
DEL MODO TESTAMENTARIO

RAÚL ANIDO BONILLA*

Resumen: Se analiza el modo como disposición testamentaria, por la que se concretiza la causa testamentaria, en la que la asignación al gravado se presenta como parcialmente instrumental en atención al fin perseguido en aquél, que implica un acto de destinación, y, por consiguiente, una afectación en toda o parte de la herencia. Asimismo se postula la existencia del modo, de naturaleza obligacional, como disposición testamentaria autónoma, que se distingue del legado en razón de la voluntad testamentaria y el interés que por ella se persigue.

Palabras clave: Modo. Destinación. Afectación. Voluntad testamentaria.

Sumario: 1.- Del modo contractual al modo testamentario. 2.- Del modo testamentario como concreción de la causa. 3.- El modo obliga pero no suspende. 4.- Entre el modo y la simple recomendación. 5.- De la relación de sentido del modo en beneficio del gravado. 6.- Del querer del testador. 7.- Del modo como disposición testamentaria sustancial. 8.- De la obligación de aplicar algo a un fin especial. 9.- De los vínculos de destinación en el planteo de M. BIANCA. 10.- Del fideicomiso testamentario como acto de destinación. 11.- De la destinación de bienes a favor de una fundación. 12.- Del cumplimiento del modo a través de prestaciones aisladas. 13.- Del modo como afectación del *jus utendi*. 14.- De las cargas hereditarias. 15.- Del modo ante el legado. 16.- Del modo como disposición autónoma.

1.- Del modo contractual al modo testamentario

Entre los “elementos accidentales del negocio jurídico” se incluyen la condición, el plazo y el modo. Pero, por “accidentales”, entendemos que pueden o no estar presentes en el respectivo negocio; pero que, de estar, se integran en la respectiva declaración de voluntad, y en el caso de los negocios bilaterales, en los respectivos acuerdo causal y de objeto. Así, refiriéndose a la condición, Rubino¹ nos decía que no es posible distinguir entre los diversos elementos del supuesto de hecho en el sentido de que algunos sean causa y otros sean condición. Mientras que Falzea² calificaba la condición como “con-causa externa, futura e incierta”. A lo que Vallet de Goytisoló³ agregara que no hay duda que la condición puede a veces actuar como causa y también que en otras ocasiones influye sobre la causa mediatizándola, calificándola y conectándola con la realización del evento condicionante. De ahí que se preguntara ¿Cómo separar el *animus liberal* de la condición que se hace depender la donación? Así nos decía que la *causa donandi* queda

* Escribano público. Profesor Titular de “Investigación jurídica y práctica notarial” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay). ORCID id: <http://orcid.org/0000-0002-6194-6102>. raulanido@hotmail.com

1 Domenico RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano-1939, pág. 111

2 Angelo FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano-1941, pág. 21

3 Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre donaciones*, Editorial MONTECORVO, Madrid-1978, pág. 378

afectada e involucrada con aquella *condicio* a la que se supedita la donación. Y ello, que se escribiera en relación a la donación, es íntegramente trasladable al negocio testamentario y, concretamente, a la respectiva voluntad testamentaria. De ahí que en nuestro Código Civil se nos hable, en el artículo 1644, de donaciones por *causa de matrimonio*; viendo como la condición causaliza la donación. Ahora cada elemento accidental de aquellos se presenta en el negocio testamentario, y en la misma voluntad testamentaria, en diferente medida y perspectiva. Veamos cómo se nos presenta el modo.

Del modo, como elemento accidental del negocio jurídico, en nuestro Código Civil, se trata en el título “De las donaciones”, en el capítulo “de la naturaleza de la donación y de sus diferentes especies”, disponiéndose, en el artículo 1615 que “se requiere en la donación onerosa que el modo o gravamen impuesto al donatario y apreciable en dinero no sea equivalente al valor del objeto donado”, y, en el artículo 1632, que “la donación onerosa es rescindible cuando el donatario estuviere en mora de cumplir las obligaciones que se le han impuesto”, y que “ejercitándose la acción rescisoria, será considerado el donatario como poseedor de mala fe para la restitución de las cosas donadas y los frutos, siempre que, sin causa grave, hubiese dejado de cumplir la carga impuesta.”

Y, el modo, también como elemento accidental del negocio jurídico, en nuestro Código Civil, se trata en la regulación “De la sucesión testamentaria”, en el capítulo “De las condiciones, plazo y objeto de o fin de las disposiciones testamentarias”, en el artículo 956 y siguientes.

Sin embargo, Romagno⁴, entre otros, ha marcado la diversidad del modo contractual (en el mundo de los contratos gratuitos) al modo testamentario; en cuanto, en éste, el testador no se limita a agregar al que llama el negocio principal un efecto ulterior y secundario que reduce la utilidad derivada del respectivo contrato gratuito. En el testamento, lo que es extensible a todo negocio *mortis causa*, el modo se presenta con tal relevancia que relega a un segundo plano la atribución dispuesta a favor del gravado por él. Así, nos dice Romagno, la relación entre disposición atributiva y modo se presenta, en el negocio testamentario, invertida a como se regula en materia contractual. Por ello, en el ámbito sucesorio, la atribución a favor del gravado (heredero o legatario) presenta una función preparatoria o instrumental a fin del cumplimiento de la respectiva obligación modal. Ello aún cuando se sostenga que el modo, a diferencia de la condición o del plazo, implica una extensión de la voluntad manifestada en la disposición a la que accede, más que una limitación a la misma.

Así Santoro Passarelli⁵ escribía que el modo no modifica los efectos típicos del negocio, sino que a ellos suma otros. Pero también nos decía que la resolución de la donación “cuando el donatario estuviere en mora de cumplir las obligaciones (modo) que se le han impuesto” no depende de un defecto funcional de la causa, como sí sucede en los contratos sinalagmáticos. En ello hallamos presente la diferencia de *ratio legis* entre el modo contractual y el testamentario, que determina, por ejemplo, en la donación, que la resolución de ella (de las obligaciones emergentes de la misma) determina la pérdida de

4 Giuseppe Werther ROMAGNO, *Modus e tutela del legittimario*, Jovene editore, 2015, pág. 26

5 Francesco SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Jovene casa editrice, Napoli, 1957, pág. 186

la respectiva utilidad para el beneficiario del modo; mientras que, en caso de resolución de la asignación hereditaria o legataria, por incumplimiento del modo, igualmente “se deberá entregar a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo una suma proporcionada al objeto” (artículo 963).

2.- Del modo testamentario como concreción de la causa

Por lo cual creemos, retomando la citada afirmación de Santoro Passarelli, que en la donación el modo no se concretiza como causa ni tampoco como concausa, sino, diríamos, solo como una, llamémosla, “subcausa”. De ahí que nos diga que la resolución de la donación por incumplimiento del modo no se debe a un defecto funcional de la causa. Mientras que, en el testamento, el modo se integra en la causa testamentaria.

En relación a la causa, G. Ferri⁶ nos decía que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico, desarrolla un rol coordinador de la íntegra operación económica en él contenida, en sus elementos subjetivos y objetivos. A lo que agregaba que el rol de la causa no es confundible ni con la voluntad, en los negocios unilaterales, ni con el objeto; sino que representa el elemento de cohesión entre estos dos elementos, expresa la tensión de la voluntad hacia un bien, el interés que a través del negocio jurídico quiere alcanzar, o sea, la función que el negocio presenta para quien lo otorga. De ahí que nos presente la causa como función económica-individual que desarrolla un rol unificador.

