignaciones testamentarias condicionales o modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes".

De estas disposiciones se extrae el principio de que las asignaciones condicionales se gobiernan, primeramente, por las reglas específicas que para ellas se han contemplado; en lo no previsto, por las que se dan para las obligaciones condicionales. Siendo muy reducidas las de aquellas, hay que buscar en las obligaciones condicionales las reglas que le son aplicables a las asignaciones.

9.º) **La teoría de las condiciones es una misma.**—De acuerdo con lo que se termina de expresar, en el Código la teoría de las condiciones es una misma, sea que vengan introducidas en los testamentos o en otros negocios jurídicos. Esto se refuerza con lo que disponen los artículos 1481 y 1488. Ha necesitado el legislador, cada vez que desea apartar una regla de la teoría común, expresarlo, como ocurre con el artículo 1492.

10.º) **El sistema en otras legislaciones.**—El Código de Francia adoptó un sistema para las convenciones y otro para las liberalidades, en lo que se refiere a las condiciones ilícitas o inmorales. Por el artículo 900 "en toda disposición entre vivos o testamentaria, se tendrán por no puestas, las condiciones imposibles y las que sean contrarias a las leyes o a las buenas costumbres". Según el artículo 1172 "toda condición de una cosa imposible, o que sea contraria a las buenas costumbres, o que esté prohibida por la ley, es nula y hace también nulo el contrato que de ella dependa".

Estas disposiciones, por lo menos en el texto, establecen una neta separación entre la condición inmoral o ilícita en las liberalidades, en que se considera como no escrita y pura y simple la liberalidad, de la condición de igual naturaleza en los contratos, en que lo anula en su totalidad.

A semejanza del Código de Francia, el derogado Código Civil italiano consideraba "como no escritas las condiciones imposibles y las que son contrarias a las leyes y buenas costumbres" (art. 849). El actual Código Civil de Italia se ha mantenido fiel a este principio, desde que por el artículo 634 "En las disposiciones tes-

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

45

tamentarias se consideran no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, salvo lo establecido por el artículo 626". Este sistema había merecido a Polacco, por lo que al derogado código se refiere, el siguiente comentario: "Más racional parece el sistema de otras legislaciones, como la austríaca (arts. 698 y 897) que tratan todos los negocios de la misma manera, anulándolos, ya sean entre vivos o mortis causa, si están unidos a condiciones semejantes. Verdaderamente, cuando el disponente añade a la liberalidad una condición, es prueba de que su voluntad es que no tenga lugar la liberalidad si dicha condición no se cumple, y si no puede cumplirse porque es imposible o ilícita, debería caer la disposición; en otras palabras, no se debería dividir la voluntad del testador, manteniendo su disposición aunque la condición a que él la había subordinado no se cumpla" (obra citada, t. I, pág. 485).

El de España sigue igual predicamento, según la concordancia de los artículos 792 y 1116. Según el Tribunal Supremo la norma del artículo 792 y la del artículo 1116 responden a la distinta regulación que merecen los efectos de las voluntades emitidas en los supuestos respectivamente previstos por dichos preceptos y ninguna de ellas es aplicable al caso de la otra (S. 17 Noviembre 1950).

11.º) **Justificación de ese sistema.**—El sistema del Código de Francia y los que en él se han modelado, que Colin y Capitant califican "bajo el punto de vista de la razón y de la equidad, como muy censurable" (obra citada, t. 7.º, pág. 411), arranca su origen del Derecho Romano. Los proculeyanos preconizaban el sistema de que estas condiciones debían anular la disposición testamentaria, como anulan la obligación a que se incorporan. Los sabinianos, por el contrario, sostenían que estas condiciones, cuando de la institución de heredero se trataba, debían considerarse como no escritas. Justiniano adoptó este sistema en sus Instituciones, pues en ella se dice: "La condición imposible en las instituciones y en los legados, así como en los fideicomisos y en las manumisiones, se tiene por no escrita" (Libro II; T. XIV N.º 10). También la Ley 14, D. 28, 7: Las condiciones escritas contra los edictos imperiales o contra las leyes o lo que tiene fuerza de ley, o son con-

tra las buenas costumbres, o se expresan por medio de burlas, están reprobadas por los pretores y se tienen por no puestas, y se recibe la herencia o el legado como si se hubiese dejado sin condición". Fue la solución que aceptaron más tarde las leyes alfonsinas (Ley 3, tit. 4, Partida 6).

La solución romana se la ha querido justificar desde varios puntos de vista, entre los cuales ocupa un lugar preferente "el favor testamenti", como una solución para evitar que el de cuius muriera intestado. "Se ha querido justificar, dice un autor, la diferencia de tratamiento a este respecto entre negocios entre vivos y testamentos, diciendo que en los contratos la responsabilidad de haber insertado una comisión semejante recae sobre ambas partes, y por lo tanto, para castigarlas a ambas, debe declararse la nulidad del acto; mientras que, por el contrario, la culpa de haber añadido a la disposición testamentaria (acto unilateral) dicha condición es toda del testador; el instituido heredero o legatario no interviene, por lo que debe sufrir el testador solo la pena, consistente en considerar la condición querida por él como no puesta, obteniendo el heredero o legatario extraño a la culpa la liberalidad como si fuera pura y simple" (Polacco, obra citada, pág. 485). Como el mismo autor lo anota, esta justificación es antijurídica.

Se ha sostenido, también, que en los contratos las partes no tuvieron seria intención de obligarse cuando subordinaron su compromiso a una condición imposible. En el testamento, el testador sólo ha podido, por equivocación o error, sujetar la disposición a una condición de esta naturaleza, de manera que debe ser salvada la última voluntad "pro favore ultimarum voluntatum".

En Francia se introdujo el principio al amparo de las ideas de la revolución. Las expresiones de Barrére son clásicas: "Algunos ciudadanos que no pueden aceptar los principios de la igualdad política y de la tolerancia religiosa, proscriben de antemano, mediante actos protegidos por la ley, el ejercicio de las funciones públicas, la unión de sus hijos con las mujeres a las que denominan plebeyas o que practican distinto culto religioso. El odio de la Revolución se escudará en la voluntad de los moribundos o en la generosidad de los donantes; se impedirán matrimonios, las costumbres serán alteradas... El aristócrata, el intolerante, el enemigo de la constitución darán órdenes aún desde la tumba" (citado por Planiol

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

47

y Ripert, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil Francés, t. 5, p. 279, nota al N.º 268. Véanse sobre esta misma cuestión Colin y Capitant, obra citada, t. 7, pág. 414 y De Gásperi, Derecho Hereditario, t. 4, pág. 31 N.º 570). Se mantuvo el principio romano, por razones diversas. "Era siempre la sanción romana, pero establecida en un espíritu muy diferente: no era ya la voluntad del de cuius la que había de respetar, no era ya la sucesión testamentaria la que se quería favorecer con preferencia a la transmisión ab intestato; sino era el pasado lo que se quería abolir, era el orden nuevo que se esforzaba en evitar toda reaparición del orden antiguo, como una medida, no ya interpretativa de la voluntad del difunto, sino netamente imperativa, válida tanto para las donaciones como para los testamentos, verdadera medida de policía jurídica" (Josserand, Derecho Civil, t. 3.º, V. 3.º, págs. 102 y sig. N.º 1545).

Hoy la jurisprudencia francesa no aplica tan estrictamente la distinción. Atiende más bien a la causa impulsiva y determinante, para darle aplicación o no al artículo 900. Cuando estima que la condición ilícita desempeña un papel accesorio, esto es, que el fin principal que ha tenido el disponente es favorecer al asignatario, se suprime la condición y se gobierna la liberalidad por el artículo 900. Pero si la condición es lo esencial que ha motivado la disposición, de manera que con ella se busca un fin especial, determinante, la modalidad es entonces la causa misma de la liberalidad. Si es ilícita esa causa, la liberalidad tendrá igualmente una causa ilícita, de manera que la disposición misma debe ser anulada, no por aplicación del art. 900 sino más bien por el artículo 131 y 1172. Como enseñan ciertos autores, "en la actualidad, los tribunales someten todos los actos al mismo régimen: distinguen tan sólo según el carácter determinante o accesorio de la condición: la nulidad de la condición lleva consigo la nulidad de todo el acto cuando ha sido la causa impulsora y determinante de la voluntad del contratante; en el caso contrario, la condición se considera sencillamente como no escrita" (Mazeaud, obra citada, pág. 300 N.º 1043. Véase, para la jurisprudencia especialmente, Josserand, Los Móviles en los Actos Jurídicos de Derecho Privado, pág. 163 N.º 145).

12.º—**Por nuestro Derecho no hay diferencia.**—Ya está dicho que en nuestro Derecho la teoría de las condiciones es una sola. La condición posible o imposible, moral o físicamente, se gobiernan por idénticos principios. No sólo los textos lo demuestran sino el pensamiento mismo del autor del Código. Como por las leyes alfonsinas se había seguido el sistema romano, en la nota al artículo 1267 inc. 2, del Proyecto de 1853, que corresponde al actual 1480 inc. 1, se decía: "En la ley 3, tit. 4, P. 6, como en el Derecho Romano, la condición imposible se considera como no escrita, disposición que choca con el sentido común. Así es que, entre los romanos mismos, fue largo tiempo controvertida, por los proculeyanos. El que concede algo bajo una condición de esta especie, no concede nada, se burla; o no está en su sano juicio. Si no conoce la imposibilidad, el caso es entonces análogo al de la condición, que, siendo posible al principio, deja posteriormente de serlo; en el cual la condición se considera fallida, y la herencia o legado inválidos. En nuestro Derecho (L. 4, tit. 4, P. 6) si la condición es imposible de hecho y no por la naturaleza de las cosas, vicia la disposición: *cur tam varie?* El Código Prusiano (P. 1, título 4 131) y el Austriaco, 678, han abandonado al Derecho Romano. El Francés reproduce el Derecho Romano; pero varios jurisconsultos franceses (Maleville, sobre el art. 900; Toullier, Droit Civil, t. V, N.º 247, citados por Savigny, 124) han llevado a mal que en este punto se adoptasen para los testamentos diferentes reglas que para los contratos". Pero este sistema no era el que primeramente inspiró a don Andrés Bello, pues en el artículo 15, del Título VII, párrafo III, se disponía lo contrario.

Ha sido necesario trasegar todos estos precedentes para fijar bien el alcance del Código en esta materia, pues se ha sostenido, erróneamente y sin fundamento alguno valedero, que por nuestro Derecho se han seguido los precedentes romanos, imitando al art. 900 del Código de Francia (en este sentido De Gásperi, obra citada, t. 4.º, p. 32 N.º 570).

Consecuencia del sistema del Código es que la condición físicamente imposible y positiva, contraria a las leyes de la naturaleza física, por carecer de incertidumbre de si se realizará o no, se la considera fallida desde luego y nula la disposición. Esto es así por la regla del artículo 1480 inc. 1.º: "Si la condición suspensiva

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

49

es o se hace imposible, se tendrá por fallida"; regla que se aplica "aun a las disposiciones testamentarias. Así, cuando la condición es un hecho que depende de la voluntad del asignatario y de la voluntad de otra persona, y deja de cumplirse por algún accidente que la hace imposible, o porque la otra persona de cuya voluntad depende no puede o no quiere cumplirla, se tendrá por fallida, sin embargo de que el asignatario haya estado por su parte dispuesto a cumplirla" (art. 1481 inc. 1.º).

Si semejante condición es negativa, esto es, en no realizar un hecho contrario a las leyes de la naturaleza física, no hay condición, pues nada tiene de incertidumbre el derecho del asignatario. La disposición es pura y simple, pues se mira la condición como no escrita (art. 1476, regla primera).

Si la condición es moralmente imposible, ilícita, sea positiva (si matas a Pedro) o negativa (si no matas a Pedro), la liberalidad no vale, pues tal condición la anula (arts. 1475 inc. 2.º y 1476, regla segunda).

13.—**Condiciones especialmente prohibidas.**—El Código, entre las reglas particulares que da para las disposiciones testamentarias condicionales, señala una serie de prohibiciones, aceptadas tradicionalmente por las legislaciones. Tales son:

14.—1.º) **Condición de no impugnar el testamento.**—Por el artículo 1073 se dispone que "La condición de no impugnar el testamento, impuesta a un asignatario, no se extiende a las demandas de nulidad por algún defecto en su forma". En otros términos, en principio la condición es lícita, desde que considera el Código como no puesta la que tienda a evitar que se impugne el testamento por la omisión de las solemnidades a que debe sujetarse, según su especie. No puede el testador privar al asignatario del derecho de accionar de nulidad del acto de última voluntad si en él se han omitido sus solemnidades. La ilicitud de semejante condición ha sido reconocida por la jurisprudencia (Gac. de 1888, t. 2, S. 2395, p. 533; Gac. de 1882, S. 1654, p. 932).

En todo lo que no diga relación con las solemnidades, la condición es lícita, según se ha dicho. Así, toda demanda enderezada a obtener la nulidad del testamento, aunque sea absoluta, como lo es el hecho de no haberse encontrado el testador en su sano y

cabal juicio, priva al asignatario de la liberalidad, desde que el que tenga interés en alegar dicha especie de nulidad, no se encuentra en el deber de ejercitarla. Así se ha resuelto (Gac. de 1949, t. I, p. 255, s. N.º 39). Si el asignatario, que ha interpuesto la demanda, no obtiene éxito, perderá, como consecuencia, la asignación, pues la acción no tenía por finalidad atacar la omisión de las solemnidades legales.

15.— 2.º) **Condiciones relativas a no contraer matrimonio.**— “La condición impuesta al heredero o legatario de no contraer matrimonio se tendrá por no escrita, salvo que se limite a no contraerlo antes de la edad de veintiún años o menos” (art. 1074). Estamos en presencia de una condición ilícita que, sin embargo, no anula la liberalidad. El asignatario no está obligado a cumplirla, debiendo estimarse la asignación como pura y simple. Es una regla que, con ligeras modificaciones, contemplan muchos Códigos: art. 952, de Uruguay; art. 793, de España; art. 636, de Italia; etc.

La Prohibición absoluta de contraer matrimonio fue prohibida por el Derecho Romano. El Código, en esta parte, se ha mantenido fiel a la tradición, para lo cual se han dado diversos fundamentos, entre los cuales no son extraños el de que con ella se atenta a la libertad del beneficiario, a las buenas costumbres, etc. En Francia, a falta de una disposición expresa sobre el particular, la jurisprudencia ha elaborado una doctrina a base de la teoría de los móviles que hayan podido guiar al testador para imponerla. Si el motivo aparece justificado en interés del asignatario, atendida su edad, a su estado de salud, la validez se impone. Si la prohibición tiene un fin ilícito, como impedirle al beneficiario que contraiga matrimonio con su amante legalizando así esas relaciones, la condición es ilícita y la liberalidad pura y simple (véase Colin y Capitant, obra citada, t. 7.º, pág. 419).

Es bien entendido que la ilicitud dice relación con el matrimonio reconocido por la regla de derecho, de manera que si ella se refiere a no contraer matrimonio religioso, que no tiene valor ante la ley civil, no habrá ilicitud de semejante prohibición (véase Mes-sineo, obra citada, t. 7.º, pág. 135 N.º 1). Tampoco tiene influencia quien sea el testador y quien el asignatario, desde que la ley no distingue.

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

51

La regla precedente tiene excepciones, en que la condición es válida:

a) Si ella consiste en prohibir el matrimonio antes de los veintún años o menos (art. 1074, parte final). En ese caso la prohibición no involucra un celibato perpetuo. El disponente sólo persigue que el beneficiado no se case a una edad demasiado temprano. El artículo 531 N.º 4 del Código de Argentina rechaza aun esta posibilidad; y

b) Es también lícita la condición de no casarse con una persona determinada (art. 1077). Se limita, con esta regla, el alcance del artículo 1074, pues la ilicitud de la condición de no contraer matrimonio queda limitada al caso de que ella sea absoluta y no con determinada persona. El Código del Uruguay, modelado sobre el chileno, no contiene esta regla, lo que ha llevado a los doctrinadores de aquél a plantearse la licitud de semejante condición. El hecho de que ese Código no haya reproducido la regla del art. 1097, debería decidir acerca de la licitud de tal condición (véase Secco Illa, Curso de sucesiones, en Revista Jurídica, t. III, p. 337).

16.— 3.º) **Condición de contraer matrimonio.**—Según el artículo 1077 “la condición de casarse... con una persona determinada, ... valdrá”. Opinaba Savigny (Sistema, t. II, pág. 254), que la condición de contraer matrimonio con una determinada persona era admitida por el Derecho Romano, y tal es el criterio adoptado por el Código, desde que no hay nada de inmoral de que el testador desee que el asignatario contraiga matrimonio con una persona más que con otra. Si el asignatario no quiere seguir la voluntad del causante, perderá la asignación.

Por nuestro Derecho la licitud de la condición no tiene excepción alguna, por mucho que esa persona no sea de buena moralidad, aunque ciertos autores piensen que en tal caso no debería ser admitida. Otras legislaciones prohíben esa condición en forma absoluta, como por el art. 531 N.º 3 del Código Civil de Argentina.