En la regulación del modo testamentario, presente en nuestro Código Civil, hallamos expresiones tales como “la sustancia de la disposición” (artículo 960 inciso segundo) y “la voluntad de aquél” (del testador). El testador otorga el testamento, disponiendo “del todo o parte de sus bienes, para después de la muerte” (artículo 779). Y, entre las disposiciones que determinan el contenido típico del testamento, se encuentra el modo, que, como disposición testamentaria, es ejercicio de la “libertad civil” del testador, de su concreta “voluntad”, que presenta “la tensión” de ella “hacia un bien”: la utilidad o beneficio de la persona en cuyo favor se ha constituido el modo” (artículo 963) derivada de lo que “deja a una persona” (otra persona, el heredero o el legatario). Así apreciamos en el modo testamentario una concreción de la causa testamentaria, y también vemos cómo la asignación hereditaria o legataria que se grava con el modo presenta un rol instrumental hacia la consecución del fin en que aquél se concretiza. Por lo que coincidimos con el referido planteo de Romagno.

La regulación del modo testamentario en nuestro Código Civil se incluye en el capítulo VII, “De las condiciones, plazos y objeto o fin de las disposiciones testamentarias”, del título IV, “De la sucesión testamentaria”. Y, precisamente, “el objeto o fin de las disposiciones testamentarias” se liga necesariamente con el modo testamentario. Así hallamos a nivel textual, en nuestro Código Civil, la concreción de la causa testamentaria en el modo. Aunque dicho texto se corresponde al título del respectivo capítulo “De la

6 Giovanni B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano-1966, pág. 370-371

sucesión testamentaria”, no correspondiéndose a disposición, y por consiguiente, norma alguna de la respectiva regulación. Dicho texto, principalmente, llevó a que Vaz Ferreira⁷ sostuviera que la naturaleza del modo se encuentra en la causa.⁸

Pero la relación del modo testamentario con la causa testamentaria ya se hallaba en la ley de Partidas (6, 9, 21), en la que se hablaba de “De las condiciones, e razones, e maneras que pueden ser puestas en las mandas”, agregándose que “*En cada una destas tres maneras sobredichas, ha su manera cierta en latín, porque se pone. Ca la primera se faze con “si”, la segunda con “quia”, e la tercera con “ut”*”. Así se ligaba el modo con la razón del testamento, viéndose nuevamente cómo el modo integra la voluntad testamentaria por la que una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte (artículo 779), la causa testamentaria.

Así Vallet de Goytisolo⁹ nos dice que, en la parte que esta ley de Partidas dedica a explicar la causa, dice: “*Otrosí, los fazedores de los testamentos ponen razones en las mandas, quando las fazen. E a esta razón llaman en latín causa. Es esto es, como quando dice el testador: Mando a fulano cient marauedis, por servicio que me fizo. E tal razón como esta cata siempre al tiempo pasado. E la manda que assi fecha dezimos, que magüer la razón que es puesta en ella non sea verdadera, vale, e puede luego demandar tal manda aquel a quien es fecha, e due ser entregado della.*” Además nos recuerda que Gregorio López¹⁰, al glosar la palabra causa en dicha ley, recuerda que Bartolo definió la causa como “*quid praeteritum, vel instans quo impellimur, ut aliquid disponamus*”; y Baldo dijo que “*causa est adjectio, motiuvum finale vel impulsivum testatoris ostendens.*” En dichos textos vemos cómo hallamos dos acepciones de la causa, una como mera razón o motivo, que se corresponde al texto del artículo 788 de nuestro Código Civil, en que se nos habla de “la falsedad de la causa o del motivo expresado por el testador...que el testador ha querido hacer depender la eficacia de la disposición de la existencia del motivo aducido para ella”, y otra como *motiuvum finale*; en la que encontramos el interés que a través del negocio jurídico se quiere alcanzar de que nos hablara G. Ferri.

3.- El modo obliga pero no suspende

En el artículo 956 de nuestro Código Civil leemos que “Cuando se deja 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.” “Si pareciere dudosa la intención del testador se juzgará que la disposición es modal”.

7 Eduardo VAZ FERREIRA, *Tratado de las sucesiones*, tomo III, Montevideo-1975, pág. 180 y ss.

8 Sin perjuicio de decirnos, además, que la misma conclusión se desprende del artículo 956, en que se halla la expresión “con la obligación de aplicarlo a un fin especial”; recordándonos cómo García Goyena usaba las palabras “objeto o aplicación”. Y, por fin, Vaz Ferreira, funda su postura en el texto del artículo 959 del Código Civil, en el que se lee que “si el modo es en beneficio exclusivo de aquel a quien se impone, se mirará como simple declaración de voluntad que no encierra obligación jurídica, salvo que lleve cláusula resolutoria.” A lo que agrega “aceptar que puede haber modo donde falta una obligación jurídicamente eficaz es característico de la teoría que equipara el modo a la causa”.

9 Ob. cit. pág. 412-413

10 Citado por Vallet de Goytisolo, ob. cit. pág. 412

Nin y Silva¹¹ indica como fuente de dicha disposición los artículos 1089 del Código Civil Chileno, el artículo 714 del Proyecto García Goyena, el artículo 797 del Código Civil español, y en los artículos 3774 y 558 del Código Civil argentino.

En el artículo 1089 del Código Civil Chileno se agrega, en un único inciso, que “El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada”, lo que nuestro Código Civil dispone en el artículo 957, estableciendo que “El modo no suspende la adquisición del derecho ni su ejercicio.” “Lo dejado modalmente puede pedirse desde luego, sin necesidad de dar fianza de restitución para el caso de no cumplirse el modo”. Lo que ya era explicado por Scaevola¹² (*Dig. 35, 1, 80*), distinguiendo la condición del modo, nos hablaba de atribución *si monumentum facerit y ut monumentum faciat*. Y que Vallet de Goytisoló¹³, resumiendo las posturas doctrinaria y jurisprudencial referentes al modo, marcara a través de la expresión de que “el modo obliga pero no suspende”.

4.- Entre el modo y la simple recomendación

Scaevola también diferenciaba el modo de la simple recomendación sin efecto jurídico, aunque ese deslinde concreto, nos decía, dependa de la interpretación de la voluntad del testador (*Dig. 33, 1, 7*); de “la voluntad de aquél” de que nos habla el artículo 961 de nuestro Código Civil.

En el artículo 959 de nuestro Código Civil se dispone que “Si el modo es en beneficio exclusivo de aquel a quien se impone, se mirará como simple declaración de voluntad que no encierra obligación jurídica, salvo que lleve cláusula resolutoria.” Nin y Silva¹⁴, en sus notas, nos indica como fuente de esta disposición el artículo 1092 del Código Civil chileno¹⁵. Sin embargo, entre un texto y otro hallamos diferencias, en cuanto, en el chileno, leemos que, en tal caso, el modo “no impone obligación alguna” pero nada dice que se mire como simple declaración de voluntad.

Ante tal disposición, Vaz Ferreira sostiene que desde que el artículo 959 admite que el modo puede no encerrar obligación jurídica, inevitablemente debe aceptarse que la obligación no es de la esencia, ni debe por tanto incluirse en la definición del modo; debiendo concretarse siempre en una aplicación de bienes que integran la herencia o el legado. Frente a lo cual Gatti¹⁶, basándose en la misma disposición, nos dice que ella excluye hasta la más remota posibilidad de aceptar la teoría de la causa final. Ello en cuanto, desde que, los que encuentran la naturaleza del modo en la causa, el modo *simplex* no solamente es modo, sino que es el verdadero modo, y si nuestro legislador hubiera consagrado esa teoría, el caso contemplado en el artículo 959 sería el modo típico, y por lo tanto no hubiera sido necesario establecer una disposición expresa diciendo que en

11 Ob. cit. pág. 362

12 Citado por Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del derecho de sucesiones. I. Fundamentos*. Civitas, Madrid-1982, pág. 404

13 Ob. cit. págs. 405-406

14 Ob. cit. pág. 363

15 “Si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria.”