Esta condición se considerará fallida si no puede cumplirse por cualquier accidente que la haga imposible, o porque la otra persona de cuya voluntad depende no puede o no quiere contraer matrimonio, aunque el asignatario haya estado por su parte dis-

puesto a cumplirla. Resulta así por los artículos 1480 inc. 1.º y 1481. Según el primero "si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida; y por el segundo la "regla del art. precedente inciso primero se aplica aún a las disposiciones testamentarias. Así, cuando la condición es un hecho que depende de la voluntad del asignatario y de la voluntad de otra persona, y deja de cumplirse por algún accidente que la hace imposible, o porque la otra persona de cuya voluntad depende no puede o no quiere cumplirla, se tendrá por fallida, sin embargo de que el asignatario haya estado por su parte dispuesto a cumplirla" (inc. 1.º).

Esta solución guarda conformidad con la del artículo 1484, que manda cumplir las condiciones literalmente. Fue tomada, según se desprende de la nota al art. 1275 del Proyecto de 1853, de los Códigos de Prusia y Austria, apartándose así de la solución romana y de las leyes alfonsinas, que establecían el sistema contrario, de manera que cuando la condición era positiva o mixta y el beneficiario hacia lo posible por cumplirla debería tenerse por tal. Fue la doctrina que recogió Pothier (*De las Obligaciones*, págs. 125 y 126 ns. 213 y 214) y que siguieron algunos intérpretes promulgado ya el Código de Francia (véase Aubry y Rau, *Droit Civil Français*, t. 4.º, pág. 69 N.º 302).

Conforme al predicamento del Código, el autor dio los siguientes ejemplos para ilustrar el alcance de la ley: "Pedro tendrá tal cosa si se casare con María. Muere María, o no quiere casarse con Pedro, o ha profesado en orden religiosa, o se ha casado con Martín; caduca el legado". "Mi heredero dará tal cosa a María si se casare con ella. El heredero no quiere casarse; caduca el legado".

Pero la condición debe estimarse cumplida, ficticiamente, "si la persona que debe prestar la asignación se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no coopere a él" (art. 1481 inc. final). En esta parte se siguió la solución que daba Pothier (obra citada N.º 212) para quien era "regla común de todas las condiciones que se entienden existir, cuando el deudor ha impedido su cumplimiento".

La solución precedente es valedera siempre que el obligado a la asignación se valga de medios ilícitos, esto es, contrario a de-

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

53

recho. Como decía el autor del Código, en nota al artículo 1276 del Proyecto de 1853, "El heredero se vale de medios violentos para que su hija se case con Martín o abrace la profesión religiosa, o calumnia a Pedro para que María rehuse casarse con él; deberá el legado". Este cumplimiento ficto de la condición venía ya formulado por el Derecho Romano y las Leyes de Partidas (Ley 14 tit. 4 y 22, Part. 6.<sup>ª</sup>). Pero si el derecho que ejerce el deudor de la asignación, para impedir el matrimonio, es lícito, la condición se considerará fallida, como lo sería si, en su calidad de padre legítimo, niega el consentimiento que debe dar para que María contraiga matrimonio, desde que pone en movimiento un derecho absoluto.

Nada se ha dicho acerca de la licitud de la condición de contraer matrimonio. Pensamos que ella es lícita, si se tiene en cuenta que se la acepta con la imposición de que sea con una persona determinada, según se acaba de ver. Desde luego, ninguno de los inconvenientes que se le asignan a la condición de "no contraer matrimonio" se dan en el presente caso. En general, los autores se pronuncian por la licitud de la condición de contraer en general matrimonio (véase Laurent, Principes. . . t. XI, N.º 495). Además, se trata de favorecer el matrimonio, que el legislador mira como digno de todo favor (Polacco, obra citada, t. I, págs. 494 y 495).

17.— 4.º) **Condición de permanecer en estado de viudedad.**— Es ilícita la condición y, por tanto, nula —pero sin llevar consigo la nulidad de la asignación, que debe considerarse como pura y simple— la de permanecer en estado de viudedad (art. 1075). De esta regla y de la del artículo 1074 se extrae la siguiente conclusión: que el Código estima como contrarias a la ley toda condición que prohíba las primeras cuanto las posteriores nupcias. Por grande que sea la consideración que merece la persona que resuelve permanecer en estado de viudedad, prolongando una fidelidad más allá de la tumba, viene admitido desde antiguo la ilicitud de tal condición, que las ideas del cristianismo se encargaron de acentuar (véase Troplong "La influencia del Cristianismo en el Derecho Romano", págs. 111 y siguientes).

Otras legislaciones también contemplan igual prohibición. Así, por los artículos 636 inc. 1 del de Italia; 793, de España; y 952, de Uruguay.

La ilicitud de la condición no comprende solamente la que imponga uno de los cónyuges al otro, sino que se extiende a cualquier asignatario y sea quien fuere el testador. Pero la prohibición que anula la condición es la del matrimonio reconocido por la legislación, de manera que es lícita si ella se refiere a la prohibición de un matrimonio religioso, que no tiene entre nosotros eficacia ante la ley civil.

En Francia, según los autores de este siglo, una condición semejante debe ser estimada lícita o ilícita, atendiendo a los móviles que hayan podido guiar al testador al imponerla. Es lícita, por ejemplo, cuando el marido se la impone a la mujer, y aún por ésta a aquél, si ha tenido en miras resguardar el porvenir de los hijos o proteger a la viuda contra las seducciones de que pueda ser víctima. Si, por el contrario, los móviles son reprobables, la condición es ilícita y la asignación pura y simple (véase Bonnescase, *Elementos de Derecho Civil*, t. 3, pág. 405 ns. 503 y 504; Planiol y Ripert, obra citada, t. V, págs. 288 y 289 N.º 275; Colin y Capitant, obra citada, t. VII, pág. 420).

La regla anterior tiene la siguiente excepción: si el asignatario tiene uno o más hijos del anterior matrimonio, al tiempo de serle deferida la asignación (art. 1075). El anterior matrimonio es, sin duda, el que se ha disuelto por la muerte de uno de los cónyuges y no al caso en que esas nupcias se hayan roto por la nulidad del vínculo, pues en tal caso no se trataría de un cónyuge viudo. No se requiere que los hijos del anterior matrimonio se encuentren bajo el cuidado personal del cónyuge viudo y asignatario, o bajo su patria potestad. Tampoco se debe atender al sexo del asignatario, ni al hecho de que la condición sea impuesta por el testador del otro consorte. La ley no hace esos distingos.

**18.º—Regla común a todas las anteriores condiciones.**—Lo dispuesto en los apartados anteriores “no se oponen a que se provea a la subsistencia de una mujer mientras permanezca soltera o viuda, dejándole por ese tiempo un derecho de usufructo, de uso o de habitación, o una pensión periódica” (art. 1076).

Este derecho es reconocido por la ley solamente en favor de la mujer y no del varón, como que es más lógico que aquélla se encuentre en situación de requerir de esta ayuda y no éste. Algu-

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

55

nas legislaciones no hacen este distinguo (España, art. 793, Italia, art. 636, inc. 2, etc.).

Con una asignación de tal naturaleza no se prohíbe a la mujer contraer matrimonio. —El testador sólo pretende proveer a la mujer de los medios adecuados mientras permanezca soltera o viuda, dándole una pensión u otro derecho que no sea el de dominio. Si el legatario contrae matrimonio cesará este derecho. Como aplicación de esta disposición pueden consultarse las sentencias que se publican en Gaceta de 1893, t. II, N.º 2375, p. 247 y Gaceta de 1897, t. II, N.º 3900, pág. 1167.

Conviene observar, no obstante lo dicho, que una condición como la señalada puede, en el hecho, servir como limitación de la voluntad de contraer matrimonio. En otros términos, impuesta derechamente tal condición no vale, según se ha dicho; pero, en la forma que señala el artículo 1076 es eficaz, con lo cual, indirectamente, se está impidiendo el matrimonio, pues la mujer, la favorecida con la pensión periódica, con el derecho de usufructo, de uso o de habitación, tendrá que pensarlo bastante antes de contraer matrimonio, pues de hacerlo pierde la asignación.

19.— 5.º) **Condición captatoria.**—Por el artículo 1059 “Las disposiciones captatorias no valdrán. Se entenderán por tales aquellas en que el testador asigne alguna parte de sus bienes a condición que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos”.

Se trata de una disposición condicional, desde que se sujeta la eficacia de la asignación al hecho futuro e incierto de que el asignatario le deje por su testamento parte de sus bienes. Es el móvil que guía al testador la que hace ilícita esta condición. Como decía Pothier “El motivo de captación es también un motivo vicioso que anula la disposición. Se llama motivo de captación cuando yo asigno algo a otro con el propósito de comprometerlo para que asigne bienes por su parte, sea a mí, sea a otra persona por quien yo me intereso, como si yo hiciera una asignación en estos términos: Lego tal cantidad a Pedro, si él me lega otro tanto, o si él otro tanto a mi hermana” (Obras Completas, t: I, p. 411 N.º 27).

El Código siguió la interpretación de Pothier quien, por lo demás, seguía la doctrina romana. Los autores consideran que hay en la captación un matiz del dolo y bajo este punto de vista la consideran en Francia (Véase Planiol y Ripert, obra citada, t. V, pág. 201 N.º 187; Josserand, obra citada, t. III, v. III, p. 88 N.º 1381).

Ha resuelto la jurisprudencia que la institución recíproca de herederos que se hacen dos personas, como ocurre con mucha frecuencia cuando marido y mujer se dejan de herederos mutuamente, no lo es bajo la condición de que el uno instituya heredero al otro, y no puede haber en tal caso disposición captatoria, desde que falta la condición. Por mucho que los testamentos se otorguen ante el mismo funcionario, el mismo día, ante unos mismos testigos, siendo el uno a continuación del otro, no hay en ese caso disposición captatoria alguna (Rev. de Derecho y Jurisprudencia, t. 27, seg. parte, sec. II, pág. 49; Gac. de 1868, s. N.º 1386, pág. 619; Gac. de 1892, t. I, s. N.º 1388). La doctrina así también considera el problema (Véase Alessandri R., Arturo, en comentario a la sentencia de la Revista de Derecho citada; Barros Errázuriz, Derecho Civil, Tercer Año, pág. 110; Messineo, obra citada, t. VII, N.º 5, págs. 76 y 77; Diaz Cruz, Los Legados, pág. 441 N.º 17).

La condición, para que sea captatoria, de manera que anule la disposición, tiene que ser solamente en beneficio del propio disponente. No se contempla la situación de que pueda serlo en favor de un tercero, como ocurre en otras legislaciones. Así, por el artículo 794 del Código Civil de España se declara nula 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. Según un comentarista de esa codificación, "Repudia el presente artículo las condiciones llamadas captatorias; pero, a nuestro juicio, no debe hacerse aplicación extensiva de él a las disposiciones que se hiciere bajo condición de que un tercero haga en su testamento alguna disposición en favor del propio heredero o legatario" (Santamaría, obra citada, t. I, pág. 781). El Código de Italia, por el artículo 635, contempla la situación igual que el de Chile.

No resuelve el Código, como tampoco lo resolvió el Derecho Romano, la suerte de la disposición captada, es decir, aquélla del

asignatario en favor del primer testador. No conteniendo el legislador regla alguna que la invalide, debemos concluir que es eficaz, pues sólo se anulan las disposiciones que contienen la condición señalada.

20.— 6.º) **Condición de aceptar la herencia sin beneficio de inventario.**—La facultad acordada a los herederos de aceptar la herencia con o sin beneficio de inventario es considerada por el Código como de orden público, no pudiendo ser motivo de cerceamiento por parte del testador. De aquí que se considere ilícita la condición que prohíba al heredero aceptar con beneficio de inventario (art. 1249). Si el de cuius impusiera al heredero como condición, para que la asignación le sea deferida, que acepte sin beneficio de inventario, debe considerarse la herencia pura y simple. El testador no puede obligar al heredero a que comprometa, en el pago de las deudas hereditarias y testamentarias, valores más allá de los que ha recibido por testamento.

21.— 7.º) **Condición de no enajenar.**—Según el artículo 1126 "Si se lega una cosa con calidad de no enajenarla, y la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita".

La condición de no enajenar se considera en general ilícita, ya que con ella se menoscaba uno de los atributos del derecho de propiedad, el jus abutendi. Además, se eliminan los bienes del comercio jurídico. Fue considerada sin eficacia en el Derecho Romano cuando con ella no se reportaba ventaja a persona alguna. Este mismo criterio se mantuvo en las leyes alfonsinas. Son estos principios los que se conservan en el Código, de manera que la condición se mira como no puesta y pura y simple la asignación. La doctrina está de acuerdo con esta solución (véase Alessandri Besa, Arturo, *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, pág. 170, N.º 187; Vicuña Suárez, Luis, "De la Facultad de Enajenar y de su Prohibición impuesta en el Contrato", págs. 155 a 157; De Gásperi, obra citada, t. IV, pág. 49 N.º 577).

Se admite la licitud si con la enajenación se comprometen derechos de terceros, que el testador ha querido cautelar. Se trata en este caso de una prohibición de disponer de origen voluntario, in-

introducida en el negocio trasmitivo y sin que, por otra parte, vaya a parar a otra persona la facultad dispositiva del bien. Cuando la condición es lícita, la prohibición de enajenar debe entenderse, salvo expresión en contrario, en su más amplia acepción, de manera que no solamente comprenderá el hacer ajena la cosa sino, además, en cuanto pudiera ser hipotecada, gravada con una servidumbre, con un usufructo, etc.

En Francia la cuestión se resuelve más o menos en términos semejantes, admitiéndose la eficacia de la condición de inalienabilidad si es temporal e inspirada por un motivo serio (véase Planiol y Ripert, obra citada, t. V, pág. 289 N.º 276; Colin y Capitant, obra citada, t. VII, pág. 241).

22.— 8.º) **Condición de permanecer los asignatarios en comunidad.**—Puede el testador asignar su herencia, o bienes determinados, a condición de que los asignatarios permanezcan en la indivisión. Como el artículo 1317 permite a cualquiera de los coasignatarios de una cosa universal o singular pedir la división del objeto asignado, no pudiendo ser obligados a permanecer en estado de indivisión, debe considerarse la condición citada como ilícita y la asignación como pura y simple.

La cuestión se encuentra en el Código suficientemente clara, en orden a la ilicitud de tal condición. Se siguió por el legislador, en definitiva, un sistema diverso del propugnado en los proyectos. Así, por el de 1853 (arts. 1496 y 2471) se le acordaba esta facultad al testador, para desaparecer en el texto definitivo del Código. La doctrina se manifiesta conforme con esta interpretación (Somarriva U., Manuel, Indivisión y Partición, t. I, pág. 114 N.º 84; Silva Bascuñán, Marcos, La Partición de Bienes, pág. 12 N.º 9).

Como el artículo 1317 permite a los comuneros, convencionalmente, pactar la indivisión por cinco años o menos, se ha pensado en la posibilidad de la licitud de la condición impuesta en tal sentido por el testador y con la limitación señalada. Es la opinión que se sostiene por algunos doctrinadores del Código Civil de Francia, al amparo del artículo 815, que faculta a los comuneros para suspender la división hasta por cinco años (Planiol y Ripert, obra citada, t. V, pág. 291 N.º 278). Pensamos que entre nosotros

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

59

no puede sostenerse tal opinión, atento al claro tenor del artículo 1317, que acuerda este derecho sólo a los copartícipes.

23.— 9.º) **Condición en la legítima rigorosa.**—Cualquiera condición, aun de las que en otras circunstancias puedan ser consideradas como lícitas, son repugnadas por el Código en cuanto se impongan al asignatario de legítima rigorosa. Por el artículo 1192 la legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno. Esta regla no tiene, a nuestro parecer, excepción alguna, no obstante que se haya podido sostener lo contrario; pero esta cuestión última es propia de ser abordada al tratar de esta asignación.

24.—**De algunas condiciones lícitas.**—Si bien el artículo 1070 permite, en general, toda condición en las asignaciones testamentarias, el legislador se ha referido de manera especial a ciertas condiciones lícitas, para determinar, muchas veces, el sentido en que deben ser entendidas. De ellas trataremos a continuación, señalando las más importantes.

25.— 1.º) **Abrazar una profesión incompatible con el estado de matrimonio.**—“La condición de... abrazar un estado o profesión cualquiera, permitida por las leyes, aunque sea incompatible con el estado de matrimonio, valdrá”. Como el Código había prohibido la condición de no contraer matrimonio y la de permanecer en estado de viudedad, según ya se ha visto, le pareció necesario dejar constancia de la licitud de la condición que obligue al asignatario a abrazar un estado o profesión cualquiera, aun incompatible con el estado de matrimonio.

Debe tratarse, desde luego, de un estado o profesión permitida por las leyes, como que el asignatario profese en una orden religiosa del culto católico. Si la profesión es compatible con el matrimonio, mayormente es eficaz la condición.

26.— 2.º) **Privar al padre o madre de la administración.**—Según el artículo 348, la condición con que se dejan bienes a un hijo de familia de que no sean administrados por el padre o la madre, en su caso, vale. Igualmente, es eficaz la condición que prive

al padre o madre del usufructo de esos mismos bienes. En todo caso, la privación de la administración no alcanza al usufructo y la que lo priva del usufructo no alcanza a la administración, con lo cual no se hace otra cosa que dar aplicación al artículo 1484, esto es, que las condiciones deben cumplirse literalmente. Es bien entendido que si el disponente expresa que tanto la administración como el usufructo no corresponderán al padre o madre se estará a lo que se diga en el testamento (art. 248).

Ha resuelto la jurisprudencia que la cláusula del testamento en que se designa un curador para que administre los bienes que se dejan a un hijo de familia, importa el establecimiento de una condición que priva al padre de la administración de esos bienes (Rev. t. 32, seg. parte, sec. I, pág. 312).

La condición es ilícita si ella comprende los bienes que se dejan a título de legítima rigurosa (art. 1192).

27.— 3.º) **Condición de no ejercer la patria potestad.**—La condición que prive al padre o madre de familia, en su caso, del ejercicio de la patria potestad no vale en el sentido literal en que ella ha sido impuesta. La ley le atribuye eficacia sólo en cuanto esa condición deberá entenderse cumplida privando al padre o madre del usufructo de los bienes que se hayan asignado al hijo de familia bajo tal condición (art. 268 inc. 1.º). Es bien entendido que la ilicitud de tal condición se presenta respecto de los bienes comprendidos en la legítima rigurosa, (art. 1192).

## II.—DEL EFECTO DE LAS CONDICIONES

### A) Del efecto suspensivo.

28.—**Del efecto suspensivo y del efecto resolutorio.**—El efecto de la condición en las asignaciones testamentarias es a veces **SUSPENSIVO** y en otras **RESOLUTORIO**. Cada una de estas situaciones origina un estado del derecho atribuido por el testador al asignatario condicional, según que el suceso futuro e incierto tenga por finalidad suspender la adquisición del derecho o tenga

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

61

por misión ponerle fin a ese derecho. Conviene, por tanto, estudiar cada uno de estos efectos.

**29.—Condición suspensiva. Del efecto suspensivo.**—Se dice que el suceso futuro e incierto es una condición suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición del derecho conferido al asignatario (art. 1479). Se presenta cuando ella incide en la adquisición misma de la herencia o del legado, de manera que la alternativa se refiere a si el asignatario adquirirá o no el derecho, bien que la condición se cumpla o no se cumpla. Se está frente a una condición de este tipo cuando el suceso se encuentra vinculado a la adquisición y no al ejercicio ni a la extinción del derecho acordado por el testamento del de cuius.

**30.—Diferentes estados de la condición suspensiva.**— Esta condición puede encontrarse en tres estados diferentes, que significan efectos distintos y que repercuten de una manera fundamental sobre la suerte de los intereses económicos que el testador ha querido regular al imponer la condición. Esos estados son: pendiente, cumplida y fallida.

Se da la primera situación cuando todavía se mantiene la alternativa de si el hecho se realizará o no se realizará, de manera que se presenta una incerteza acerca de si el heredero o legatario adquirirá o no la asignación. Así, cuando la condición consiste en un hecho positivo (lego mi casa a Pedro, si tiene un hijo), está pendiente hasta tanto no se sepa si el acontecimiento tendrá o no lugar. Si es negativa, esto es, cuando el testador persigue el mantenimiento de una determinada situación (lego mi casa a Pedro, si no se casa con María, art. 1077), estará pendiente hasta que no se sepa si el hecho positivo que contradice la condición se realizará o no.

Estará la condición cumplida, si es positiva, cuando se haya realizado el suceso que el testador colocó como condición: le ha nacido un hijo a Pedro. Si es negativa, cuando se sabe de cierto que el hecho positivo que es contrario a la condición ya no podrá tener lugar, como si María muere sin haberse casado Pedro con ella (art. 1482).

En fin, estará la condición fallida si el hecho positivo no se podrá ya realizar, desapareciendo la incerteza de si se realizará o no, como si muere Pedro sin que le haya nacido un hijo (art. 1482). Si es negativa, cuando se realiza el hecho positivo que es contrario a la condición, como si Pedro se casa con María.

En cada una de las situaciones que recorre la condición, el derecho del asignatario es distinto, por lo cual examinaremos cada una de ellas, para la exacta comprensión del efecto suspensivo de la condición.

**31. — Condición suspensiva pendiente (Pendente conditione).**

—Mientras se mantenga la alternativa de si el hecho se realizará o no, ni el heredero ni el legatario tendrá derecho actual que ejercer. Su situación se encuentra precisada por el artículo 1078, según el cual "Las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva, no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición, sino el de implorar las providencias conservativas necesarias" (inc. 1).

No es una cuestión fundamental para comprender la situación jurídica del asignatario, en el estado de incerteza que supone la condición suspensiva pendiente, entrar a considerar si efectivamente tiene "una esperanza de que la cosa se deberá" (Pothier, Tratado de las Obligaciones, p. 127 N.º 218; Planiol y Ripert, obra citada, t. VII, pág. 343 N.º 1030; Somarriva, Manuel, obra citada, t. II, pág. 19 N.º 244); o si tiene "un germen de derecho" (Colin y Capitant, obra citada, t. III, pág. 378); o "un derecho muy imperfecto" (Josserand, obra citada, t. I, V, 1, pág. 117 N.º 111); o un "derecho eventual" (Llambias, Jorge, Derecho Civil, t. II, pág. 198 N.º 1187); "ni siquiera un derecho eventual, sino que sólo tiene una mera expectativa" (Rev. de Derecho y Jurisprudencia, t. 46, seg. parte, sec. 1, pág. 362); o "un derecho a conseguir un derecho"; etc. Los autores discurren sobre una u otra de estas fórmulas para señalar, con mayor o menor precisión, cuál es la situación jurídica del asignatario y, en general, del acreedor condicional mientras se encuentra pendiente la condición suspensiva.

Creemos, por nuestra parte, que todo está dicho con manifestar lo siguiente: la asignación, pendiente la condición, no produce

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

63

los efectos que le sean normales, no teniendo el heredero o legatario derecho alguno que ejercer y encaminado a obtener el cumplimiento de la asignación. Tiene lo que algunos denominan un derecho eventual, que es una situación intermedia entre la simple esperanza, que no es un derecho, y el derecho puro y simple. Las fórmulas indicadas no deben obscurecer la sustancia del fenómeno que estamos considerando, desde que por nuestro Derecho hay disposiciones que resuelven la mayoría de las situaciones que la condición suspensiva pendiente origina.

**32.—Consecuencias del principio anterior.**—Entre las numerosas consecuencias que se desprenden del principio anterior, señalamos las siguientes:

a) No puede el asignatario exigir el cumplimiento de la asignación, y compeler al obligado a satisfacerla. Por el artículo 1078, las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva, no confieren al asignatario derecho alguno, sino el de implorar las providencias conservativas necesarias.

Si el cumplimiento se realiza por el obligado, como si el heredero paga al legatario condicional, ese pago no tendría causa y es repetible (Betti, obra citada, pág. 402). Es, por lo demás, el efecto que el artículo 1485 le ha asignado, esto es, que "no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional (y lo mismo debe entenderse de la asignación condicional), sino verificada la condición totalmente. Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido".

Se opone al cumplimiento forzado de la asignación, pendiente la condición, el hecho de que no le es deferida al heredero o legatario (art. 956 inc. 2), ni ha llegado, por tanto, la oportunidad de aceptarla (art. 1226 inc. 1.º).

Los principios anteriores son rigurosamente exactos cuando la condición suspensiva es potestativa y positiva (lego mi casa a Pedro si va a Europa), o positiva y causal (lego mi casa a Pedro si Juan se recibe de abogado), o positiva y mixta (lego mi casa a Pedro si se casa con María); pero cuando la condición es negativa y potestativa (lego mi casa a Pedro si no va a Europa), es decir,

dependiente de la sola voluntad del asignatario y consiste en no hacer algo, debe entenderse que no se aplica el efecto suspensivo de que estamos tratando. Como en tal caso la condición estará pendiente seguramente hasta la muerte del asignatario o por un plazo muy largo, particularmente cuando la condición es indeterminada, la delación tiene lugar con la apertura misma de la sucesión. En tal caso la asignación puede ser exigida inmediatamente, siempre que el heredero o legatario rinda caución suficiente de restituir la cosa asignada con sus accesiones y frutos, en caso de contravenirse la condición (art. 956 inc. 3). Así también lo estima la doctrina (Josserand, obra citada, t. III, pág. 221 N.º 1581).

b) Consecuencia de que no pueda exigirse el cumplimiento de la asignación es la de que el asignatario no tiene derecho alguno a los frutos que la cosa asignada pueda producir pendiente la condición (arts. 1078 inc. 3 y 1338 N.º 1). Los frutos, tanto naturales como civiles, pertenecen al dueño de la cosa que los produce (arts. 646 y 648), y el asignatario condicional no lo es sino con el cumplimiento de la condición suspensiva;

c) La acción de partición le es negada. Dispone el artículo 1319 lo siguiente: "Si alguno de los coasignatarios lo fuere bajo condición suspensiva, no tendrá derecho para pedir la partición mientras penda la condición. Pero los otros coasignatarios podrán proceder a ella, asegurando competentemente al coasignatario condicional lo que cumplida la condición le corresponda" (inc. 1.º). No pudiendo pedir la partición tampoco podrá intervenir en ella, ni aun como coadyudante, desde que no tiene ningún interés actual en el juicio que autorice tal intervención (art. 23 del Código de Procedimiento Civil). La doctrina está de acuerdo con esta interpretación (véase Somarriva U., Manuel, obra citada, t. 11, pág. 20 N.º 244; Bascuñán, Marcos, obra citada, pág. 42 N.º 48).

Otras legislaciones solucionan esta cuestión en igual forma. Así, por el artículo 3458 del Código Civil de Argentina; por el artículo 1054 del de España, que aunque no distingue de qué condición se trata, la doctrina ha considerado que sólo se aplica al asignatario bajo condición suspensiva pendiente (véase Santamaría, obra citada, pág. 982).

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

65

d) Ninguna prescripción podrá correr contra el asignatario condicional, que enerve la acción que pudiera corresponderle, cumplida la condición, para exigir el cumplimiento de la asignación. Como la obligación que tiene el obligado al pago de la asignación no es exigible, la prescripción no corre (art. 2514); y

e) Debe existir no solamente al momento de la apertura de la sucesión sino, además, al de cumplirse la condición (art. 962).

33.—**Derechos que se le acuerdan.**—La asignación bajo condición suspensiva pendiente crea en favor del asignatario una situación jurídica caracterizada por algunos efectos provisionales, enderizados a asegurar que, en caso de cumplirse la condición, el heredero o legatario entrará al goce de la asignación. Pueden señalarse, entre otros, los siguientes:

a) Puede implorar las providencias conservativas necesarias (arts. 1078 inc. 1, 761 y 1492 inc 3). No señala la ley la naturaleza de esas providencias conservativas, por lo que la prudencia del juez, en cada caso, resolverá. Parece, sin embargo, que una caución otorgada por el obligado a la asignación se encuentra entre esas medidas. Desde luego, una fianza es admitida por la ley, cuando las facultades del deudor de la asignación disminuyen en términos de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de la obligación (arts. 2339 y 2348 N.º 2).

b) Le es acordado el beneficio de separación (art. 1378), desde que el asignatario condicional figura entre los "acreedores testamentarios" y desde que, por otra parte, el artículo 1379 manda que "para impetrar el beneficio de separación no es necesario que lo que se deba sea inmediatamente exigible; basta que se deba a día cierto o bajo condición". (Delvincourt, Cours de Code Civil, t. II, pág. 175, N.º 3).

Por otras legislaciones se reconoce igual derecho al asignatario condicional, como en el Código de Argentina, cuyo artículo 3773 dice lo siguiente: "El legatario, bajo condición suspensiva o de un término incierto, antes de llegar el término o la condición, ejercer los actos conservatorios de su derecho". En las notas del

autor de ese cuerpo de leyes, Dalmacio Vélez Sarfield, se deja expresa constancia de que "el legatario puede pedir la separación de los patrimonios"; y

c) El asignatario condicional puede repudiar, aun pendiente la condición, la herencia o legado (art. 1226 inc. 2). Desde la apertura de la sucesión (art. 955) le es acordada esta facultad al asignatario bajo condición suspensiva pendiente, aunque no se haya efectuado aún la delación de esa asignación (art. 956 inc. 2.º).

**34.—Administración de la asignación pendiente la condición.**  
—No se encuentra en el Código regla alguna que determine la forma en que debe ser administrada la herencia o el legado que se deja bajo tal condición. Otros legisladores han previsto la cuestión, como acontece con los artículos 801 a 804 de España, y 641 a 644 de Italia.

Sin embargo, podemos decir que el disfrute de esos bienes asignados condicionalmente, como la administración misma de ellos, corresponderá a aquél o aquéllos a quienes la asignación les pertenece hasta mientras tanto la condición se encuentre pendiente. Generalmente se tratará de aquellos que tienen, a su vez, los bienes bajo una condición resolutoria, de manera que se da una verdadera institución fideicomisaria, que se gobernará por las reglas que el Código ha señalado para tales casos (arts. 733 y siguientes) (1).

**35.—El asignatario no trasmite su derecho.**—Como el asignatario bajo condición suspensiva pendiente no tiene un derecho puro y simple, viene establecido por el artículo 1078 inc. 2 que si "muere antes de cumplirse la condición, no trasmite derecho alguno". Esta regla se reitera por el artículo 1492 inc. 2, haciéndola extensiva a las donaciones entre vivos. Es el mismo principio que ya había señalado el artículo 762 para el fideicomisario, que tiene un derecho sujeto a una condición suspensiva.

---

(1) Por lo demás, en el Proyecto de los años 1841-1845, en el artículo 23, del Título VII, se decía lo siguiente: "El que hubiere de disfrutar el objeto asignado antes del evento de la condición, tendrá los derechos y obligaciones del asignatario fiduciario, según las reglas del párrafo IV de este título".

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

67

Muchas razones justifican el sistema por nuestro Derecho. Así, el asignatario no puede, pendiente la condición, aceptar la asignación, desde que todavía no le ha sido deferida (art. 956 inc. 2). Si fallece antes del cumplimiento de la condición no es ni ha sido capaz de suceder al finado (art. 962 inc. 2). Por tanto, nada ha ingresado real y definitivamente a su patrimonio, desde que el derecho de opción en toda su integridad, para aceptar o repudiar la asignación no lo tiene, por lo que nada puede dejar en su patrimonio a su fallecimiento. Si esa opción la hubiera tenido podría haberla transmitido, como lo ordena el artículo 957.

Por otro lado, en las asignaciones mortis causa la persona misma del asignatario resulta esencial, desde que debe suponerse que el testador ha querido favorecerlo a él y no a sus sucesores, para lo cual sería necesario una declaración expresa. Como decía Pothier, al explicar la diferencia entre el derecho del acreedor condicional que fallece pendiente la condición, que transmite sus derechos (art. 1492), y el legatario, que no los transmite, "La razón de esta diferencia consiste, en que siendo el legado hecho únicamente en bien del legatario, la condición no puede cumplirse sino en su favor; en vez de que celebrándose el contrato no sólo en bien del que intervino en él, si que también de sus herederos; puede cumplirse la condición así en favor de aquel que en provecho de éstos" (De las Obligaciones, p. 128 N.º 220).

Hoy en día se admite, por algunas legislaciones, la transmisibilidad del derecho del asignatario condicional, pendiente la condición suspensiva. Así, el artículo 1498 del Código de México dispone que "si la condición impuesta por el testador se realiza después de la muerte del heredero o legatario, los derechos de éstos se transmiten a sus herederos".

En España, por el artículo 799, se establece que "la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos aun antes de que se verifique su cumplimiento"; pero es también regla de esa legislación, contenida en el artículo 759, que el "heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos". Como ambos preceptos son contradictorios es ya de estilo, entre los doctrinadores de ese cuerpo de leyes, hacer referencia a ella,

en una controversia interminable. Lo que se ha escrito sería largo sólo de enumerar (véase, por ejemplo, Gayoso, Ramón: ¿Hay algún medio de salvar la contradicción entre los arts. 759 y 799 del Código civil?, en "Rev. de Derecho Privado, 1926, pág. 231. Isabal, Marcelino: "La doctrina de las condiciones en Derecho y los artículos 759 y 799 del Código Civil español", en "Rev. de Derecho Privado", 1926, pág. 180). La jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por darle primacía al artículo 759, apoyándose en que el artículo 799 no emplea la palabra condición (véase la jurisprudencia que se cita por Santamaría, obra mencionada, pág. 745, t. I). A nosotros nos resta, solamente, observar que no vemos la razón que se haya tenido para no dictar una ley que termine con esta contradicción.

36.—**La obligación se trasmite.**—La obligación de prestar la asignación es transmisible, importando poco o nada que a la fecha en que el suceso en que consiste la condición tenga lugar se encuentre o no vivo el que debe cumplir con la asignación. Sus sucesores quedan obligados a dicha prestación. Lo que el artículo 1078 inc. 2 declara intrasmisible es el derecho y no la obligación de cumplir con la voluntad del testador.

37.—**Condición cumplida. Principios.**—Ya está dicho que la condición debe ser cumplida literalmente (art. 1484). Por el artículo 1273 inc. 2, del Proyecto de 1853, podía cumplirse de una manera equivalente. Este sistema fue en definitiva repudiado y si bien el artículo 1483 ordena investigar cual ha sido la voluntad del testador, ello es para identificar la condición puesta por el de cuius; pero resuelto el problema que denominamos de la **identificación**, el artículo 1484 recupera su imperio. Si el obligado a la asignación impide su cumplimiento, la condición se tendrá por cumplida (art. 1481 inc. 2) (véase N.º 16).