16 Ob. cit. pág. 122

tal supuesto es igualmente un modo. A lo que agrega que, al aclarar el legislador que cuando el modo es en beneficio exclusivo de aquel a quien se impone, el modo se mira como una simple declaración de voluntad que no encierra obligación jurídica, es porque implícitamente da por establecido y admitido, que en todos los otros casos, que es la generalidad de los casos, el modo encierra una obligación jurídica.

Si, en el texto del artículo 959 antes transcrito, acudimos al significado de mirar, hallamos entre sus acepciones¹⁷, la de “pensar, juzgar”. Así podríamos leer dicha disposición como “si el modo es beneficio exclusivo de aquél a quien se impone se juzgará como simple declaración de voluntad”, la “simple recomendación” de que nos hablaba Scaevola. Pero, a su vez, “juzgar”, según el significado de la Real Academia Española, entre sus acepciones presenta la de “afirmar, previa la comparación de dos o más ideas, las relaciones que existen entre ellas.” Y la relación, en dicha disposición, es que, ante tal supuesto, la declaración se juzgue como mera recomendación.

En el caso, el verbo mirar se acompaña del vocablo *se*. Caumont¹⁸, refiriéndose al la distinción entre contratos gratuitos y onerosos, nos ha dicho que dicho vocablo marca la absoluta “impersonalización”, “la total desubjetivación”, en fin, la completa objetivación del punto, alejando precisamente del señorío volitivo de los componentes personales del lazo obligacional toda posibilidad de imponer su impronta. Si seguimos tal postura nos encontramos, ante el supuesto planteado en la disposición, de una necesaria consecuencia (que el modo no encierra obligación jurídica), la que solo se podrá evitar mediante la inclusión de la cláusula resolutoria. Por tal vía llegaríamos a la conclusión que la “libertad de querer” del testador, de entender y obtener tal “disposición” como modo sólo es admisible a través de la cláusula resolutoria. Por lo cual dicho “se mirará” se hallaría sólo implicado de una lógica objetiva.

5.- De la relación de sentido del modo en beneficio del gravado

Arcos Llorach¹⁹ indica que el pronombre “se” entre los que carecen de acento en su significante y, por ello, requieren combinarse en la secuencia con otra palabra (un verbo o un derivado verbal). Asimismo Arcos Llorach²⁰, al estudiar el reflexivo *se*, nos dice cómo, en casos como el citado, “la experiencia que se comunica se reduce a manifestar una actividad y lo afectado por ella”, configurando una construcción impersonal. Impersonal sí, pero a nivel gramatical –afirmamos nosotros-. Pero aún, en dicho campo, Arcos Llorach²¹ enseña que el verbo combina un signo de referencia léxica (que sería el predicado) y un signo complejo de referencia gramatical (con significado, entre otros, de *persona*, que sería el sujeto gramatical). Y –continúa- ambos signos se presuponen mutuamente y son imprescindibles para que haya verbo. Pero no solo eso, sino que, agrega, “sus respectivos significantes no siempre son separables: con cierta frecuencia

17 Conforme el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22ª edición

18 Arturo CAUMONT, “Situaciones arrendaticias especiales. Comodato modal. Situación de la ex concubina. Ocupante del inmueble arrendado” en Jornadas de arrendamientos urbanos, Editorial Universidad, pág. 109

19 Emilio ALARCOS LLORACH, *Gramática de la lengua española*, Espasa, 15ª reimpresión, marzo de 2006, pág. 86

20 Ob. cit. pág. 259

21 Ob. cit. pág. 171

están amalgamados.” Así, no podemos entender la disposición sólo en función del verbo y del uso del reflexivo *se*; sino en razón del significado de todas sus palabras, para, a partir de ellas, de su *ratio*, de la regulación y la “lógica de la materia”, entenderla y hallarle su sentido.

Veamos dicha disposición desde la perspectiva del testador. En relación a él, si analizamos la disposición desde una perspectiva objetivista, ella deviene una norma imperativa. Y, ya Bobbio, al analizar la voz norma jurídica²², ha ligado las normas imperativas a las prohibitivas. Lo que Villa²³ compartiera y aclarara, afirmando que toda norma preceptiva conlleva lógicamente una serie de prohibiciones; siendo siempre traducible en términos de prohibición. De ahí que leeríamos aquella disposición como la concreción de una prohibición: la de imponer un modo en beneficio del mismo gravado. Salvo, claro está, que el modo se acompañe de una cláusula resolutoria.

Pero no cualquier norma jurídica es imperativa, sino sólo aquella que se halla basada en una *ratio* que determine la inquebrantable imperatividad (o prohibición). Así Endemann²⁴ nos hablaba de la *ratio* de la prohibición, y Villa²⁵ nos dice que la norma imperativa es aquella inderogable en protección del interés público y general. Por lo que, si la imperatividad de una norma se basa en criterios de interpretación fundados en la *ratio* de la misma, nos alejamos de ver en la disposición contenida en el artículo 959 del Código Civil una norma imperativa. Es más, en ella, sólo vemos un límite a su libertad de testar. Pero veamos qué tal fuerte es dicho límite.

Veámoslo a nivel del significado. Lyons²⁶ nos ha dicho que “el sentido de una expresión es, simplemente, el conjunto de relaciones de sentido que se mantienen entre dicha expresión y otra cualquiera”. Y que²⁷ “cuando consideramos las palabras como unidades dotadas de significado, también hemos de enfrentarnos al hecho de que una forma puede estar asociada con varios significados...y que el mismo significado puede estar asociado con diferentes formas...” Así, retomando las enseñanzas de C.S. Peirce, nos habla de palabras como muestras y palabras como tipos. Y, como ejemplo de ello, usa la oración “El que ríe último ríe mejor”, en la que, la misma palabra (ríe) se manifiesta una vez como muestra y otra vez como tipo. Por lo cual se nos impone el deber de encontrar “las relaciones de sentido” que se hallan junto a la expresión “se mirará”, y, que, - junto a ella, componen la disposición. Y, a su vez, si dicha expresión se corresponde a unas palabras muestra o tipo. Y, precisamente, el significado del modo se encuentra en una disposición testamentaria, la que, en principio, se rige por la primacía de la voluntad sucesoria del testador; la que en el Derecho romano se expresara a través del *brocardo Dicat testator et erit lex*, que se concretara expresamente en un pasaje de Ulpiano, y que el Tribunal Supremo de España²⁸ refiriera en la expresión “la voluntad del testador es

22 En Nss. Digesto Italiano, IX, Torino- 1965, pág. 331

23 Gianroberto VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano-1993, pág. 85

24 Citado por VILLA, ob. cit., pág. 15

25 Ob. cit. pág. 87

26 John LYONS, *Lenguaje, significado y contexto*, Paidós, pág. 65

27 Ob. cit. pág. 46

28 Citado por Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del derecho de sucesiones, I, Fundamentos*. Civitas, Madrid-1982, pág. 61

ley de la sucesión". De ahí que González Palomino²⁹ escribiera que en el derecho sucesorio, "salvo las normas de capacidad, forma y legítimas (asignaciones forzosas), todo es derecho dispositivo." Por lo que la relación de sentido de "se mirará" se debe ligar con la voluntad testamentaria, su libertad y el fin por ella buscado. Y, por consiguiente, entre los varios significados, debemos buscar el que se compadezca con el significado del tipo negocial (modo testamentario) que en la disposición se trata. Y, ya desde aquí, retomando enseñanzas de López Jacoiste³⁰, debemos vincular la libertad de testar, la causa y el contenido testamentario, con los derechos de la personalidad, por los que, nos dice, se protege la subjetividad en sí, en los que subyacen siempre exigencias de acoplamiento entre las posiciones y áreas de unas y otras personas; el designio de que cada persona esté en su sitio y sea respetada en él; y en cuya materia la ley se traduce en poco más que mera acogida de principios.³¹ Ello explica que Costa y Martínez³², al analizar la constitución del status individual, nos hable del "derecho de disponer libremente por testamento", comentando que la jurisprudencia de los tribunales considera también los testamentos como otras tantas manifestaciones de la soberanía civil del individuo." Por lo cual, si en el texto del artículo 959 de nuestro Código Civil han una palabra, como unidad dotada de significado, es la palabra "modo", y ella, con todas sus implicaciones es la que la respectiva relación de sentido, la que transitará, creemos, por una vía necesariamente subjetiva.

6.- Del querer del testador

Volvamos a la expresión "se mirará". Ya hemos dicho que en ella se encuentra el verbo mirar con el pronombre reflexivo se. Pero si bien el verbo que se usa es "mirar", "la sustancia de la disposición" (art. 960 del Código Civil) radica en "modo" y "declaración de voluntad", lo que se liga necesariamente con lo que Snell³³ llamara verbos del "querer". Pues el modo, en que se concretiza la causa testamentaria, se integra en el querer del testador por el que se dispone del todo o parte de los bienes. Así estamos ante la expresión del testador que podemos enunciar como "yo quiero", ante la cual Snell escribiría que contiene "el propio deseo, el convencimiento personal de que una situación debería darse", que "aparece como el origen espiritual del obrar". A lo que agrega que el "yo quiero" no solo expresa un convencimiento sobre lo futuro, sino que crea un impulso personal del obrar, se ha ganado algo nuevo y significativo." "Sólo en la antítesis frente al "yo debo" se refiere, con el "yo quiero", el obrar a un acto espiritual preciso, que no sólo anticipa el objetivo de ese obrar, sino que también pone en movimiento el obrar hacia ese objetivo." Y es ese "yo quiero" al que debemos atender, "al convencimiento personal" de que una situación debe darse, por lo que aquella expresión "se mirará" se debe entender necesariamente ligada a los "verbos del querer", en definitiva, al querer.

29 Citado por Juan VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit. pág. 81

30 José Javier LÓPEZ JACOISTE, *Una aproximación tónica a los derechos de la personalidad*, Anuario de Derecho Civil, Madrid-1986, pág. 1071

31 LÓPEZ JACOISTE, ob. cit. pág. 1085

32 Joaquín COSTA Y MARTÍNEZ, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Civitas, pág. 63.

33 Bruno SNELL, *La estructura del lenguaje*, Editorial Gredos, Madrid-1966, pág. 124

Deleuze³⁴, al estudiar la proposición, ha estudiado sus relaciones, y, en la primera, la plantea como la relación de la proposición con un estado de cosas exteriores (*datum*); y, en una segunda relación, presenta la proposición como manifestación. En tal caso, nos dice, “se trata de la relación de la proposición con el sujeto que habla y se expresa”. Así debemos entender la expresión “se mirará” como integrando las reglas de la interpretación testamentaria, ante una proposición de un testador que habló y se expresó.³⁵ Tanto como la expresión “es tenido” contenida en el artículo 857 de nuestro Código Civil significa que en la respectiva disposición se concrete una norma de interpretación testamentaria.

En el artículo 857 del Código Civil se lee la proposición de que “el heredero instituido en una cosa cierta y determinada es tenido por legatario de ella”. Vallet de Goytisolo³⁶, estudiando el artículo 768 del Código Civil español, no consideraba imperativa esta disposición, sino de carácter interpretativo de la voluntad del testador. A través de tal afirmación seguía la postura de Manresa³⁷, quien, escribiera que varias normas en materia testamentaria “se inspiran en primer término en el respeto a la voluntad del testador, base principal de toda recta interpretación de los testamentos y que la ley procura siempre amparar”... “estableciendo, de acuerdo con la Ley 5ª, título 33 de la Partida 7ª, que las palabras (las del testador) debían ser entendidas lisa y llanamente como suenan, a no probarse que la intención fue otra; debiendo asimismo interpretarse ésta mediante la comparación de unas y otras cláusulas del testamento, para fijar su verdadera inteligencia de modo que no se alterasen los verdaderos propósitos del causante”.

Creemos que también en la interpretación del artículo 959 del Código Civil debemos atender al propósito del testador, y que, ante una voluntad clara y cierta (expresa) de imponer el modo en beneficio exclusivo de aquel a quien se impone como obligación jurídica; modo será, y, por tanto, obligación jurídica será. De ahí que ante la ausencia de una tal voluntad clara y cierta es que el modo que pretendiera el testador se entiende como una “simple declaración de voluntad que no encierra obligación jurídica”. Pero, si no hay duda (artículo 787) de que el testador quiso imponer tal modo como una obligación hacia el gravado, y la herencia, modo será. Por consiguiente, entendemos que el modo siempre implica una obligación jurídica.

Un pilar del sistema jurídico es la coherencia, que, como sabemos, en una de las primeras explicaciones que se ella se diera, impone la ausencia de contradicciones. Todos estamos de acuerdo en la proximidad que existe entre el modo, creemos que necesariamente obligatorio, y el legado obligatorio. También muchos creemos en que aún cuando

34 Gilles DELEUZE, *Lógica del sentido*. Paidós, 1ª edición 1989, pág.35 y ss.

35 DELEUZE nos dice que la manifestación se presenta como el enunciado de los deseos y las creencias que corresponden a la proposición. Deseos y creencias –nos dice- son inferencias causales, no asociaciones. El deseo –continúa- es la causalidad interna de una imagen con respecto a la existencia del objeto o del estado de cosas correspondiente; correlativamente, la creencia es la expectativa de este objeto o estado de cosas, en tanto que su existencia debe ser producida por una causalidad externa. De ello no debe concluirse que la manifestación es segunda respecto de la designación: al contrario, ella la posibilita, y las inferencias forman una unidad sistemática de la que derivan las asociaciones. Y, desde el punto de vista de la significación, se consideran siempre los elementos de la proposición como “significado de conceptos que pueden remitir a otras proposiciones, capaces de servir de premisas a la primera.”

36 Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, Anuario de Derecho Civil, Madrid-1955, pág. 171

37 Citado por Juan VALLET DE GOYTISOLO, ob. últ. citada, pág. 171

se trate de dos tipos distintos, a fin del colmar las lagunas en la regulación de uno u otro, debemos mediante la analogía acudir a una u otra regulación. Así, en la regulación del legado, se admite el prelegado. En el artículo 905 del Código Civil se dispone que “el testador puede gravar con legados no sólo a su heredero, sino también a los mismos legatarios; y si éstos aceptaren, deberán cumplirlos, con tal que no importen más de lo que se les deja”. A consecuencia de ello tendremos una relación obligatoria unipersonal, tan relación obligatoria unipersonal como la que se verificará ante un modo en beneficio del mismo gravado.

Por todo ello es que entendemos que el modo testamentario integra la causa testamentaria y, a la vez, concreta una obligación jurídica. Es más, creemos que, a fin de explicar su naturaleza, oponer la causa a la obligación no es más que un sofisma: el sofisma de falsa oposición.

Tanto la causa con la obligación, que, al referirse a la causa final y su vinculación con la causa de la obligación, Wayar³⁸ nos ha dicho que la causa final no es un elemento de la obligación, marcando la impropiedad de hablar de “causa” como sinónimo de “finalidad”; cuando la causa final es un requisito esencial de los actos y negocios jurídicos. Y, en el testamento, la causa final surge de la voluntad testamentaria (del negocio jurídico testamento) que genera la respectiva obligación.