Debe recordarse, igualmente, lo que ya hemos dicho acerca de que los derechos del asignatario condicional que fallece, pendiente la condición, no se transmiten a sus herederos, véase N.º 35). De este principio se extrae la siguiente conclusión: el hecho en que consiste la condición debe cumplirse en vida del asignatario.

## DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

69

**38.—Tiempo en que debe ser cumplida.**—Si la condición es determinada, esto es, si puede llegar o no, pero suponiendo que haya de cumplirse se sabe cuando, como si el testador lega su casa a Juan si se casa antes de los 30 años (art. 1081 inc. 3), la llegada del plazo indicará si la condición se ha cumplido o no en tiempo oportuno.

Cuando no hay plazo señalado, esto es, si la condición es indeterminada, como si se lega una casa a Pedro si se casa, el problema del cumplimiento oportuno de la condición resulta difícil. Mayormente difícil es determinar el tiempo oportuno del cumplimiento cuando la condición es negativa, como el de no contraer matrimonio con determinada persona, pues en tal caso esto se sabrá positivamente, en la mayoría de los casos, una vez muerto ya el asignatario, salvo otros eventos, como el matrimonio de esa determinada persona con un tercero distinto del beneficiario.

Sin embargo, existe por el artículo 738 la regla siguiente: "Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de quince años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución" (inc. 1.º) A propósito de esta disposición se preguntan los intérpretes si se contiene ahí una regla aplicable sólo a la condición puesta para la restitución de la propiedad fiduciaria o si, por el contrario, es de general aplicación. Si se acepta que es de general aplicación, por indeterminada que sea la condición suspensiva, el plazo máximo dentro del cual el suceso debe verificarse será de quince años.

La opinión generalmente admitida es aquella según la cual la condición debe cumplirse forzosamente en el plazo de quince años, generalizando así la regla del artículo 739. Para ello se han dado muy buenas y abundantes razones. Se recuerda, por ejemplo, que en el Mensaje con que el Proyecto de Código Civil fue acompañado al Congreso Nacional se dice: "Es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos; porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria. Otra que tiende al mismo fin es la que limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias que en general se reputan fallidas si tardan más de treinta años (ahora

quince) en cumplirse". (En este sentido Claro Solar obra citada, t. 10, pág. 100 N.º 96; Vio Vásquez, obra citada, pág. 143 N.º 126). La jurisprudencia se ha pronunciado generalmente formulando igual opinión (Rev. t. 44, seg. parte, sec. 1.ª, pág. 591).

Hay quienes sostienen que la regla del artículo 739 es propia de la condición impuesta para la restitución de la propiedad difu-  
ciaria, de manera que si la condición suspensiva es indeterminada y la asignación no envuelve un fideicomiso, se reputará fallida solamente cuando llegue a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, tal como lo dispone el artículo 1482. Alguna jurisprudencia así lo ha reconocido (Rev. t. 15, sec. 1.ª, seg. parte, pág. 601).

Consideramos que, en general, el problema, tratándose de las asignaciones testamentarias, tiene poca importancia, pues en la mayoría de los casos una asignación bajo condición suspensiva envuelve la constitución de un fideicomiso, esto es, que el que goza actualmente de los bienes comprendidos en la asignación, mientras se espera si el evento en que consiste la condición tendrá o no lugar, es un propietario fiduciario, sujeto su dominio a una condición resolutoria (véase N.º 34). Por tanto, la regla del artículo 739 tiene perfecta aplicación.

Sin embargo, tenemos como de poca fuerza el argumento que se extrae del Mensaje, pues no siempre se encuentra en él la justa correspondencia con el contenido del articulado del Código. Así, por ejemplo, se dice en el Mensaje que "La transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la Inscripción en el Registro Conservatorio". Pero, a despecho de esas expresiones, ni la doctrina ni la jurisprudencia han tenido reparos para sostener que la tradición del derecho real de herencia no requiere de inscripción, del título en el Registro Conservatorio.

El Código del Uruguay, modelado sobre el nuestro, contiene, en esta parte, una regla diversa. Si la condición es positiva e indeterminada, puede la condición cumplirse en cualquier tiempo (art. 1418). Si es negativa, y no hay tiempo determinado, sólo se considera cumplida la condición cuando viene a hacerse evidente que el suceso no puede realizarse (art. 1419).

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

71

38. —bis.— **Condición potestativa negativa.**—La condición negativa se entenderá cumplida cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse, y no se ha verificado (art. 1482). Distingue el legislador, de esta manera, entre la condición determinada y la indeterminada.

Ahora bien, la delación de la asignación no debe tener lugar, si la condición es negativa suspensiva, sino cuando ésta se ha cumplido (art. 956 inc. 2.º). Pero en el caso de una condición potestativa negativa, la certeza de que será cumplida se alcanza, generalmente, con la muerte del asignatario, única manera de saber ciertamente de que el beneficiario seguirá la norma de conducta impuesta por el testador, al señalar la condición. Es por eso que el artículo 956, inc. 3.º ordena que en tal caso la asignación le es deferida al asignatario desde luego, esto es, con la apertura de la sucesión, "dándose por el asignatario caución suficiente de restituir la cosa asignada con sus accesiones y frutos, en caso de contravenirse a la condición".

Esta caución, establecida por el Derecho Romano, primeramente en favor del legatario instituido bajo condición negativa y potestativa, y que se extendió más tarde al heredero en iguales circunstancias, es la denominada **caución muciana**, llamada así en recuerdo de Quintus Mucius Scaevola, quien la introdujo para los legados. Se encuentra establecida en varias legislaciones, como por el artículo 800 del Código Civil de España y 950 del de Uruguay, si bien con mayor amplitud que por nuestro Derecho, desde que la aplican también a la negativa **de no dar**, lo que no ocurre entre nosotros.

Para que tenga aplicación esta regla excepcional deben reunirse algunos requisitos, a saber:

a) Debe tratarse de una asignación testamentaria que se deja bajo condición suspensiva, potestativa y negativa. Quedan excluidas las asignaciones bajo condición resolutoria y las suspensivas que sean casuales o mixtas, como toda condición positiva:

b) La asignación debe haberla instituido el de cuius bajo única condición potestativa negativa, pues si le agrega otra afirmativa y copulativa con la anterior, ya no se aplica la disposición;

c) El testador no debe haber dispuesto "que mientras penda la condición de no hacer algo, pertenezca a otro asignatario la cosa asignada" (art. 956 inc. final). Si el testador, contrariamente a lo que dispone la ley, ordena que pendiente la condición la cosa asignada pertenezca a un tercero, se estará a lo dispuesto en el testamento, que es en esta materia la suprema ley. En tal caso habrá instituido, en favor del tercero, una propiedad fiduciaria, si le asigna la propiedad del objeto asignado, mientras la condición se encuentra pendiente; si los frutos, un derecho de usufructo (en este sentido Claro Solar, obra citada, t. XIII, página 52 N.º 57);

d) Si el asignatario contraviene la condición, se entenderá que no ha tenido jamás derecho alguno a la herencia o legado, debiendo restituir la cosa asignada y sus frutos; y

e) La caución debe ser otorgada previamente a la entrada en posesión de la asignación. Debe ser constituida en favor de aquellos a quienes, en caso de contravenirse a la condición, hayan de pasar los bienes asignados. Esta caución podrá ser una hipoteca, que servirá así para asegurar una obligación futura (art. 2413, inc. final). Podrá ser, igualmente, una fianza, en que también se caucionará una obligación futura (art. 2339 inc. 2). Pero es discutible que pueda ser una prenda, por el carácter tan especial que tiene este contrato, que supone siempre una obligación principal a la cual accede (art. 2385) (véase en este sentido Somarriva, Tratado de las Cauciones, pág. 216 N.º 230).

**39. —Efectos de la condición cumplida. Retroactividad:—**Al cumplirse la condición suspensiva surge el derecho del asignatario, produciéndose los efectos de la asignación automáticamente. Las cuestiones que nos proponemos tratar son, en relación con el cumplimiento de la condición, las siguientes:

a) La exigencia referente a la capacidad del asignatario condicional debe reunirse no solamente al tiempo de la apertura

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

73

de la sucesión sino, además, al momento de cumplirse la condición. Por el artículo 962 se requiere la existencia del asignatario, que es un elemento de la capacidad para suceder, no sólo a la apertura sino que "será también preciso existir al tiempo de cumplirse la condición", conformándose así este precepto al artículo 1085 inc. 1.º, de acuerdo con el cual "la asignación desde día cierto, pero indeterminado, es condicional y envuelve la condición de existir el asignatario en ese día".

b) Cumplida la condición, la herencia o legado le es deferida al beneficiario (art. 956, inc. 2). Desde ese momento nace para el asignatario el derecho de aceptar la asignación (art. 1.226, inc. 1.º). Si fallece sin haber hecho uso del derecho de opción, lo trasmite (art. 967), desapareciendo la limitación impuesta por el art. 1078, que tenía de transmitir el derecho pendiente la condición; y

c) Los efectos no sólo se producen hacia el porvenir sino además, hacia el pasado, de tal modo que en ciertos aspectos esos efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión. Se expresa esto diciendo que la condición cumplida opera retroactivamente, al momento de la apertura de la sucesión. Este principio recibe aplicación especialmente en los artículos 1490 y 1491, que señalan los efectos de las enajenaciones que haya podido hacer de las cosas asignadas quien las retenía mientras la condición estuvo pendiente, que sólo se justifican por el efecto retroactivo de la condición cumplida.

No hay por nuestro Derecho una regla que establezca el efecto retroactivo de la condición suspensiva cumplida, como ocurre en otras legislaciones. Así, por el artículo 646 del Código Civil de Italia "el cumplimiento de la condición tiene efecto retroactivo". Mediante este efecto todo sucede como si la asignación hubiera sido pura y simple desde el día de la muerte del de cuius, considerándose el derecho del asignatario como si nunca hubiera sido eventual.

¶ Pero el efecto retroactivo de la condición suspensiva cumplida no es absoluto, desde que por el artículo 1078 se le niega el derecho a los frutos percibidos en el tiempo intermedio, si el testador no se los hubiese expresamente concedido.

**40. —Condición Fallida.**— Se reputa fallida cuando no se puede realizar el suceso futuro e incierto, bien por haber transcurrido el plazo dentro del cual debía llevarse a cabo, o porque ha llegado a ser cierto que no podrá tener lugar (1482), si la condición es positiva. Si es negativa, cuando se realiza el hecho positivo que la contradice.

La situación jurídica es simple: se considera que jamás el asignatario ha sido heredero o legatario. Los derechos del que tenía la cosa asignada interinamente se consolidan de una manera irrevocable. Las medidas conservativas que haya podido solicitar y obtener el asignatario en resguardo de su derecho, pendiente la condición, caducan.

## B) DEL EFECTO RESOLUTORIO

**41. —Condición resolutoria. Del efecto resolutorio.**— Se presenta esta condición cuando los efectos de la asignación se sujetan a un evento futuro e incierto, de suerte que al cumplirse extingue los derechos del asignatario (art. 1479). La alternativa que importa toda condición, mientras está pendiente, se encuentra aquí en saber si los derechos del asignatario se mantendrán para siempre o si tendrán término en el porvenir, cumplida que sea la condición.

**42. —Eficacia de la asignación bajo condición resolutoria.**— Entre los romanistas, y entre los modernos cultores del Derecho Civil, es una cuestión controvertida la eficacia de la institución de herederos bajo una condición resolutoria. Se sostiene, entre los primeros, que la institución a título universal no podía hacerse bajo tal condición, por cuanto "sería opuesto al principio *semel heres semper heres*" (J. Arias Ramos, *Derecho Romano*, t. II-III, pág. 10008 N.º 344). Es la opinión que prevalece entre los romanistas, aunque en los textos no se encuentran sino argumentos indirectos en favor de tal parecer. No la admiten Saviyni (*Sis. II*, pág. 276), Windscheid (*Pand. 554,4*), Waechter (*Pand. 291*, núm. 8), etc.

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

75

En Italia, bajo el derogado Código de 1865, también la cuestión fue motivo de encontradas opiniones, no obstante que el artículo 848 decía: "La disposición a título universal o particular puede hacerse aún bajo condición". Para De Ruggiero, no puede la institución de heredero ir unida a una condición resolutoria, pues al cumplirse se dejaría de ser asignatario y con ello se "quebrantaría el principio de la irrevocabilidad de la aceptación y el de la perpetuidad del título hereditario y se violaría la aceptación y el de la perpetuidad del título hereditario y se violaría en muchas ocasiones la prohibición de las sustituciones fideicomisarias" (Instituciones de Derecho Civil, t. II, v. II, pág. 490. Véase C. F. Gabba, en Cuestiones Prácticas de Derecho Civil Moderno, vol. II, págs. 1-16). Sin embargo, la opinión contraria fue la predominante (véase Polacco, obra citada, t. I, págs. 481 y siguientes; Borsani, Comm. Cod. civ., art. 851; Pacifici-Mazzoni, Success., III, números 168, 199; etc.). El actual Código, al establecer en el artículo 633 que "la disposición a título universal o particular puede hacerse bajo condición suspensiva o resolutoria", consagró la teoría más generalmente admitida.

Entre nosotros la cuestión se encuentra resuelta en sentido afirmativo, en cuanto a la eficacia de la asignación bajo condición resolutoria, por muchas disposiciones. Desde luego, cuando se instituye heredero a una persona bajo condición suspensiva, es resolutoria en favor del que goza actualmente del objeto asignado, mientras la primera condición se encuentra pendiente. Como decía el autor del Código: "Dejo tal cosa a Sempronio: si sucediere tal cosa, dejará de pertenecer dicha cosa a Sempronio, y pasará a Cornelio. Sempronio es deudor y Cornelio acreedor bajo una condición suspensiva. Sempronio es propietario fiduciario; Cornelio, fideicomisario" (nota al art. 1279 del proyecto de 1953).

Por otra parte, una condición resolutoria no es otra cosa que la institución de un fideicomiso, el cual puede ser constituido por testamento (artículo 735, inc. 1.º), el que por expresa disposición del artículo 734 debe constituirse sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos. De aquí que el artículo 1079 tenga dispuesto que "las disposiciones condicionales que establecen fideicomisos y con-

ceden una propiedad fiduciaria, se reglan por el título. De la propiedad fiduciaria". Además, por el artículo 1488 se señalan expresamente los efectos de la condición resolutoria cumplida, por lo que hace a los frutos percibidos en el tiempo intermedio por el asignatario cuyo derecho está sometido a una condición de esta naturaleza.

Conviene agregar que el Código de Austria, vigente a la sazón en que se elaboró el Código Civil, que Bello cita como antecedente de muchas de las disposiciones sobre las asignaciones condicionales, particularmente en el Proyecto de 1853, consideraba expresamente la eficacia de tal condición, estableciendo, como el nuestro, que, verificándose la condición, el sustituido (fideicomisario) tiene, respecto del instituido (fiduciario), los mismos derechos que tiene el fideicomisario respecto del fiduciario.

Es también regla entre nosotros que "las asignaciones testamentarias pueden ser condicionales" (art. 1070 inc. 1.º), sin que se haga excepción (artículo 1083), si el día incierto e indeterminado es desde o hasta un día de esta naturaleza.

En suma, el Código entiende la eficacia de la institución de heredero bajo condición resolutoria según las reglas de la propiedad fiduciaria, confiriéndole al instituido primeramente las obligaciones y derechos del propietario fiduciario y al sustituto, al que debe pasar la asignación cumplida que sea la condición, el carácter de fideicomisario.

**43.—Condición resolutoria pendiente.**—Con la salvedad dicha arriba, esto es, que toda asignación testamentaria que conceda una propiedad fiduciaria se sujeta a lo dispuesto en el título respectivo (art. 1079), agregaremos solamente que, pendiente la condición, se mira el derecho del asignatario como puro y simple. Desde que por el artículo 1479 se dispone que es el cumplimiento de la condición lo que extingue el derecho del beneficiario, está dicho, implícitamente, que el nacimiento de ese derecho se considera como si la asignación que lo confiere fuera pura y simple. Por tanto:

a) La asignación le es deferida conjuntamente con la apertura de la sucesión, como lo dispone el artículo 956 inc. 1;

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

77

b) Podrá reclamar desde ese momento la asignación, pudiendo disponer de ella como dueño, con las restricciones de un propietario cuyo derecho se encuentra sujeto a la incerteza de si desaparecerá o no. Si la asignación envuelve un fideicomiso, que será lo normal, las limitaciones impuestas por el artículo 751 tendrán aplicación, esto es, "puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte, pero en uno y otro caso con el cargo de mantenerla indivisa, y sujeta al gravamen de restitución bajo las mismas condiciones que antes. No será, sin embargo, enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la enajenación; ni transmisible por testamento o abintestato, cuando el día prefijado para la restitución es la muerte del fiduciario; y en este segundo caso si el fiduciario la enajena en vida, será siempre su muerte la que determine el día de la restitución";

c) La acción de partición le es reconocida. El artículo 1319 se la niega al asignatario bajo condición suspensiva pendiente. Más, si la asignación envuelve un fideicomiso conviene recordar que por el artículo 751 debe ser mantenida indivisa, pues es una de las cosas "que la ley manda mantener indivisas" (art. 1317 inc. final); y

d) Como la asignación le es deferida, podrá aceptarla o repudiarla, y, por tanto, el derecho de opción que le viene de la delación es transmisible (art. 957).