7.- Del modo como disposición testamentaria sustancial

En la regulación “De las condiciones, plazos y objeto o fin de las disposiciones testamentarias”, se trata, precisamente de disposiciones. Así se nos habla de “las disposiciones testamentarias a plazo incierto” (art. 954), de “las disposiciones testamentarias bajo condición suspensiva” (art. 955), de que “la disposición es modal” (art. 956), de “las disposiciones modales”, de “disposición modal” (art. 962), y de “declaración de voluntad” (art. 959). Se liga la noción de disposición con la de precepto, tanto como con la de “acción y efecto de disponer”, y la de declaración.

Sicchiero³⁹ nos plantea la distinción entre cláusula en sentido formal y cláusula en sentido sustancial. Así nos dice que, ante la directiva europea sobre cláusulas abusivas número 93/13 se aprecia la distinción entre *Klausel* y *Bestimmung*. Se trata por tanto de verificar el problema de la ineficacia no referida a la forma sino al contenido dispositivo del acto, hablándose de aspecto formal de la cláusula y su contenido. Se nos recuerda que en la doctrina francesa⁴⁰ no se habla de cláusula sino de “*disposition particulière d'un acte juridique (convention, traité, testament) ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités (prix, date ou lieu d'exécution, etc.), soit de l'assujeter à un régime spécial, parfois neme dérogatoire au droit commun (on parle alors de clauses spéciales).*” Tanto como Carbonnier⁴¹ nos dice que “*le clause est une partie de contrat portant sur un point particulier.*”

38 Ernesto WAYAR, *Derecho Civil. Obligaciones*, I, Depalma, Buenos Aires-1990, pág. 167

39 Gianluca SICCHIERO, “La cláusula contractual” en *Anuario de Derecho Civil*,

40 *Vocabulaire juridique*, dirigida por CORNU, VII, ed. Presees universitaire de France, citado por SICCHIERO, ob. cit. pág. 1642

41 CARBONNIER, *Droit Civil. Les obligations*. Presees universitaire de France, 1991, pág. 42, citado por SICCHIERO, ob. cit. pág. 1642

Le clause est au contract ce que l'article est à la loi". Mientras que en la doctrina italiana hallamos que el término "*clausola del contratto*" puede asumir de hecho dos significados diversos. El primer significado puede denominarse formal: es cláusula cualquier parte del contrato, la que Sicchiero⁴² llama noción formal de cláusula (*klausel, clause, term*). El segundo significado puede denominarse sustancial: es cláusula cualquier proposición que produzca un efecto jurídico, la que Sicchiero ha llamado noción sustancial de cláusulas (*Bestimmung, determinazione*). Como ejemplo de ello Sicchiero plantea la cláusula "el precio de la compraventa es de 15000 □ que se paga al contado", la que, conforme lo dicho, se corresponde a una sola cláusula. Pero, en el plano sustancial, la misma puede dividirse en dos cláusulas ulteriores: el precio de la venta es de 15000□ y el precio se paga al contado. Así describe la cláusula sustancial como "cualquier precepto indivisible del contrato que produzca efectos jurídicos."

El modo, dentro del testamento, como documento, puede integrar una misma cláusula (formal) en la que se determine una asignación hereditaria o legataria, y el modo que la grava. Pero, a nivel sustancial, en tal caso, estaremos ante dos cláusulas: la institución de heredero o legatario, y el modo, por la que, por cada una, el testador dispone del todo o parte de sus bienes. Y, cada una, a su vez, es indivisible. Ello en cuanto cualquiera de ambas proposiciones produce efecto jurídico.

8.- De la obligación de aplicar algo a un fin especial

En el artículo 956 se nos habla de "fin especial". El significado de "fin" lo hallamos en el sentido de "fin último", que en el Diccionario de la Lengua Española⁴³ presenta como significado el de "aquel a cuya consecución se dirige la intención y los medios del que obra".

El fin se encuentra presente en la regulación en materia de obligaciones y contratos, hablándonos en el artículo 1373, en la sección "De las obligaciones con cláusula penal", del "fin expreso"; en el artículo 1381, en la sección de las obligaciones divisibles e indivisibles, "del fin que se han propuesto las partes en el contrato, con la intención..."; en el artículo 1796, en la sección "De las obligaciones del arrendador", de mantener la cosa "en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada".

En materia de derechos reales encontramos la expresión "destino". Así en el artículo 520 del Código Civil se nos habla del "destino de un edificio"; en el artículo 508 de "naturaleza y destino" de las cosas muebles; en el artículo 1904 de "destino ordinario de las cosas pertenecientes al haber social"; y en el artículo 27 letra a de la ley 18308 (de ordenamiento territorial) se nos habla de "la vinculación de los terrenos, instalaciones y edificaciones al destino definido por el instrumento de ordenamiento territorial y al régimen del suelo que les sea de aplicación". Y, entre las acepciones de "destino", el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española⁴⁴ presente el significado de "señalamiento o aplicación de alguna cosa o un lugar para un determinado fin"; mientras

42 Ob. cit. pág. 1645

43 Real Academia Española, 22ª edición, 2001, Ed. ESPASA.

44 22ª edición

que se describe el significado de “destinar” como el de “ordenar, señalar o determinar algo para algún fin o efecto”.

Así vemos como el fin implica destino, el que se liga nuevamente con el querer del testador y la causa testamentaria, y con los mismos bienes afectados por tal fin (destino).

En nuestro sistema jurídico carecemos de una regulación general de los actos de destinación, aunque sí hallamos varios de ellos. En el artículo 2645-ter del Codice Civile se disciplinan los actos de destinación; tratándose de la creación de un vínculo sobre el patrimonio que se presenta como vínculo real, en cuanto oponible a terceros. Así lo presenta Mirzia Bianca⁴⁵, ligándolo al instituto de los patrimonios destinados a un fin específico. Pero, nos dice, la “realidad” del vínculo la entiende no tanto ligada a la creación de un conjunto de obligaciones *propter rem*, sino en la relevancia externa, y, por consiguiente, en la oponibilidad a terceros de un vínculo que nace de la voluntad de uno o varios sujetos. En tal sentido nos advierte, citando a Gazzoni, que el entendimiento del vínculo real como vínculo que implica la creación de un nuevo derecho real ha llevado a parte de la doctrina a considerar el vínculo que se deriva de la citada disposición como meramente obligatorio. Es por ello que Mirzia Bianca nos dice que el carácter innovador del acto de destinación patrimonial disciplinado en dicha disposición no se debe a su fuente negocial, sino en tratarse de un *acto atípico de destinación patrimonial*. En el modo asistimos, sin duda, a un acto de destinación patrimonial; pero dudamos que la destinación patrimonial por sí solo constituya un derecho real que se constituye en el testamento; lo que encontraría su base legal de publicidad registral en el numeral 1° del artículo 17 de la ley 16871.

En nuestra ley registral la oponibilidad del modo testamentario creemos que transitará mediante la inscripción del respectivo certificado de resultancias de autos, tanto como, otro vínculo de destino –el bien de familia constituido mediante el otorgamiento de un testamento–, transita por el certificado de resultancias de autos en que “se hará constar” (artículo 17, numerales 6 y 17, de la ley 16871).

En nuestro decreto-ley 15597 (ley de constitución de bien de familia), se nos dice que “la constitución de bien de familia puede hacerse” “en beneficio de ambos cónyuges o sus descendientes”, “a favor de los hijos del matrimonio o unión concubinaria menores de edad o con discapacidad”, “en beneficio de los hijos naturales menores naturales, reconocidos o declarados tales”, “por toda persona en beneficio de la otra” por “toda persona de contratar” sobre “un inmueble de su propiedad”. Y entre los efectos de la inscripción de la constitución como bien de familia se dispone que “el bien de familia no será embargable por deudas contraídas con posterioridad a su constitución”, como tampoco “sus frutos en un 60% (sesenta por ciento) de la producción anual”, y que “el bien no podrá enajenarse, sino en los casos y en las condiciones admitidas en esta ley.” Aquí, al igual que en el modo, hallamos un vínculo de destinación tipificado legalmente. Es más, creemos que la constitución testamentaria de bien de familia transitará necesariamente por el modo; encontrándonos, así, ante un modo testamentario especialmente nominado y regulado. Además de un vínculo de destinación expresamente previsto como acto inscribible en el Registro de la Propiedad.

45 Mirzia BIANCA, “L’atto di destinazione: problema applicativi” en Rivista del notariato, tomo LX, 2006, pág. 1175

El vínculo real de que nos habla M. Bianca, en la situación que genera el bien de familia, no solo excluye la respectiva finca, y su valor, de la garantía común de los acreedores, sino que también limita el poder de disposición de su propietario; quien “no puede vender el bien de familia en todo en parte, mientras existan hijos menores o cónyuges beneficiados con su constitución” (artículo 10 del citado decreto-ley). Por lo cual, ante este modo, no dudamos de la eficacia real del mismo; compartiendo el planteo de M. Bianca.⁴⁶

9.- De los vínculos de destinación en el planteo de M. Bianca

Mirzia Bianca⁴⁷, al estudiar la oponibilidad de los vínculos de destinación en los patrimonios separados, ha escrito que los patrimonios separados como el *trust* se caracterizan como vínculos reales de destinación que determinan un diverso régimen de circulación de bienes separados. Tales vínculos afectan a terceros, tales como acreedores, modificando, aún, la regla de que todos los bienes del deudor sean garantía de sus acreedores. Sin embargo, nos dice, la bipartición entre vínculos reales y obligatorios de destinación solo puede aceptarse en relación a la naturaleza real o personal del vínculo, pero no en relación a la naturaleza del derecho ni a la oponibilidad del mismo. Mientras que en la doctrina francesa, Guinchard⁴⁸, seguido en la doctrina italiana por De Nova⁴⁹, se ha planteado, en relación al objeto de la destinación, entre destinación personal y destinación real; hallándose el criterio diferenciador en la protección de las persona o del uso y goce de los bienes. En cuanto el vínculo de destinación afecta el uso y goce de los bienes, también en el pensamiento de Guinchard, nos encontramos ante una destinación real.

M. Bianca nos dice que la distinción en relación a la naturaleza del derecho que nace del vínculo y la oponibilidad del mismo permite superar la objeción que se planteara en la doctrina en relación a la creación de vínculos que violenten el principio de número limitado de derechos reales, en cuanto no siempre la distinción y eficacia real implica la creación de nuevos derechos reales. Así nos recuerda cómo la destinación, ligada al derecho de propiedad, era manejada por Confortini⁵⁰, a través de la no asimilación de los vínculos de destinación a las obligaciones *propter rem* y a la consideración unitaria de los vínculos de destinación como situación jurídica subjetiva secundaria de contenido negativo, que desarrolla la función de conservar la destinación convencional o normativamente establecida a uno o varios bienes. Mientras que Alpa⁵¹ sostiene la autonomía de la destinación frente a los poderes dominicales, y Tamponi rechaza la asimilación del vínculo de destinación a las obligaciones *propter rem*.

46 En la misma doctrina italiana, Luminoso nos ha dicho que el acto de destinación regulado por el artículo 2645-ter del Código Civil italiano vincula de manera obligatoria al fin indicado en el acto, atribuyéndole al beneficiario la titularidad no de situaciones reales, sino de simples pretensiones de naturaleza personal. Sin perjuicio, en razón del texto legal, afirma que la oponibilidad a los terceros del vínculo de destinación no basta para hacer de él una relación comparable a la del *trust*.

47 Mirzia BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Cedam, Padova-1996, pág. 208

48 Citada por M. BIANCA, *Vincoli di destinazione...*, cit., pág. 208

49 Giorgio DE NOVA, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, págs. 553 y ss. citado por M. BIANCA, ob. últ. citada pág. 208

50 Massimo CONFORTINI en *Vincoli di destinazione*, citado por M. Bianca, ob. últ. citada, pág. 209-210, nota 72

51 Guido ALPA, *Funzione sociale della proprietà e potere di destinazione*, pág. 47 citado por M. Bianca, ob. últ. citada, pág. 210

Del pensamiento de M. Bianca nos interesa destacar la eficacia real del vínculo de destinación, que en nuestro caso, genera el modo testamentario; eficacia real que distingue de las obligaciones *propter rem* y de los derechos reales, aún limitados.

10.- Del fideicomiso testamentario como acto de destinación

En nuestra ley de fideicomiso (número 17703) se nos habla de una “propiedad fiduciaria” “en beneficio de una persona” que se puede constituir por testamento, en cuyo caso en el certificado de resultancias de autos se hará constar la constitución de la propiedad fiduciaria, y, a través de él, encontrará la respectiva oponibilidad. Además, en tal caso, se confiere al fiduciario “derecho personal a reclamar a los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyan su objeto”. Así, como en el modo, nos hallamos ante una acción personal (obligación) de la que es titular el fiduciario (que sustituye al beneficiario en los restantes casos de modo); pero que, sin perjuicio de ello, implica un nacimiento de un vínculo real que se denomina “propiedad fiduciaria”, en cuanto propiedad afectada por un vínculo de destinación. Por tal vía, en la regulación fideicomisaria, termina aplicándose la postura de M. BIANCA, en cuanto, junto a una relación obligatoria, presenciamos un vínculo real de destinación.

Así, en la misma doctrina italiana, Palermo⁵², refiriéndose al *trust*, nos ha hablado de una “investidura *ex re*” interina e instrumental a fin del otorgamiento de actos aún de extraordinaria administración, al límite dispositiva y de reconversión de la masa de bienes que conforman el fondo del *trust*, dirigidos a la realización del respectivo destino. Así la atribución traslativa asume el fin primario de la destinación del respectivo bien o de la masa de bienes a un fin, conforme lo configurara el disponente. Por tal vía reconocemos en el *trust*, en concreto en el fideicomiso testamentario, una atribución a favor del gravado (heredero o legatario) que presenta una función preparatoria o instrumental a fin del cumplimiento del respectivo destino (la obligación modal) de que nos hablara Romagno y que distingue el modo contractual del modo testamentario. Es así que reconocemos en el fideicomiso y modo testamentario; también con eficacia real.

En tal sentido Palermo⁵³ nos hablaba de la coesencialidad entre la atribución patrimonial, programada por el disponente, y el fin específicamente perseguido. Tanto como Palermo⁵⁴ nos habla de una fusión en un reglamento unitario del intento atributivo con el intento “destinatorio”. Por tal vía nos presenta el *trust* a través de una técnica caracterizada por la refracción del derecho de propiedad en distintos poderes dispositivos, administrativos y adquisitivos. Y, precisamente, dicho intento atributivo y “destinatorio” lo encontramos en el modo testamentario, en que se atribuye bienes al heredero o legatario, obligándosele a que lo destine a favor de “la persona en cuyo favor se ha constituido” (artículo 963). Persona que devengará, además del crédito contra el heredero o legatario gravado, titular de una “investidura *ex re*” sobre determinados bienes o la respectiva universalidad.

52 Gianfranco PALERMO, “Sulla riconducibilità del “trust interno” alle categorie civilistiche”, Rivista del Diritto Commerciale, marzo-junio 2000, pág. 143

53 G. PALERMO, *Autonomia privata e fiducia*, pág. 577 y ss.

54 Ob. cit. pág. 142

Palermo⁵⁵ nos dice que el beneficiario se encuentra en una situación de expectativa, jurídicamente tutelable, aún en forma específica. En nuestra regulación del fideicomiso es discutible que el beneficiario sea titular sólo de una expectativa –es más creemos que es titular desde ya de un derecho subjetivo⁵⁶–; pero no es discutible que en el modo testamentario el beneficiario es titular de un derecho subjetivo desde el momento en que devenga eficaz el testamento, que Vallet de Goytisolo llamara “el primer momento de la muerte”.