44.—**Condición resolutoria fallida.**—Se dice que la condición resolutoria se encuentra fallida cuando el hecho futuro e incierto previsto por el testador ya no podrá realizarse. El derecho del asignatario se consolida, desde que desaparece toda incerteza acerca de si el evento tendrá o no lugar. El testador dispuso, por ejemplo, que legaba su casa a Antonio, la que pasaría a Diego cuando éste se recibiera de abogado. La condición está fallida si, antes de recibirse de abogado, Diego fallece.

La condición resolutoria fallida opera, por tanto, en forma inversa a la condición suspensiva en igual situación. Repetimos

aquí lo que se expuso acerca de la oportunidad en que debe reputarse cumplida o fallida una condición, particularmente cuando es indeterminada (ver N.º 38).

**45.—Condición resolutoria cumplida. Efecto retroactivo.**—Si se realiza el evento señalado por el testador, el derecho del heredero o legatario termina ipso jure, desde que por tal condición se entiende aquella que extingue con su cumplimiento un derecho (art. 1479). Con su cumplimiento desaparece la regulación de los intereses que había dispuesto el testador.

La extinción se produce sin necesidad de un pronunciamiento especial de los tribunales de justicia, de manera que se debe restituir lo que se haya recibido bajo tal condición (art. 1487), que para el caso de una propiedad fiduciaria se contempla en forma particular en el artículo 733.

El cumplimiento tiene, como en el caso de la condición suspensiva, un efecto retroactivo, de manera que la nueva situación jurídica que le sigue no sólo produce efectos para el futuro sino, además, hacia el pasado, como si la asignación le hubiera sido deferida al que debe sucederle en el dominio de la asignación.

Pero el efecto retroactivo no es absoluto. La realidad no puede ser suprimida por el ordenamiento jurídico, por lo que se dispone, en primer lugar, que los frutos percibidos en el tiempo intermedio —entre la apertura de la sucesión y el cumplimiento de la condición— le pertenecen, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario (art. 1488). En segundo lugar, los actos de enajenación que haya podido realizar se mantienen, si ellos no quedan dentro de los casos de excepción que señalan los artículos 1490 y 1491. No se aplica en este caso, en toda su amplitud, el principio de que "resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis".

### III.—ASIGNACIONES A PLAZOS O TERMINOS

**46.—Concepto.**—“Las asignaciones testamentarias pueden estar limitadas a plazos o días de que dependa el goce actual o la extinción de un derecho” (art. 1080). El testador, cuando se vale

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

79

de la modalidad del plazo, bien procede a deferir el goce actual del derecho del beneficiario o le pone término a dicho goce, una vez que ocurre un suceso futuro y cierto.

De esto se desprende que el asignatario puede ser instituido desde cierto día o hasta cierto día. En todo caso, el plazo es un acontecimiento futuro que se producirá necesariamente. Como lo expresa Jean Carbonnier "El término es un acontecimiento futuro y cierto en cuanto a su realización que suspende la exigibilidad o la extinción de un derecho" (Derecho Civil, t. I, pág. 196). Enseñan Planiol y Ripert que "el plazo es un acontecimiento futuro y cierto que suspende, sea la exigibilidad, sea la extinción de un derecho y que produce efectos sin retroactividad" (obra citada, t. VII, pág. 313 N.º 998).

**47.—Reglamentación.**—Las asignaciones a plazos se gobiernan en principio, por las reglas de las obligaciones de este mismo tipo. Por el artículo 1080 "se sujetarán a las reglas dadas en el título De las obligaciones a plazo, con las explicaciones que siguen". Y por el artículo 1498 "Lo dicho en el título IV del libro III sobre las asignaciones testamentarias a día se aplica a las convenciones".

Estas disposiciones establecen, pues, que las asignaciones a plazos se rigen, primeramente, por las reglas específicas que para ellas se han contemplado en el Código; en lo no previsto, por las que se han dado para las obligaciones a plazo.

**48.—Elementos constitutivos del plazo.**—Son dos: hecho futuro y hecho cierto. En cuanto al primer elemento no se encuentra en términos explícitos en la ley. Pero la circunstancia de que para el goce actual de la asignación o la extinción de ese goce deba transcurrir un plazo, forzosamente debe tratarse de un acontecimiento que tendrá lugar con posterioridad a la muerte del testador. Por lo demás, el artículo 1082 establece que "lo que se asigna desde un día que llega antes de la muerte del testador, se entenderá asignado para después de sus días y sólo se deberá desde que se abra la sucesión", de donde se infiere que esta modalidad de las asignaciones exige que se realice el hecho con posterioridad a la muerte

del de cuius, pues de lo contrario no hay plazo alguno que suspenda la adquisición del derecho conferido al beneficiario.

Que sea un hecho cierto importa tanto como afirmar que el acontecimiento futuro previsto en el acto de última voluntad deberá necesariamente ocurrir con posterioridad a la apertura de la sucesión. El día del fallecimiento de una persona es un acontecimiento que reúne esta particularidad, siempre que no se agreguen por el testador otras circunstancias, como que ocurra dentro de un determinado período de tiempo (Rev. t. I, 2.<sup>a</sup> parte, sec. 1.<sup>a</sup>, pág. 556).

49.—**Prohibiciones impuestas al testador.**—En principio, el testador es libre para sujetar los efectos de las asignaciones instituidas en el testamento a un plazo, sea que de él dependa el goce actual o la extinción del derecho del asignatario. Sin embargo, la regla no es absoluta, pues en ciertos casos la libertad queda limitada por el imperio de la ley. Pueden señalarse, entre otros, los siguientes: a) En las legítimas rigorosas, que de acuerdo con el artículo 1192 no son susceptibles de condición, plazo, modo o gravamen alguno; y b) Si designa un partido, no podrá ampliar el plazo de dos años que la ley señala para que cumpla el encargo (art. 1332). Esto último es así por cuanto podría el testador, en forma indirecta, prolongar entre los coasignatarios el estado de indivisión por mucho tiempo

50.—**Plazo suspensivo.**—El plazo se llama inicial, suspensivo (es die o dies a quo) cuando suspende el cumplimiento de la asignación por el obligado a ella y, por tanto, el ejercicio del derecho del beneficiario, hasta que llegue el día en que ocurrirá el acontecimiento futuro y cierto.

El asignatario tiene derecho a la asignación desde la apertura de la sucesión, pues entonces le es deferida. Lo único que se encuentra sujeto a plazo es la exigibilidad de la asignación y el ejercicio del derecho que por ella se confiere. Es de esta naturaleza la asignación que puede ser reclamada un día cualquiera posterior a la muerte del testador, como si lega una casa a Antonio a partir

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

81

del 1.º de Enero del año siguiente a la apertura de la sucesión (art. 1084 inc. 1.º).

El plazo suspensivo no hace otra cosa que diferir en el tiempo el día en que la asignación empezará a producir sus efectos. El derecho del asignatario, que ha nacido con la apertura de la sucesión, se encuentra inerte hasta la llegada del término. Como enseña Betti "El cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos que constituyen el contenido de la relación jurídica son, con el término inicial, diferidos" (obra citada, pág. 412 N° 68).

51.—**Del efecto del plazo suspensivo.**—Mientras el plazo no se cumpla, la situación del asignatario se gobierna por las mismas reglas que da el Código para el acreedor de una obligación sujeta a esta modalidad. De aquí que no podrá exigir el cumplimiento de la asignación antes de la llegada del término (art. 1496 inc. 1.º).

Si el obligado a la asignación le da cumplimiento, no obstante estar pendiente el plazo, no podrá repetir (art. 1495). Puede el obligado renunciar al plazo, a menos que el testador lo haya prohibido (art. 1497), por lo que el asignatario está obligado a recibir la asignación aun antes de la llegada del plazo.

Si el asignatario fallece antes del vencimiento del plazo, como la asignación le pertenece, trasmite su derecho a la misma, que puede ser reclamada por sus sucesores. Así se ha resuelto (Rev. t. 36, seg. parte, sec. 1.º, pág. 541). Igualmente, el asignatario, pendiente el cumplimiento del plazo, puede disponer del objeto de la asignación por acto entre vivos, o séase, puede enajenarlo.

52.—**Vencimiento del plazo suspensivo.**—Al vencimiento del plazo el derecho del asignatario podrá ser reclamado. Con ese acontecimiento desaparece el obstáculo que existía para el ejercicio del derecho acordado por el testamento. No opera, sin embargo, retroactivamente.

Como el artículo 1551 N.º 1 establece que "el deudor está en mora: Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera

al deudor para constituirle en mora", pudiera pensarse que el obligado a prestar la asignación queda constituido en mora, sin más, por la llegada del plazo y no cumplirla. Este problema, que se presentó a los tribunales, fue resuelto, acertadamente por cierto, en sentido negativo, puesto que el plazo que coloca en mora al deudor es el **estipulado**, esto es, el pactado en el contrato por el deudor y el acreedor. En este caso el plazo no ha sido estipulado sino que, por el contrario, señalado por el testador. Por tanto, la mora del obligado a la asignación sólo tendrá lugar mediante la reconvencción judicial, de que trata el sobredicho artículo 1551 N.º 3 (Rev. T. II, seg. parte, sec. I, pág. 5 y t. VI, seg. parte, sec. I, pág. 423. La doctrina es también conforme: Claro Solar, obra citada, t. XI N.º 1236; Barros Errázuriz, "Curso de Derecho Civil", t II, "De las obligaciones en general", N.º 41).

53.—**Plazo suspensivo y condición suspensiva.**—El plazo suspensivo que, como se ha expresado, no hace otra cosa que diferir el ejercicio del derecho del asignatario hasta la llegada del término, se asemeja a la condición suspensiva en cuanto mientras aquél y ésta no se cumplan, el asignatario no podrá exigir la asignación; pero su separación es neta, desde que por el plazo suspensivo es solamente el ejercicio del derecho el que se encuentra inerte mientras no llegue el día, mientras que en la condición suspensiva es el derecho mismo del beneficiario el que se encuentra sujeto a una incertidumbre de si nacerá o no nacerá. En el plazo suspensivo nada hay de incertidumbre acerca del derecho mismo del beneficiario, lo que no ocurre en la condición suspensiva, que envuelve obligadamente esa alternativa de si el asignatario llegará verdaderamente a ser heredero o legatario.

El plazo suspensivo se presenta, pues, como un suceso futuro y cierto, a diferencia de la condición suspensiva que es un hecho futuro e incierto. "La diferencia entre término y condición suspensivas, se revela netamente, aun a través de sus respectivas analogías. Carece el término de aquella nota de incerteza (sobre el verificarse o no del hecho previsto) que caracteriza a la condición, y ello aun cuando pueda ser imprecisa la fecha, como sucede en el

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

83

llamado *dies certus, incertus quando*" (Betti, obra citada, pág. 413 N.º 68).

De otro punto de vista, el plazo suspensivo, una vez que llega, opera sin efecto retroactivo. Sus efectos son siempre *ex nunc*. En la condición suspensiva, por el contrario, el cumplimiento de ella opera hacia el pasado (N.º 39).

54.—**El plazo suspensivo y la institución de heredero.**—En el derecho romano no se concebía la institución de heredero bajo esta modalidad, debido al principio fundamental que caracterizaba aquella legislación de que "*semel heres semper heres*", esto es, que el heredero, una vez heredero, tenía que continuar como tal. Es éste el principio que aún domina en ciertas legislaciones, como por el artículo 637 del Código de Italia, que "considera no puesto a una disposición a título universal el término a partir del cual el efecto de ella debe comenzar o cesar". Reitera el Código actual lo que ya tenía dispuesto el derogado, por el artículo 851, que justificaba un autor de la siguiente manera: "Con el principio de la continuidad ininterrumpida de las relaciones del difunto mediante la transmisión de las mismas al heredero, pugna el término en que el instituido debe comenzar a ser heredero; a los principios de la perpetuidad del título de heredero y de la irrevocabilidad de la aceptación y a la prohibición de las sustituciones fideicomisarias se opone el término final" (De Ruggiero, obra citada, t. 2, v. 2, pág. 492).

La fundamentación del principio romano, que no es del caso tratar en toda su amplitud, debe encontrarse en la naturaleza de la sucesión hereditaria instituida por aquella legislación, o séase, que el título de heredero era más bien de funciones, antes que una forma de adquirir ventajas patrimoniales. El título era, por lo mismo, perpetuo, por lo cual repugnaba a la calidad de heres el plazo suspensivo o el resolutorio, pues ambos atentaban contra el carácter atribuido a la función de heredero. Además, no se permitía que en una misma sucesión concurrieran dos clases de herederos, una después de otra.

Otras legislaciones, como la española, expresamente permiten esta modalidad en la institución del heredero. Por el artículo 805

de esa codificación, tiene eficacia "la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado".

En nuestro Derecho, en que se admite que a una misma sucesión concurren herederos testamentario y abintestato (art. 952); que la palabra asignación significa las que hace la ley o el testamento; y que asignatario es la persona a quien se le hace una asignación (art. 953), debe concluirse que nada se opone, atendido los términos de los artículos 1080 y siguientes, que un heredero pueda ser instituido desde un día determinado y posterior a la muerte del testador. Ninguna de las razones que justificaron en el Derecho Romano el principio "semel heres semper heres" tienen razón de ser por nuestro Derecho.

**55.—Plazo extintivo o resolutivo.**—El plazo final, resolutivo (ad diem o dies ad quem) es aquél mediante el cual el testador le pone término al derecho actual del asignatario. En este caso la situación es distinta del plazo suspensivo, pues el derecho del beneficiario ha podido y debido ejercerse desde la apertura de la sucesión. Tal la disposición siguiente: "Pedro disfrutará de mi hacienda tres años".

**56.—Plazo extintivo y condición resolutoria.**—El plazo extintivo tiene mucha afinidad con la condición resolutoria, pues en ambas modalidades el goce actual del asignatario termina con la llegada del plazo o el cumplimiento de la condición. La diferencia se encuentra, sin embargo, en que el asignatario cuyo derecho se encuentra sujeto a un plazo extintivo sabe necesariamente que su beneficio tendrá fin, pues no hay nada de incerteza en su cumplimiento. El asignatario cuyo derecho está sometido a una condición resolutoria no sabe si el beneficio acordado por el testador tendrá o no fin, desde que hay incertidumbre de si la condición se cumplirá o no.

En suma, el plazo extintivo es un hecho futuro y cierto y la condición resolutoria es un hecho futuro e incierto. Además, el plazo final no opera ni puede operar retroactivamente, de manera que el asignatario, vencido el término, conserva lo que ha recibido con motivo del goce anterior de su derecho y restituye el objeto

## DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

85

de la asignación. El asignatario bajo condición resolutoria, por el contrario, debe restituir y el cumplimiento de la condición, en principio, opera retroactivamente.

**57.—El plazo resolutorio y la institución de heredero.**—Las mismas dificultades que impedían en el Derecho Romano poner un término que suspendiera la calidad de heredero se presentaban con el plazo final, conforme al principio ya recordado de que "semel heres semper heres". Es el sistema, según ya se ha visto, consagrado por el actual Código de Italia y el de México, cuyo artículo 1380 dice así: "No obstante lo dispuesto en el artículo 1344, la designación del día en que debe comenzar o cesar la institución de heredero se tendrá por no puesta".

Entre nosotros, en que se acepta la institución de la propiedad fiduciaria y del usufructo, no vemos inconveniente para que la asignación de herencia o legado se deje hasta un día cierto, sea determinado o no, como lo establece el artículo 1087 inc. 1.º, que no hace distinción sobre el particular. Es natural que el asignatario instituido en esta forma tiene un simple derecho de usufructo sobre la herencia, de manera que habrá en un mismo momento un usufructuario y un nudo propietario, que gobernarán sus recíprocas relaciones y con terceros, en cuanto al activo y al pasivo de la herencia, por las reglas que da el legislador para estas situaciones, especialmente en el título del fideicomiso y del usufructo.

**58.—Plazo determinado e indeterminado.**—El plazo, al igual que la condición (v. N.º 38), puede ser determinado o indeterminado. Es de la primera especie aquel que necesariamente llegará y se sabe cuando, como el 1.º de Enero del año 2.000. El indeterminado es el que llegará y se ignora cuando, como el día en que muera el asignatario.

La distinción, pues, no se encuentra en si el día llegará o no, desde que nada es incierto tratándose de un plazo. Si de alguna incerteza podemos hablar es de que en el indeterminado no sabemos cuando llegará el día; pero forzosamente tendrá que llegar.

El artículo 1081 dispone sobre el particular lo siguiente: "El día es cierto y determinado, si necesariamente ha de llegar y se sabe cuando, como el día tantos de tal mes y año, o tantos días,

meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador.

“Es cierto, pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo; como el día de la muerte de una persona”.

59.—**Combinación de la certeza y la determinación.**—El Código, siguiendo textualmente la escolástica, construye varias hipótesis de los plazos, al combinar la certeza y la incerteza con la determinación e indeterminación, para llegar a establecer, de esta manera, cuando la asignación se deja bajo la modalidad de una condición o de un plazo. Pero no solamente toma en consideración estos elementos sino que, además, si la herencia o legado lo es DESDE alguno de estos días o HASTA alguno de los mismos, o séase, si es un plazo suspensivo o extintivo o final.

60.—**Día cierto y determinado (dies certus et certus quando).**  
—La asignación DESDE un día (suceso) cierto y determinado, es decir, en que se sabe que el día llegará y cuando, constituye un plazo. El heredero o legatario es dueño de la asignación desde la muerte misma del testador, no pudiendo solamente ejercer los derechos de tal sino una vez llegado el día. Dispone el artículo 1084 que “La asignación desde día cierto y determinado da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día” (inc. 1.º). Se trata, por lo dicho, de una asignación sujeta a un plazo suspensivo, cuyos efectos han sido señalados arriba (v. N.º 51).

El asignatario tiene, como se disponía por el proyecto de 1853, en su artículo 1285 inc. 1.º, la nuda propiedad, y lo único que se encuentra en suspenso es el derecho de exigir el cumplimiento de la asignación antes de la llegada del día.

Lo anterior no tiene cabida si el testador, junto con dejar la asignación desde un día cierto y determinado, impone la condición de existir el asignatario en ese día, pues entonces se trata de una asignación sujeta a una condición suspensiva. Dispone el artículo 1084, inc. 2, que “Si el testador impone expresamente la condición de existir el asignatario en ese día, se sujetará a las reglas de las asignaciones condicionales”. La condición suspensiva determinada

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

87

que entraña esta asignación se encuentra en que es un hecho futuro e incierto de que el asignatario esté vivo en el momento de la llegada del día previsto por la disposición testamentaria. Es natural y obvio que, además, el asignatario ha de estar vivo a la fecha de la apertura de la sucesión, pues la regla del artículo 962 inc. 2 recupera su imperio en toda su amplitud.

Cuando se da la situación excepcional prevista por el artículo 1084 inc. 2, de que acabamos de tratar, la asignación que se le deja al beneficiario es una propiedad fiduciaria, asumiendo el asignatario el rol jurídico de fideicomisario mientras se cumple la condición (v. N.º 38).

61.—**Día cierto e indeterminado (*dies certus et incertus quando*).**—La asignación DESDE un día (suceso) que necesariamente llegará, pero se ignora cuando, debería serlo bajo la modalidad de un plazo, pues reúne los factores de certidumbre y "futuridad". Se trataría de un plazo suspensivo. Sin embargo, el artículo 1085 inc. 1.º, como una excepción a la regla de que la ley no señala condiciones para los actos jurídicos, exige en este caso que el asignatario esté vivo a la fecha en que llegue el día y en ello, como en el supuesto del inc. 2.º del artículo 1084, hay una verdadera condición, suspensiva e indeterminada, que obliga al beneficiario a estar vivo a la apertura de la sucesión y a la fecha en que llega el día (art. 962 inc. 2.º). Dispone el artículo 1085 lo siguiente: "La asignación desde día cierto, pero indeterminado, es condicional y envuelve la condición de existir el asignatario en ese día" (inc. 1.º).

En el caso que se está señalando se trata de una institución fideicomisaria, en que la condición es la misma que requiere el artículo 738 inc. 1.º. Así, es una asignación de este tipo la siguiente: Dejo de heredero a Pedro desde que Juan se muera. El hecho de la muerte de Juan es cierto e indeterminado, pero supone, como ya está expresado, que el heredero se encuentre vivo a la fecha de la muerte de Juan, lo que es incierto.

Conviene tener muy presente, para la cabal interpretación de esta regla, que el artículo 1085 inc. 1.º recibe aplicación sólo cuando el derecho mismo conferido al heredero o legatario lo es a partir del día en que se realiza el suceso, pues si solamente la exigibilidad de la herencia o legado queda en suspenso hasta mientras el

suceso ocurra no se trata de una asignación condicional sino, por el contrario, sujeta a un plazo suspensivo. Ha resuelto la jurisprudencia que "la asignación de cierta suma de dinero que el asignatario no puede cobrar sino al fallecimiento de cierta persona no es condicional, pues no se fija un día para adquirir el legado, sino sólo para poder cobrarlo, circunstancia ésta que mira solamente a la época en que el legado puede ser exigido o pagado" (Rev. t. 36 seg. parte, sec. I, pág. 541). Igualmente, la cláusula en que se lega una casa y sitio que sólo podrá ser exigida a los legatarios una vez fallecida una tercera persona, no es condicional (Rev. t. 38, seg. parte, sec. I, pág. 466).

Ahora bien, el día cierto e indeterminado es un plazo si se sabe de cierto que a la llegada del día el beneficiario deberá forzosamente existir. Manda el artículo 1085 inc. 2, que "Si se sabe que ha de existir el asignatario en ese día, (como cuando la asignación es en favor de un establecimiento permanente), tendrá lugar lo prevenido en el inc. 1.º del artículo precedente". El autor del Código ilustró esta disposición con el siguiente ejemplo: "Goce Juan de mi hacienda tal hasta su muerte; y después de los días de Juan, pase dicha hacienda a la Casa de Expósitos. Un establecimiento legal permanente es una persona eterna" (nota al artículo 1286 del Proyecto de 1953).

62.—Día incierto e indeterminado (*dies incertus et certus quando*).—No se sabe si el día (suceso) llegará, pero en el supuesto que se realice sabemos cuando. Establece el artículo 1085 inc. 3.º, que el día es "Incierto, pero determinado, si puede llegar o no, pero suponiendo que haya de llegar, se sabe cuándo, como el día que una persona cumpla veinticinco años".

La incerteza del día (suceso) nos enfrenta a una asignación condicional, sujeta a una condición suspensiva y determinada. El artículo 1086 establece que "la asignación DESDE día incierto, sea determinado o no, es siempre condicional". Por ser condicional, requiere que el asignatario se encuentre vivo a la apertura de la sucesión y al cumplimiento de la condición (art. 962 inc. 2). El asignatario es un fideicomisario y quien goza mientras tanto de la asignación es el propietario fiduciario, quien verá consolidado

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

89

su derecho si la condición no se cumple, esto es, si la persona muere antes de los 25 años.

Es natural y obvio que debe distinguirse muy claramente que el derecho mismo esté sujeto a un plazo de esta índole. Si solamente su exigibilidad queda en suspenso hasta que cumpla los 25 años, la asignación no es condicional. Así, no se aplicará esta regla si el legado es de esta manera: lego a Pedro mi fundo Diucalemo, el que se le entregará al cumplir 25 años". pues en tal caso estamos en presencia de un término.

63.—**Día incierto e indeterminado (*dies incertus et incertus quando*).**—La asignación DESDE un día que no se sabe si llegará ni cuando, como el día en que una persona se case (art. 1081 inc. 4.º), es condicional, pues constituye un acontecimiento futuro e incierto, se ignora "si" y "cuándo" se puede realizar el hecho. El artículo 1086 establece, como ya se ha visto, que "La asignación desde día incierto, sea determinado o no, es siempre condicional".

Se trata de una condición suspensiva e indeterminada, en que la asignación constituye un fideicomiso y el asignatario es el fideicomisario.

64.—**Hasta día cierto y determinado.**—La asignación se deja hasta un día (suceso) que necesariamente llegará y se sabe cuando, como el 1.º de Enero del año 1970. La asignación se deja bajo la modalidad de un plazo extintivo o final, de manera que "constituye un usufructo en favor del asignatario" (art. 1087 inc. 1.º).

Como se trata de un usufructo, el derecho del asignatario terminará no solamente por la llegada del día sino por ocurrir antes su muerte, desde que el derecho real de usufructo es intrasmisible (arts. 806 inc. 1.º y 1087 inc. 2.º). Se presenta así la constitución de un usufructo por acto testamentario (art. 766 N.º 2). Si es en favor de "una corporación o fundación, no podrá pasar de treinta años" (art. 1087 inc. final).

Desde el momento que la asignación se deja a una persona hasta un día cierto y determinado, como hasta el 1.º de Enero de 1970, resulta que quien debe sustituir al instituido primeramente es un asignatario DESDE un día cierto y determinado (art. 1084 inc. 1.º). En esta situación quien debe sustituir al asignatario en el

goce de la cosa asignada es el nudo propietario, mientras llega el 1.º de Enero de 1970, tal como lo establecía, según se ha dicho, el artículo 1285 inc. 1.º del Proyecto de 1853.

65.—**Hasta día cierto e indeterminado.**—La asignación se deja hasta un día (suceso) que necesariamente tendrá lugar, pero se ignora cuando, como hasta que muera el beneficiario o una tercera persona. Es una modalidad de mucha aplicación en la práctica, en que el derecho del asignatario queda sujeto a un plazo extintivo. Por tanto, el beneficiario tiene, respecto de la asignación, un derecho de usufructo, desde que "la asignación hasta día cierto, sea determinado o no, constituye un usufructo a favor del asignatario" (art. 1087 inc. 1.º). Así también lo ha resuelto la jurisprudencia (Rev. t. 4, seg. parte, sec. 1.ª, pág. 53).

Si se tiene presente que, llegado el día terminará el derecho de usufructo que la ley (art. 1087 inc. 1.º) concede al beneficiario hasta día cierto e indeterminado y que, por tanto, otro lo sustituirá en la asignación DESDE un día cierto e indeterminado, el cual tiene, mientras llega el día, el carácter de fideicomisario (v. N.º 61), interesa señalar quien es, mientras llega el día, el nudo propietario respecto del que goza actualmente de la asignación y quien el propietario fiduciario respecto del que, mientras llega el día, es el fideicomisario.

El autor del Código ilustró estas ideas con el siguiente ejemplo, en nota puesta al pie del art. 1288 del Proyecto de 1853, que corresponde al actual artículo 1087, inc. 1.º: "Pudiera parecer que este artículo está en oposición al anterior (actual art. 1086, que en el citado Proyecto tenía el N.º 1287): si se deja el objeto a Pedro hasta su muerte, y a Juan desde la muerte de Pedro, resulta que por el artículo 1288 (ahora 1087) Pedro es usufructuario, y por el artículo 1287 (ahora 1086) Juan es fideicomisario. ¿Quién es el nudo propietario respecto de Pedro, y el propietario fiduciario respecto de Juan? Parece que si Pedro es usufructuario, Juan es nudo propietario desde la muerte del testador, y no existe fideicomiso; y sí, viceversa, se considera a Juan como fideicomisario, no existe verdadero usufructo, sino propiedad fiduciaria en Pedro.

"Pero no es así: determinemos la asignación presentando el conjunto de las otras disposiciones que le son correlativas: Insti-

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

91

tuyo heredero universal a Francisco, el cual dará mi hacienda tal a Pedro para que goce de ella hasta su muerte; y después de los días de Pedro pasará dicha hacienda a Juan". Francisco es nudo propietario respecto de Pedro, y propietario fiduciario respecto de Juan; si no existe Juan al tiempo de la muerte de Pedro, vuelve la hacienda al heredero, el cual como nudo propietario tiene el derecho de pedir a Pedro la competente seguridad de conservación y restitución".

El autor del Código, en el ejemplo citado, se paralogizó, en cuanto la referencia que debió hacer por el artículo 1288 del Proyecto de 1853 debió serlo al art. 1286 del citado Proyecto, que ahora es el 1085, pues es éste el que trata de la asignación DESDE día cierto e indeterminado, y que suscita la duda de que trata la nota transcrita.

65.—bis.—Se encuentra en el artículo 1087 inc. 2.º la siguiente disposición: "la asignación de prestaciones periódicas es intrasmisible por causa de muerte, y termina, como el usufructo, por la llegada del día, y por la muerte del pensionario".

Aparece esta disposición sin relación alguna con el contenido total del artículo del que forma parte; pero no si se recuerda que el Derecho Romano prohibía la condición resolutoria en materia de legados, de manera que toda renta anual instituida en el testamento era perpetua, aunque Justiniano permitió variarla, según la forma que adoptara. Por tanto, con esa disposición ha querido el legislador dejar bien en claro que la asignación alimenticia hasta un día cierto o incierto, determinado o indeterminado, lo es solamente hasta la muerte del beneficiario, salvo que el día ocurra con anterioridad a ese suceso. Lo mismo se aplica al legado en favor de una "corporación o fundación, que no podrá durar más de treinta años" (art. 1087 inc. 3).

De acuerdo con estas ideas ha resuelto una sentencia que "la disposición testamentaria según la cual debe pagarse anualmente a un hospital y a un hospicio cierta cantidad de pesos sacados de la producción o frutos civiles de un capital, que precisa, colocado a determinado interés, importa una asignación de prestaciones periódicas. Esa prestación no puede durar más de treinta años, cuando es a favor de una corporación o fundación de beneficencia" (Rev. t. 19, seg. parte, sec. I, pág. 517). Además, "por el hecho de

que el testador no le fije día o plazo, no se puede sostener que una asignación de prestaciones periódicas a determinado hospital deba considerarse pura y simple. La disposición del art. 1087, al referirse a las asignaciones de prestaciones periódicas, además de ser precisa en sus términos, pues dice que no podrá durar más de treinta años cuando son a favor de una fundación, figura en el párrafo de las asignaciones testamentarias a día, en lo que se ve la voluntad del legislador de limitarlas a día determinado" (mismo fallo).

**66.—Hasta día incierto y determinado.**—Por el artículo 1088 se dispone que "La asignación hasta día incierto pero determinado, unido a la existencia del asignatario, constituye usufructo; salvo que consista en prestaciones periódicas.

"Si el día está unido a la existencia de otra persona que el asignatario, se entenderá concedido el usufructo hasta la fecha en que, viviendo la otra persona, llegará para ella el día".

Desde que el día es incierto, la asignación debería ser calificada de condicional, de una condición resolutoria. Pero como en estas asignaciones el beneficio dura tanto como la vida misma del beneficiario, se entiende que lo es hasta un día cierto, por lo cual se transforma en un verdadero plazo y el derecho del asignatario en un usufructo, que durará la vida misma del sucesor, salvo que el día llegue con anterioridad, como si se le deja la asignación hasta que cumpla 30 años.

El señor Bello colocó el siguiente ejemplo: "Instituyo heredero universal a Marcos; doy los frutos de mi hacienda tal a Antonio, hasta que cumpla veinticinco años, Antonio es usufructuario. No es necesario advertir que, si muere antes de cumplir esa edad, se consolida el usufructo con la propiedad en la persona del heredero" (nota al art. 1289 del P. de 1853). Y lo mismo sería si deja los frutos a Antonio hasta que una tercera persona cumpla veinticinco años, lo que hará que el usufructo dure hasta que muera el beneficiario, si ello ocurre antes que el tercero cumpla los establecidos veinticinco años. Si está vivo a la fecha en que ese tercero llega a la edad señalada, también termina el usufructo. Ahora bien, si esa tercera persona fallece antes de cumplir los veinticinco años, el usufructo durará, no obstante, hasta que esa persona, de estar viva, habría cumplido esa edad, pues "Si el día está unido a la

## DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

93

existencia de otra persona que el asignatario, se entenderá concedido el usufructo hasta la fecha en que, viviendo la otra persona, llegaría para ella el día" (art. 1088 inc. 2.º). Esta regla, por lo demás, venía ya impuesta por el artículo 804 inc. 2.º, de acuerdo con el cual "Si el usufructo se ha constituido hasta que una persona distinta del usufructuario llegue a cierta edad, y esa persona fallece antes, durará sin embargo el usufructo hasta el día en que esa persona hubiera cumplido esa edad, si hubiese vivido".

**67.—Hasta día incierto e indeterminado.**—Por último, la asignación hasta un día (suceso) que no se sabe si llegará ni cuando, como hasta el día en que una persona —el mismo asignatario o un tercero— se case, es condicional. Según el artículo 1083 "El día incierto e indeterminado es siempre una verdadera condición, y se sujeta a las reglas de las condiciones". No se distingue en el precepto si la asignación es desde o hasta un día incierto e indeterminado, por lo que no cabe hacerla al intérprete. Por lo demás, para las asignaciones desde un día de esta naturaleza la regla se reitera por el artículo 1086.

La asignación que se deja hasta el día de esta naturaleza es condicional, de manera que el beneficio acordado al asignatario se encuentra sujeto a una condición resolutoria. Tal el caso de que se deje un inmueble a Juan hasta que se case: mientras no se case, estará pendiente; si se casa, se cumple y termina su derecho; y si no se casa, se entiende fallida y su derecho se consolidará.

## IV.—ASIGNACIONES MODALES

**68.—Reglamentación.**—Trata el Código de las asignaciones modales en el título IV del Libro III, artículos 1089 a 1096 inclusive, haciendo de ellas una categoría especial dentro de las asignaciones sujetas a modalidades.

Es conveniente apuntar aquí que el autor del Código no era, en principio, partidario de hacer de las asignaciones modales una categoría especial. Es así como en el Proyecto de 1853, en nota al artículo 1115, que es el actual artículo 956, decía lo siguiente: "No parece haber un objeto práctico en hacer de las asignaciones

sub modo una clase particular". Es útil, también, tener en cuenta que el legislador se refiere al modo con otras designaciones. En el artículo 1367 trata de los legados "con causa onerosa", que son aquéllos en que al legatario se le ha impuesto un modo (Claro Solar, obra citada, T. XVII, pág. 311 N.º 2738). Las donaciones con "un gravamen pecuniario, que contempla el artículo 1405, son las sujetas a un modo impuesto al donatario. Hay otros preceptos que se refieren al modo, aunque sin designarlo por ese nombre.