Pero lo que Palermo afirma, y nos interesa, es que la atribución patrimonial se caracteriza y concreta en función del fin al cual los bienes que constituyen el objeto del negocio se destinan. Tanto que ninguna norma impone separar el perfil de la destinación del atributivo. Quizás sea, decimos nosotros, porque no es posible. Como tampoco es posible separarlos en el modo testamentario. Como tampoco es separable el perfil atributivo del distributivo en la partición testamentaria o en la partición por acto entre vivos.

Además Palermo⁵⁷ nos habla de la relevancia *erga omnes* de la adquisición programada a favor del beneficiario; constituyendo un título relevante *erga omnes* de las respectivas modificaciones sustanciales propia de los negocios traslativos, atributivos y de destinación a un fin predeterminado. Y no tiene dudas de que posición de que el beneficiario es titular puede hacerse valer *erga omnes*.⁵⁸ Todo ello creemos que es trasladable al modo testamentario, y a la destinación que en él se encuentra presente.

11.- De la destinación de bienes a favor de una fundación

En nuestra ley 17163 se describe, con epígrafe “objeto”, las fundaciones como “personas jurídicas reconocidas como tales por la autoridad competente que se constituyen mediante el aporte de bienes, derechos o recursos realizado para una o más personas físicas o jurídicas y que persiguen un objeto de interés general, sin propósito de lucro.” Y, al regular su constitución, en el artículo 2º, se dispone que se pueden constituir “por acto entre vivos” y “por disposición testamentaria”; agregándose que “en ambos casos se deberán establecer expresamente y con claridad los bienes, derechos o recursos que se aportan y él o los fines a que los mismos se destinan”.

Así nos encontramos con que la fundación puede ser el contenido de una disposición testamentaria por la que se destinan bienes, derechos o recursos a determinados fines. Y, en el campo de las fundaciones, el beneficiario ser una persona que persiga un objeto de interés general, sin propósito de lucro.

55 Ob. cit. pág. 145

56 Creemos que para encontrar el respectivo poder de beneficiario en el fideicomiso debemos acudir a integrar la respectiva regulación con de los contratos a favor de tercero, que entre nosotros se los conoce como estipulación para otro (artículo 1526 del Código Civil). Y, por tal vía hallamos, aún en la doctrina italiana voces como la de L.V. MOSCARINI (*I negozi a favore di terzo*, Giuffrè, Milano-1970, pág. 45) que reconoce una eficacia externa atributiva de un derecho subjetivo al beneficiario. Y, en el mismo sentido, en la doctrina española, José Manuel MARTÍN BERNAL (*La estipulación a favor de tercero*, Montecorvo, Madrid-1985, pág. 311-312) ha escrito que “el rasgo más característico del contrato a favor de tercero es que éste se convierte en acreedor directo del promitente.”

57 Ob. cit., pág. 151

58 Entre los que cita a Schelinger, Giorgianni, Natoli y Mariconda

Creemos que, en tal caso, nuevamente, estamos en el campo del modo testamentario. Piñar Mañas y Real Pérez⁵⁹ han escrito que de entre todos los medios técnicos-jurídicos viables para adscribir permanentemente bienes al cumplimiento de fines de interés general, la constitución de una fundación dotada de personalidad jurídica es el más importante. En efecto, en los primeros casos los particulares mantienen la propiedad de los bienes adscritos a la satisfacción de dichos fines de interés general. La afectación constituye desde este punto de vista una limitación al ejercicio del derecho sobre los bienes afectados; pero la consecución efectiva del fin no queda suficientemente garantizada, ya que, en definitiva, depende de la voluntad del titular. Lo que se evita, en cambio, si se concede personalidad a la organización independiente encaminada a realizar con un patrimonio determinadas actividades de interés general. A lo que agregan que, si el Derecho reconoce personalidad jurídica a las fundaciones, es como vía de canalización de la propiedad privada para el servicio de fines de interés general.

No coincidimos con tal planteo, en cuanto, el cumplimiento del modo jamás dependerá de la mera voluntad potestativa del gravado; salvo, claro está, el caso del modo *intuitu personae*. Pero aún en tal caso, como viéramos, si se estableciere la cláusula resolutoria, “se deberá entregar a la persona cuyo favor se ha constituido el modo una suma proporcionada al objeto”. Pero también vemos en su planteo la idea de afectación de los respectivos bienes a la satisfacción de fines de interés general: el vínculo de destinación, con la eficacia real referida.

Tanto se liga el modo con la constitución de la fundación por “disposición testamentaria” que en el artículo 13 de nuestra ley de fundaciones se lee que “en los casos en que los aportes se realicen por disposición testamentaria se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil”, y precisamente, creemos que estas normas pertinentes se encuentran en la regulación del modo testamentario. Éste será aquella disposición testamentaria. Y tanto se liga el testamento, la causa testamentaria, y dentro de ellos el modo testamentario, con las fundaciones, que en ambos se ha visto la concreción de derechos de la personalidad. Así López Jacoiste⁶⁰ vinculaba las fundaciones con los derechos de la personalidad, del fundador, por lo que la voluntad de éste se hace merecedora del máximo respeto. De ahí que nos hable de un estrecho parentesco entre fundación y acto de última voluntad. Y así la protección al designo fundacional entraña dos fases distintas, la de formulación de ese designio por el propio fundador, y la del cumplimiento de esa voluntad.

12.- Del cumplimiento del modo a través de prestaciones aisladas

Todo modo, contractual o testamentario, se ha de cumplir mediante la ejecución de la respectiva prestación. Así, en ésta, encontraremos una paga, como “cumplimiento por parte del deudor de la dación o hecho que fue objeto de la obligación” (artículo 1448 del Código Civil) por el cual, en su caso, “debe transferirse la propiedad de la cosa” (artículo 1449 del Código Civil). De ahí que estemos ante un acto de paga y un acto de transfe-

59 José Luis PIÑAR MAÑAS y Alicia REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*. Marcial Pons-2000, pág. 28 y ss.

60 Citado por Piñar Mañas-Real Pérez, ob. cit. pág. 31

rencia, o en su caso de atribución, en que se concrete el destino o fin de la disposición testamentaria modal.

De ahí que estemos ante una prestación aislada que hallará su causa en la respectiva disposición testamentaria. La que Luminoso⁶¹ ha englobado en las “prestaciones traslativas aisladas” (*prestazioni traslative isolate*), las que parte de la doctrina italiana⁶² calificara como mero acto jurídico en razón de la incompatibilidad de la libertad que caracteriza a los negocios jurídicos y el deber (*doverosità*) que conlleva todo acto de cumplimiento. Sin embargo otra parte de la doctrina italiana⁶³ afirma que la naturaleza jurídica de los actos de cumplimiento no es constante, debiendo ser individualizada en cada caso en relación al contenido de la respectiva prestación, atendiendo al respectivo perfil funcional (la *doverosità* del acto) y el perfil estructural (el contenido de la prestación), que en muchos casos presenta naturaleza negocial. Tampoco serán constantes los actos o negocios jurídicos de cumplimiento del modo, pues la estructura y contenido del acto de cumplimiento puede variar desde la constitución de un derecho real limitado, de una renta vitalicia gratuita, la ejecución de una obra o servicio, hasta la transferencia de “una especie propia del heredero” que “se hubiese hecho en forma de carga” (artículo 908 del Código Civil) a favor de un persona determinada, que, en principio, nuestro Código Civil califica de “legado” de “especie ajena”, pero “especie propia del heredero o del legatario.”