Las reglas que se dan por los artículos 1089 y siguientes tienen especial importancia, desde que son las únicas que existen en el Código sobre esta modalidad de los negocios jurídicos, hasta el extremo que por el artículo 1493 "las disposiciones del título IV del Libro III sobre las asignaciones testamentarias condicionales o modales se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes". Esto se explica, por lo demás, si se tiene presente que el modo, como elemento accidental de los negocios jurídicos, es propio de las asignaciones testamentarias y de las donaciones entre vivos (Espín Cánovas, obra citada, t. I, pág. 373). De aquí que Cariota Ferrara diga lo siguiente: "La carga o modus (modo) es una disposición o cláusula con la que se establece a cargo de persona que se beneficia por el testamento o donación, la obligación de observar un determinado comportamiento: usar de una cierta manera de la cosa que adquiere; realizar una prestación a favor del benefactor o de sus herederos o de un tercero" (obra citada, pág. 565 N.º 144. En este mismo sentido Betti, obra citada, pág. 415; Giorgi, Teoría de las Obligaciones, t. IV, pág. 402 N.º 387; Alessandri R., Arturo, Teoría de las Obligaciones, pág. 200; Barasi, Instituciones de Derecho Civil, t. I, pág. 192 N.º 62; Mezquita del Cacho, La Cláusula Modal ante el Registro de la Propiedad, en Revista de Derecho Privado, pág. 21, año 1960; etc.). Por eso es que el artículo 1416 expresa que "las reglas concernientes a la interpretación de las asignaciones testamentarias, al derecho de acrecer, y a las substituciones, plazos, condiciones y modos relativos a ellas, se extienden a las donaciones entre vivos". Así también lo ha resuelto la jurisprudencia (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. 15, seg. parte, sec. I, pág. 601 y t. 37, seg. parte, sec. I, pág. 348).

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

95

69. —**Concepto.**— El legislador, a propósito de las asignaciones testamentarias y del artículo 1089, se expresa así: "Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada".

No define el Código lo que es el modo en sí mismo. Señala, sin embargo, que el fin especial para el que se hace la asignación, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, es un modo. Agrega que, a diferencia de la condición suspensiva, no posterga la adquisición del beneficio asignado al heredero o legatario. Se puede, sin duda, afirmar que la asignación testamentaria modal es la que se encuentra sujeta a un modo.

Derivada de la voz latina "modus", se le puede concebir como forma o manera particular de hacer alguna cosa; concepto, no obstante, susceptible de ser aplicado en varios sentidos, algunos ajenos al campo del derecho. Y aun limitado el concepto a lo jurídico, muchas veces se significa con él los medios como nace o se extingue una relación jurídica, pues no de otra manera se le emplea al tratar el artículo 588 de los modos de adquirir el dominio, y por el artículo 1567, como los modos de extinguir las obligaciones.

Para nosotros el modo, en los negocios jurídicos, es aquel elemento accidental mediante el cual el autor de una liberalidad determina el fin especial a que debe destinarse el objeto del beneficio acordado al asignatario.

Adoptamos el criterio anterior en atención a los términos de que se vale el artículo 1089, y del cual participan algunos autores (Sánchez Román, *Estudios de Derecho Privado*, t. II, pág. 543; Claro Solar, obra citada, T. XIV, pág. 461 N.º 952; Santamaría, obra citada, t. I, pág. 782; Clemente de Diego, obra citada, t. III, pág. 135). Hay quienes lo conciben como "un límite, una medida, o modalidad, del alcance económico o jurídico de la liberalidad" (Messineo obra citada, t. II, pág. 471 N.º 9). En igual sentido Espin Cánovas, obra citada, t. V, pág. 373 N.º 4; Betti, obra citada, pág. 415). Otros lo consideran como una carga impuesta al asignatario, especialmente los autores franceses (Josserand, obra citada, t. III, págs. 179 y siguientes; Capitani, *De la Causa de*

las Obligaciones, pág. 444 N.º 200; Díaz Cruz, obra citada, pág. 410 N.º 1).

En todo caso, es lo cierto que se trata de un elemento accidental de la declaración de voluntad, sin influencia sobre la eficacia, desde que los efectos se producen de inmediato en favor del instituido, si bien puede en el futuro dejar de producirlos, a través de una acción de resolución. Carece de carácter conmutativo, compensatorio, siendo un elemento accesorio de la declaración de voluntad.

**70.—Puede tener lugar en toda asignación.**—Puede el modo ser incluido en toda asignación testamentaria, bien que se trate de una herencia o de un legado. Así lo entiende la doctrina (Messineo, obra citada, t. VII, pág. 138 N.º 2) y lo ha sancionado entre nosotros la jurisprudencia (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. VI, seg. parte, sec. I, pág. 481).

Hay casos, sin embargo, en que está prohibido por el legislador, como ocurre con la legítima rigorosa, pues por el artículo 1192 esta asignación "no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno".

**71.—El modo impone una obligación, su naturaleza.**—El modo impone al asignatario gravado con él una obligación (arts. 1089, 1090, 1092, etc.). "Quien recibe, dice Messineo, la donación (donatario), o quien es instituido heredero o legatario, está personalmente gravado con la obligación de dar o hacer alguna cosa a favor del disponente, o de un tercero, o incluso a favor propio" (obra citada, t. II, pág. 471 N.º 9).

La obligación puede ser muy variada. Ya el artículo 1089, por vía de ejemplo, señala como objeto del modo el hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas. Puede referirse, por tanto, a dar, hacer o no hacer alguna cosa; aplicar los bienes que constituyen la asignación a un fin especial, incluso los propios del beneficiario mismo. Mediante esta obligación pretende el autor de la liberalidad realizar el fin especial para el cual instituyó la asignación. Esta obligación, cumplir el modo, lo separa del simple consejo o recomendación en el empleo de los bienes asignados (*nudum praeceptum*). Como lo expresa Espin Cánovas, la "obligación que se impone al

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

97

favorecido por una liberalidad, se distingue del mero consejo o recomendación, cuyo incumplimiento, aunque inmoral, no produce consecuencias jurídicas; en cambio, el incumplimiento del modo puede sancionarse coactivamente" (obra citada, t. I, págs. 373 y 374 N.º 4).

Intervienen en el modo, generalmente, tres personas: el disponente, el gravado con el modo y el favorecido con el gravamen, pudiendo éste ser el mismo testador o donante, un tercero o el propio instituido.

Esta obligación que comporta el modo no es, sin embargo, de la misma naturaleza que aquella que nace de alguna de las fuentes que menciona el artículo 1437. Sabemos que a toda obligación se le contrapone un derecho para exigirla, que en este caso debería ser aquél en cuyo beneficio se ha instituido el modo. Pero aquí resulta que a veces el modo es en beneficio del mismo instituido, del gravado con el modo (art. 1092). Otras veces es en beneficio de persona indeterminada, las que, por lo mismo, no pueden considerarse las acreedoras de esa obligación ni están legitimadas para exigir su cumplimiento. Resulta, también, que el favorecido con el modo puede ser un ente sin existencia legal alguna, el que, por lo mismo, no puede ser concebido como sujeto de derecho y titular de una acción para requerir la ejecución del modo. No es, en suma, una obligación compuesta de un débito y de una responsabilidad contractual. Es la revocabilidad de la asignación la que sustituye, en ciertos casos, la responsabilidad por la inejecución de la obligación.

La particularidad, pues, que se apunta en la obligación que el modo impone al asignatario gravado con él, ha ocasionado graves dificultades entre los doctrinadores, acerca de cómo concebir esta modalidad de las asignaciones testamentarias. Como dice Binder, "es evidente que a toda obligación se contrapone un derecho, y que ese derecho debe corresponder a aquél en cuyo favor ha de realizarse la prestación, mientras que aquí, el derecho a exigir la prestación no compete precisamente a aquél cuyo interés debe ser satisfecho por la prestación misma. Por consiguiente, muchos hablan de una legitimación o facultad sólo formal, a la cual niegan el carácter de un derecho material de crédito, sin que por ello se haya ganado en claridad (Derecho de Sucesiones, pág. 338. Pue-

den consultarse las críticas al concepto obligacional del modo en Albadalejo García, "La condición, el término y el modo", en Rev. de Derecho Notarial, Julio-Diciembre 1957, págs. 94 y 95).

**72. —Modo en beneficio del disponente:—**Si es en beneficio del propio disponente, como la asignación produce sus efectos fallecido ya el testador, ni que decir que ese beneficio no podrá ser sino para su alma (celebración de misas, oraciones), para el reposo de su cuerpo (construcción de un mausoleo); etc. El cumplimiento del modo debe ser exigido, en este caso, por el albacea o ejecutor testamentario (Josserand, obra citada, t. III V. III, pág. 181 N.º 1532). No habiendo ejecutor testamentario, son los herederos los llamados a requerir el cumplimiento (art. 1271). Si hay cláusula resolutoria, aquellos a quienes beneficie la resolución del derecho del gravado con el modo, si bien no pueden demandar el cumplimiento, al menos pueden ejercer la resolución, para adquirir así el objeto asignado al producirse la revocabilidad de la asignación (art. 1096).

Si el modo es de cargo del asignatario único y universal, no habiendo ejecutor testamentario, no habrá quien pueda demandar el cumplimiento.

**73. —Modo en beneficio del instituido:—**Hay quienes piensan que si la obligación es en beneficio del mismo asignatario no hay propiamente un vínculo obligatorio sino un simple consejo. Por el artículo 1002, "si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria". Por tanto, si bien teóricamente debe ser distinguido, aun en este caso, el modo del simple consejo o recomendación, la verdad es que no impone obligación alguna, como lo ha sancionado también la jurisprudencia (Rev. de Derecho y Jurisprudencia, t. 37, seg. parte, sec. I, pág. 348). El hecho de que lleve una cláusula resolutoria, si bien indirectamente impone la obligación de cumplirlo, no significa que mediante ella pueda ser demandada su ejecución. Como lo enseña Josserand, "la carga puede establecerse en provecho del donatario o legatario; realiza entonces una especialización de su llamamiento sin constituir, por si misma, sino todo lo contrario, una liberalidad: es una suma de dinero que es donada o

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

99

legada para hacer un viaje, para proceder a investigaciones científicas, para publicar trabajos, para imprimir una tesis, por ejemplo" (obra citada, t. III, V. III, pág. 181, N.º 1532).

Cuando el asignatario es un banco comercial o hipotecario, al tenor del artículo 1. letra g), de la ley 4. 827 de 17 de Febrero de 1930, no puede el modo ser en su beneficio: debe siempre ser en favor de un tercero.

**74.—Modo en beneficio de un tercero:—**Cuando el modo se ha impuesto para beneficiar a un tercero, que es el caso más general, se encuentra el beneficiario autorizado para exigir su cumplimiento (Josserand, obra citada, t. III V. III, pág. 181 N.º 1532). Es la forma que se adopta para beneficiar a quien no es llamado directamente a la sucesión. Este tercero no es acreedor de la sucesión, por lo que no figura entre los acreedores hereditarios y testamentarios de que tratan, entre otros, los artículos 1378 y 1383. El gravamen no es una deuda de la sucesión, por lo que el albacea encargado del pago de las obligaciones del testador no está facultado, conforme al art. 1308, inc. 2, para negarse a la rendición de cuentas, sosteniendo que el modo no ha sido cumplido, pues no se trata de las deudas cuyo pago se hubiere encomendado al ejecutor testamentario (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. 53, seg. parte, sec. II, pág. 1).

El beneficiario con el modo no es, pues, el heredero o legatario, pues no obtiene nada directamente del causante (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. 53, seg. parte, sec. II, pág. 1). El sucesor del de cuius es el instituido con la asignación modal, que se le deja para que la tenga por suya (art. 1089). Es en el asignatario modal en quien deben concurrir todos los requisitos de capacidad y dignidad para suceder al disponente, y es quien debe ser, igualmente, la persona cierta y determinada llamada a recoger la asignación (art. 1056). Como lo expresa Josserand, el beneficiario "no puede ser calificado de legatario o donatario" (obra citada, t. III, V. III, pág. 180, N.º 1531).

La jurisprudencia ha aplicado estos principios en varias oportunidades, de lo que resulta: a) "no cabe exigir a los fines, obras o cargas que constituyen el modo, capacidad o condiciones legales para suceder" (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. VI, seg. parte,

sec. 1, pág. 481); b) "el heredero modal entra en posesión de la herencia, sin que pueda objetársele que la institución favorecida con el modo tenga o no personalidad jurídica, pues no es ella la asignataria, sino el heredero modal" (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. II, seg. parte, sec. 1, pág. 21); c) "las reglas del Código Civil referentes a la determinación de la persona del heredero o legatario y a la existencia de la misma a la fecha de fallecimiento del testador, carecen de importancia para investigar la validez o nulidad de la constitución del modo" (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. XII, seg. parte, sec. 1, pág. 107); d) "es válida la cláusula testamentaria en la que se ordena que con ciertos valores se mantenga en buen estado una capilla, aunque ésta no sea persona natural, ni jurídica" (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. II, seg. parte, sec. 1, pág. 409); e) "el dominio del testador se trasmite directamente a los legatarios para que, en su oportunidad, cumplan el modo que lo condiciona" (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. XXXVIII, seg. parte, sec. 1, pág. 176); y f) "el modo puede beneficiar a personas determinadas o indeterminadas, como cuando se constituye con fines de utilidad pública, beneficencia o de piedad religiosa" (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. XII, seg. parte, sec. 1, pág. 107).

Cuando el modo es en beneficio de un tercero, puede tratarse de que éste sea determinado o indeterminado. Se da la última situación en aquellos casos de asignaciones modales cuyo fin es de pública beneficencia. El asignatario modal no está menos obligado a cumplirlo que si fuera en beneficio de persona determinada. En tal caso puede exigir el cumplimiento alguna de las personas que se determinan en el artículo 1291.

**75. — Modo e interposición de personas:—** El modo, en ciertos casos, se confunde con la asignación a interpósita persona. El verdadero beneficiario no es el instituido sino el tercero, en cuyo favor se establece el modo. Puede ocurrir, en esta forma, que se hagan pasar los bienes a quien no puede recibirlos directamente, como en el caso de un incapaz, en que la ley, obrando contra el testador, le niega eficacia a tales asignaciones. Como lo expresan Planiol y Ripert, "es sumamente difícil precisar la diferencia entre los dos tipos de liberalidades: toda carga constituye, en

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

101

efecto, una interposición parcial" (obra citada, t. V, pág. 185 N.º 175).

Esta dificultad es la que ha dado origen, en la mayoría de los casos, a los litigios referentes a la nulidad de la asignación modal, pues se ha querido aplicar al beneficiado las reglas que se han dictado para el heredero o legatario, en cuanto a su capacidad, dignidad y determinación. Los tribunales, como ya se ha visto (N.º 76), han negado lugar a esas demandas, pues el verdadero sucesor del causante es el asignatario modal.

76.—**Modo y Condición.**—El modo no es una condición suspensiva. (art. 1089). Más exactamente, no es una condición. Trátase de una condición suspensiva o resolutoria, ella es siempre un hecho futuro e incierto, del cual depende la eficacia actual del derecho acordado al beneficiario o su aniquilamiento, según la especie de condición. En el modo, el derecho se atribuye inmediatamente al asignatario, si bien con la obligación de aplicar el beneficio al fin especial previsto por el de cuius. El modo puede ser cumplido en forma equivalente, o sea, en otra análoga "que no altere la substancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez, con citación de los interesados" (art. 1093). La condición debe ser cumplida literalmente (art. 1483).

Ahora, si se relaciona el modo con la condición suspensiva, la separación es neta. La condición suspensiva afecta a la eficacia misma de la asignación, pues el derecho del instituido está en suspenso mientras el hecho futuro e incierto no se haya cumplido. El modo no aplaza el nacimiento ni el ejercicio del derecho, por lo que no suspende la adquisición de la cosa asignada" (art. 1089). Ya lo decía Savigny: "la condición es suspensiva, pero no activa; el modus es coactivo y no suspensiva. Desde luego no impide la adquisición del derecho" (Sistema, t. II, pág. 284). La asignación modal, desde el primer momento, es perfecta, desde que ni posterga ni hace eventual el efecto trasmisivo de la disposición testamentaria que lo lleva. Ha dicho una sentencia que "la asignación testamentaria modal no admite espera; no suspende el derecho mientras no se cumple el modo. El asignatario modal puede entrar, desde luego, en posesión de la cosa sometida a la carga de efectuar o fundar una obra. La condición suspensiva suspende el derecho

mientras no se cumple la condición; de tal manera que el acreedor o asignatario condicional no puede entrar en posesión de la cosa, sino una vez cumplida aquella totalmente (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. XLVI, seg. parte, sec. 1, pág. 362).

El asignatario condicional que fallece, pendiente la condición, nada trasmite a sus herederos (art. 1078). El asignatario sub modo trasmite, en igual caso, hasta el extremo que si el modo mismo "consiste en un hecho tal, que para el fin que el testador se haya propuesto sea indiferente la persona que lo ejecuta, es transmisible a los herederos del asignatario" (art. 1095).

El asignatario modal, por el artículo 1091, no necesita prestar fianza o caución de restitución para el evento de no cumplir el modo, con el objeto de adquirir la asignación. El asignatario condicional, sujeto su derecho a condición suspensiva, no puede adquirir nada, pendiente la condición, ni aun prestando esa caución, salvo el caso del artículo 956, inc. 3.º.

Pero la separación entre el modo y la condición resolutoria es ya más difícil, pues esta última, al igual que aquél, no retarda el nacimiento ni el ejercicio del derecho, afectando tan sólo a la caducidad del beneficio acordado al asignatario. En todo caso, el no cumplimiento del modo no pone término obligadamente al derecho del asignatario, hasta el extremo que si es en su exclusivo beneficio no le impone obligación alguna (art. 1092).

Si el modo lleva consigo cláusula resolutoria, o séase, la que "impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo" (art. 1090), la aproximación entre la condición resolutoria y la asignación sub modo es manifiesta. Sin embargo, aún llevando la asignación modal cláusula resolutoria, pueden ser anotadas algunas diferencias, a saber: a) La condición resolutoria cumplida pone término al derecho del asignatario ipso jure (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. XLVI, seg. parte, sec. 1, pág. 362); la inejecución del modo no pone término al derecho del instituido sino a consecuencia de una resolución judicial, impetrada por persona hábil para ello; y b) El efecto retroactivo de la condición resolutoria cumplida no se da por el incumplimiento del modo. Ninguna disposición lo establece para la asignación sub modo no cumplida, de manera que la extinción del derecho del asignatario lo es hacia el futuro y sin efecto al pasado (Josserand, obra citada,

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

103

t. III, V. III, pág. 184, N.º 1533; De Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, t. 1, pág. 306, N.º 31).

76.—bis.—**Criterio práctico de distinción:**—Desde el Derecho Romano hasta el presente vienen los autores señalando criterios para distinguir el modo de la condición. Los romanos dieron suma importancia a las expresiones de que se sirvió el testador, de manera que el empleo de la partícula "si" o del adverbio "cuando" denotaban la presencia de una condición (si me hace un monumento); el empleo de la expresión "para que" era la característica del modo (para que me hagas un monumento).

Hoy en día no atienden los intérpretes a los términos. Aubry y Rau, por ejemplo, expresan: "Aunque los términos si, a condición, siempre que, etc..., indican de ordinario una verdadera condición, su empleo puede sin embargo no constituir más que un simple modo. Es lo que tiene lugar, por ejemplo, en una disposición así concebida: Yo lego a Pedro la suma de 20.000 francos si él mantiene a mi viejo sirviente, o bien a condición de que me hará erigir un monumento. Recíprocamente, el empleo de las expresiones a cargo de, para, etc., que marcan ordinariamente una simple carga, pueden, según la naturaleza de la disposición, constituir una verdadera condición. Es así, por ejemplo, que un legado hecho con la carga para el heredero de casarse o desposar a una persona determinada, sería considerado más bien como condicional que como modal" (*Droit Civil Théorique Français*, t. VII, pág. 377 nota 6).

Los autores proponen diversos sistemas para diferenciar la condición del modo, aunque la cuestión es muy delicada. Así, Planiol y Ripert sostienen que "la condición va impuesta sobre los bienes mientras que la carga va impuesta a la persona" (obra citada, t. V, página 487, N.º 471). Para Josserand el "criterio más acertado es el que se desprende del carácter económico y objetivo de la carga, la cual tiende a imprimir a los bienes comprendidos en la liberalidad cierta afectación, un estatuto jurídico determinado, mientras que la condición potestativa interesa sobre todo a la persona, al estatuto personal del favorecido" (obra citada, t. III, V. III, pág. 184, N.º 1534).

Ante la dificultad que puede presentar en el hecho la distinción de la asignación modal de la condicional, los autores están conformes en aceptar, en caso de duda, que debe el intérprete inclinarse en un sentido favorable al modo, "que representa menos limitación de la disposición para el heredero o legatario" (Santamaría, obra citada, t. 1, pág. 782; Díaz Cruz, obra citada, pág. 473 N.º 4). El Código de España, por el artículo 797, da esta solución, cuando expresa: "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 entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad" (inc. 1).

**77. —Cumplimiento del modo:—**El modo debe ser cumplido por el asignatario o por sus herederos, "si consiste en un hecho tal, que para el fin que el testador se haya propuesto sea indiferente la persona que lo ejecute" (art. 1095).

En principio, pues, es el instituido quien debe cumplir el modo, pues es a él a quien el testador le impone la obligación de realizar el fin que tuvo en vista al realizar la liberalidad (art. 1089). Si no puede cumplirlo, por haber fallecido y es indiferente la persona que deba realizar ese fin, se trasmite la obligación a los herederos del asignatario sub modo.

Si el asignatario modal renuncia a la herencia o al legado y pasa la asignación a un tercero —por acrecimiento, sustitución, etc.— el modo debe ser cumplido por aquel que, en definitiva, hace suya la herencia o el legado (art. 1068 inc. 1). Como ha dicho un fallo, "si por falta, repudiación, muerte o inhabilidad de un asignatario modal, lo asignado pasó a los herederos abintestato del testador, dichos herederos deben pagar las cargas, prestaciones y obligaciones que la dicha asignación lleva consigo" (Gac. 1900, t. 1, N.º 1043, pág. 995). Es bien entendido que esta regla recibe aplicación si no se ha tenido en vista, por el disponente, el talento a aptitud personal del asignatario primeramente instituido.

En cuanto al tiempo o a la forma en que debe ser cumplido, es la voluntad del testador la regla primera y principal a la cual debe atenerse el asignatario modal. Si el testador no ha manifestado su voluntad cabalmente sobre estos extremos, "podrá el juez determinarlos, consultando en lo posible la voluntad de aquél y

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

105

dejando al asignatario modal un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte del valor de la cosa asignada" (art. 1094). Los jueces, en principio, no pueden señalar plazos para cumplir con una obligación (art. 1494); pero en este caso la ley les atribuye esa facultad, mayormente cuando el testador no ha fijado plazo alguno.

Si el testador nada ha manifestado sobre el plazo en que el modo debe ser cumplido, quiere decir que desde el momento mismo en que el asignatario ha entrado a gozar de la herencia o legado debe cumplir, de manera que la petición hecha por quien tenga facultad para ello con el objeto de que el juez fije el plazo importa, en el fondo, exigir el cumplimiento del modo.

La obligación de realizar el fin que se propuso el testador, al instituir la asignación modal, es prescriptible, de manera que transcurrido 10 años sin que esa obligación se haya cumplido se encuentra prescrita, debiendo ser desestimada la demanda enderezada a tal fin (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. XXXVII, seg. parte, sec. I, pág. 348).

**78.—Modo imposible:—**Pero la voluntad del testador, en cuanto a la ejecución del modo, tiene plena eficacia siempre que ella sea legal y físicamente posible. Dispone el artículo 1093 lo siguiente: "Si el modo es por su naturaleza imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición.

"Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la sustancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez, con citación de los interesados.

"Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se hace enteramente imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen".

Resulta, de esta disposición, que el modo impone obligación de cumplirlo si es:

a) **Físicamente posible:—**Esto quiere decir que debe estar de acuerdo con las leyes de la naturaleza física. La imposibilidad de que trata la ley es la absoluta, esto es, la que se presenta como

tal para todos y no solamente para el asignatario modal. Hoy en día, por ejemplo, es físicamente imposible el legado para que se construya una escuela en Marte. El modo físicamente imposible invalida la disposición (artículo 1093 inc. 1.º).

Debe tratarse del modo que "es por su naturaleza imposible": tales son los términos del art. 1093 inc. 1.º. Entendemos por tal el que era imposible a la fecha del testamento y a la época en que debe ser cumplido. Es ese el modo que tiene el efecto de invalidar la disposición testamentaria.

Si el modo se hace enteramente imposible, sin hecho o culpa del asignatario, es decir, a la época en que debe ser cumplido, subsistirá la asignación sin el gravamen (art. 1093, inc. 3). Ha fallecido, por ejemplo, el beneficiario.

Cuando el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se ha hecho imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la sustancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez, con citación de los interesados (art. 1093, inc. 2). Se ha dicho ya que el modo, a diferencia de la condición, puede ser cumplido en forma equivalente a lo prescrito por el testador. Se trata, por ejemplo, del legado para construir una escuela en un lugar determinado, que ha sido ya construida en ese sitio al ser cumplido el modo.

Lo que no se ha previsto es el incumplimiento del modo por hecho o culpa del asignatario. Según Claro Solar, la asignación queda sin efecto (obra citada, T. XIV, pág. 480, N.º 976). La solución, rigurosamente exacta cuando hay cláusula resolutoria, no lo es para otras situaciones, pues creemos que deben, en tal caso, ser aplicadas las reglas generales sobre incumplimiento de las obligaciones, o sea, procede la correspondiente indemnización de perjuicios; pero no la pérdida de la asignación modal, ya que esta sanción está prevista para el caso de que haya cláusula resolutoria o, al menos, cuando el modo "es por su naturaleza imposible" (art. 1093, inc. 1).

**b) Legalmente posible:**—El fin para el cual se destina la asignación debe ser conforme a la ley y a las buenas costumbres, pues "el inductivo a hecho ilegal o inmoral, invalida la disposición" (art. 1093, inc. 1). Reitera el Código, para el modo, la regla que

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

107

había previsto para la condición legalmente imposible (art. 1480). El modo es inductivo a un hecho ilegal o inmoral cuando consiste en realizar un fin prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público (art. 1461); y

c) **Inteligibilidad:**—Por último, el modo debe ser concebido en términos inteligibles, pues de lo contrario no vale la disposición (art. 1093, inc. 1). Esto acontece cuando los términos empleados por el disponente hacen imposible saber cual es el fin que se ha propuesto con la asignación modal. Es la misma regla que el art. 1480 señala para las condiciones ininteligibles.

En otras legislaciones, a propósito de modo imposible o ilícito, se sigue una regla diversa. Por el artículo 647, inc. del Código Civil de Italia, "La carga imposible o ilícita se considera no puesta; sin embargo, hace nula la disposición si ha constituido el único motivo determinante de ella".

79.—**Beneficio modal:**—En relación con el cumplimiento del modo surge el problema de si es necesario, para encontrarnos frente a una asignación modal, que el instituido en la herencia o legado obtenga un lucro de la asignación. En otros términos, si puede existir asignación sub modo cuando el testador ordena aplicar al fin especial previsto por él la integridad de la herencia o legado.

De los artículos 1089 y muy especialmente del 1094, parecería desprenderse esta exigencia. Así lo entiende Claro Solar (obra citada, T. XIV, N.º 979, pág. 481). Es lo que ocurre en el hecho; pero pensamos que no se desnaturaliza la disposición testamentaria por la circunstancia de que todo el as hereditario, o la integridad del legado, sean destinados a los fines previstos por el testador. Al fin de cuentas, el instituido verá si acepta o repudia la asignación; pero si la acepta tendrá que cumplir el modo, aunque en ello invierta todo o más de lo que vale la asignación. No podría en ningún caso sostener que, aun aceptada por él la asignación, deba reportarle ella una ventaja pecuniaria, equivalente a la quinta parte del valor de la cosa asignada, pues esa situación se ha previsto sólo en el caso de que trata el artículo 1094.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la situación tan especial de que el asignatario modal pueda solicitar la rescisión

de la aceptación, en el caso de lesión grave a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptar la asignación submodo (art. 1234). Pero fuera de este caso, el modo deberá cumplirlo, pues libre fue para aceptar o repudiar la herencia (art. 1225). La jurisprudencia, aunque sin tratar directamente del problema, así lo ha considerado, al resolver que "la calidad de heredero universal no se pierde ni se desnaturaliza por recibir el asignatario encargo de aplicar el todo o una parte de los bienes a un fin especial (Rev. t. VI, seg. parte, sec. 1, pág. 481, cons. 2).

Como lo expresa Díaz Cruz "cuando el gravamen impuesto está en desproporción con la cuantía del legado, el legatario puede perfectamente escoger entre no aceptar el legado, o aceptarlo y cumplir con el gravamen". (obra citada, pág. 478, N.º 7.º).

La ley 4,827, sobre atribuciones de los Bancos comerciales e hipotecarios para desempeñar comisiones de confianza, entiende, sin embargo, que cuando el asignatario modal es alguna de estas instituciones debe siempre llevar un beneficio económico, hasta el extremo que "No regirá para los Bancos el mínimo de remuneración que señala el artículo 1094 del Código Civil"; pero fuera de estas asignaciones sub modo, la cuestión queda librada al intérprete y a los Tribunales de Justicia.

**80. — Resolución de la Asignación modal. Cláusula resolutoria.**—En las asignaciones modales se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo (art. 1090, inc. 1.º). En las asignaciones sub modo no se aplica, sin más, la regla de los contratos bilaterales en que va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por una de las partes lo pactado, situación en que nace para la parte cumplidora el derecho de pedir el cumplimiento o la resolución del contrato (art. 1489). No hay en las asignaciones modales condición resolutoria subentendida, pues es regla de que no se entenderá esta cláusula si el testador no la expresa (art. 1090, inc. 2), salvo en las que se hagan a los Bancos, pues en tales casos "se entenderá que la asignación modal envuelve siempre cláusula resolutoria" (art. 1.º, letra g), de la ley 4.827).

DE LAS ASIGNACIONES SUJETAS A MODALIDADES

109

La existencia de la cláusula no implica que el asignatario es libre para no cumplir el modo. Al contrario, con ella se le obliga, indirectamente, a su cumplimiento, pues si no lo hace deberá restituir la cosa asignada y sus frutos, que tratándose de los legados de dinero serán los correspondientes intereses.

La resolución no se produce de pleno derecho, como cuando se trata de una condición resolutoria ordinaria. Ya se ha expresado que es necesaria la resolución judicial, apoyada en el incumplimiento del modo (supra N.º 76). Interesados en la resolución serán, por ejemplo, los sustitutos, los coherederos o legatarios, si hay entre ellos derecho de acrecer; etc.

El derecho a solicitar la resolución es prescriptible. Si los interesados dejan transcurrir, desde que el asignatario ha debido cumplir el modo sin hacerlo, más de diez años, la resolución no podrá ya prosperar.

Mediante la cláusula resolutoria logra el testador, en otro sentido, obtener que el fin en beneficio exclusivo del asignatario modal sea una verdadera obligación y se cumpla, bajo la sanción ya señalada (art. 1092).

81.—Efectos de la resolución:—Cuando opera la resolución, el asignatario sub modo debe restituir la cosa asignada y los frutos. Pero la aplicación estricta de esta sanción podría importar un perjuicio para el beneficiario del modo, por lo que "siempre que haya de llevarse a efecto la cláusula resolutoria, se entregará a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo una suma proporcionada al objeto, y el resto de la cosa asignada acrecerá a la herencia, si el testador no hubiere ordenado otra cosa" (art. 1096 inc. 1.º). De esta manera, el incumplimiento del modo no perjudica al beneficiario; pero el asignatario a quien se ha impuesto el modo no gozará en caso alguno del beneficio que, con el acrecimiento, pudiera resultarle, pues en caso afirmativo se aprovecharía de su propia negligencia (art. 1096, inc. 2).

Enseña Claro Solar, a propósito de la sanción prevista por el art. 1096, inc. 1.º, que el beneficio que se le atribuye al beneficiario del modo debe ser en provecho del propio asignatario modal, si el modo fue establecido en su exclusivo beneficio, ya que esa norma "tiene cabida siempre que haya de llevarse a

efecto la cláusula resolutoria" (obra citada, t. XIV, pág. 477), No lo consideramos así, pues el inc. 2 del sobre dicho artículo 1096, sin distinguir en provecho de quien es el modo, establece claramente que "El asignatario a quien se ha impuesto el modo no gozará del beneficio que pudiera resultarle de la disposición precedente", sin que haga distinción alguna de que esta parte sea aplicable solamente en cuanto al beneficio que pudiera resultarle del acrecimiento previsto en el recordado inc. 1.º del artículo 1096. Y es bien cierto el principio de que donde la ley no distingue no puede distinguir el intérprete.

¿Qué de los efectos respecto de terceros? El asignatario modal es el dueño de la herencia o legado, según ya se ha dicho (supra N.º 74). Ha podido enajenar los bienes asignados modalmente, de manera que al llevarse a efecto la cláusula resolutoria esos terceros ¿quedarán afectados con la resolución? Así lo pensamos, pues no podría tener cabida la resolución del derecho del asignatario modal y la correspondiente acción restitutoria, si no pudiera el interesado en la extinción del derecho del heredero o legatario moroso accionar frente al tercero adquirente. Es una situación semejante a la prevista para la condición resolutoria en los artículos 1490 y 1491, aunque en ellos no se aluda de una manera particular al modo, pero sí trata del dominio sujeto a una condición resolutoria, y la cláusula resolutoria es, en el fondo, una condición de esta naturaleza.

82. —**Renuncia del beneficiario:**—El beneficiario del modo puede, sin duda, renunciar a tal beneficio. Se trata de un derecho que mira a su exclusivo interés (artículo 12). El efecto será descargar del cumplimiento del modo al asignatario obligado a cumplirlo. El provecho será en beneficio exclusivo del instituido, no pudiendo sus coherederos o colegatarios reclamar para sí parte alguna del beneficio inesperado que llega al asignatario sub modo.