De ahí que Luminoso entienda que nada se opone a la configuración del acto de cumplimiento de una obligación preexistente como negocio jurídico, en cuanto, además de la voluntad de cumplimiento, se halle presente y se atribuya relevancia a la voluntad del respectivo efecto final, y tal efecto se verifique en cuanto sean queridos aún con su contenido por el otorgante del respectivo “acto de cumplimiento”. “Acto de cumplimiento” que dijéramos es variable, verificándose, en la ejecución del modo testamentario, sólo en algunos casos “prestaciones traslativas aisladas”; pero que perfectamente pueden darse en el cumplimiento del modo.

13.- Del modo como afectación del jus utendi

El Código Civil de Quebec entre las concreciones de la afectación, en su artículo 2660, plantea la afectación de uno o varios bienes a la ejecución de una obligación. Y, nuevamente estamos presente ante la estructura y función del modo testamentario. Por lo que corresponde que los calificuemos como “disposición testamentaria de afectación”.

Así Roy⁶⁴ nos presenta la afectación como un acto de autoridad del propietario, de un bien o de una masa de bienes, dirigido a reservar una cosa a un fin determinado. Así, nos dice, la afectación imprime al bien una destinación, una dirección, un fin. Lo que implique que determinadas utilidades del bien ya no se hallen presentes entre las

61 Angelo LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici. Corso di diritto civile*, Giuffrè editore, Milano-2007, pág. 11

62

63 Posición en la que ubica a Di Majo, Torrente, Schlesinger, y Nicolò.

64 Brigitte ROY, “L’*affectedation des biens en Droit Civil Québécois*”, *La Revue du Notariat*, Montréal, vol. 103, diciembre de 2001, pág. 388

atribuciones de su propietario. De ahí que nos diga que afectación es la expresión del *jus utendi* en su aspecto jurídico. Y, así, nuevamente, estamos ante la eficacia real del acto de destinación de que nos hablara M. Bianca.

Por tal vía vemos, no nos cabe duda, cómo el modo limita, afectándolas, las atribuciones del gravado aún en su situación de propietario (quizás instrumental) del respectivo bien. Así esa titularidad ya no ha de “reagrupar todos los atributos posibles, acumulándoles, para dejar a su beneficiario sin concurrencia” de que nos hablaran Atias y De los Mozos⁶⁵ a fin de describir la propiedad. Ello en cuanto el heredero, el legatario, a, aún, como veremos, la herencia misma, se verán privados de la temporal utilidad de la respectiva cosa, de la libertad de elegir sucesor, y hasta de una prerrogativa jurídica sobre el valor de la cosa. Ello en cuanto, además, el modo afectará el valor del bien o de universalidad que grave en beneficio de un tercero determinado o determinable.

En tal sentido, Proto⁶⁶ ha hallado en la susceptibilidad de valoración económica de la afectación impuesta al heredero o legatario un índice de tipo del modo. De ahí que, nos diga, no bien desaparezca dicho índice, la respectiva disposición testamentaria ya no podrá ser tipificada como modo, debiéndola ser como condición. En nuestro Código Civil hallamos que dicho índice de tipo es referido en el artículo 961, en el que leemos que “Si el testador no determinare suficientemente el tiempo o la forma especial en que ha de cumplirse el modo, podrá hacerlo el Juez, consultando en lo posible la voluntad de aquél y dejando al gravado en el modo, un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte del valor de lo que se le deje por el testamento.”

Así, en lo que Betti llamara valoración comparativa de intereses, vemos cómo en la configuración del tipo modo testamentario, en su valoración económica, ésta prima sobre la del gravado (heredero o legatario). Tanto que en caso de laguna sobre el tiempo y la “forma especial” en que se ha de cumplirse el modo, como criterio supletorio, se asignará al gravado “por lo menos” “la quinta parte del valor de lo que se le deja por el testamento”; sólo “por lo menos” la quinta parte.

En el legado el beneficio económico puede faltar, pero jamás en el modo. Así mientras en el artículo 905 del Código Civil se dispone que “El testador puede gravar con legados no sólo a su heredero, sino también a los mismos legatarios; y si éstos aceptaren, deberán cumplirlos, con tal que no importen más de lo que se les deja.” Lo que marca la diferencia reiteradamente marcada con la disposición que se contiene en el artículo 1615 del Código Civil, en que se nos dice que “se requiere en la donación onerosa que el modo o gravamen impuesto al donatario y apreciable en dinero no sea equivalente al valor del objeto donado.”

Pero, además, en el artículo 963 de nuestro Código Civil se dispone que, aún cuando se produzca la resolución de la asignación hereditaria o de legado, “siempre”, aún cuando el heredero o legatario restituya (“restituyendo”) “lo recibido por no cumplirse el modo”, “se deberá entregar a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo una

65 José Luis DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. EDERSA, 1993, pág. 234

66 Massimo PROTO, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni diretto da Giovanni Bonilini, II, La successione testamentaria*, Giuffrè editore, Milano-2009, pág. 1230

suma proporcionada al objeto y el resto del valor de cosa dejado modalmente acrecerá a la herencia, si el testador no hubiere ordenado otra cosa". Esta disposición, nos dice Nin y Silva⁶⁷, halla su fuente en el artículo 1096 del Código Civil chileno. Y en él también se nos habla de que, en caso de que "haya de llevarse a efecto la cláusula resolutoria", "se entregará a la persona a cuyo favor de ha constituido el modo una proporcionada al objeto y el resto del valor de la cosa asignada acrecerá a la herencia...". Ello siempre que, conforme lo dispone el artículo 962 de nuestro Código Civil, el modo no se hubiere configurado en consideración de la persona del gravado (*intuitu personae*).

Así la disposición testamentaria modal afectará la titularidad del respectivo heredero o legatario, o, en su caso, ante la resolución de sus asignaciones, a la herencia toda; que devendrá obligada a pagar esta carga hereditaria (artículo 1039 del Código Civil). De ahí que, a través del modo testamentario, se afectará el *jus utendi*, en su aspecto jurídico, de toda la herencia. Y, al igual que los acreedores hereditarios y los legatarios (artículos 1149 y 942 del Código Civil), los beneficiarios del modo estarán legitimados para oponerse a la partición mientras no se les pague o afiance lo que se les deba. Para ello acudimos nuevamente a la analogía entre los legados obligatorios y el modo testamentario; aunque éste, repetimos, determine una afectación de toda o parte de la herencia.

Esta solución que consagra el citado artículo 963 de nuestro Código Civil marca un paralelismo con la consagrada en el inciso segundo del artículo 1973, que, en la sección "De la administración ordinaria de la sociedad legal", dispone que si la especie ganancial legada no cayere en el lote de los herederos "se abonará al legatario el valor de la especie con la parte de ganancias correspondiente al testador y con los bienes particulares de éste." En esta disposición podríamos hallar una concretización del principio de subrogación real, aunque es dudoso que estemos ante la aplicación del requisito de procedencia, propio de la subrogación real, sino, más bien, ante una aplicación del principio de equivalencia. Como aplicación de este principio, y no de aquél, Marín Padilla⁶⁸ cita la solución contenida en el artículo 645 del Código Civil español, en que se nos habla, ante la revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos, de que "se restituirán al donante los bienes donados o su valor si el donatario, los hubiese vendido". Pero, por tal solución, igualmente vemos cómo el legado afecta la herencia, y, por consiguiente, el valor de la misma para sus titulares.

14.- De las cargas hereditarias

En el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española⁶⁹ se nos habla de "carga personal", atribuyéndole el significado de "servicio a que están obligadas las personas", y de "carga real", a la que asigna el significado de "gravamen impuesto sobre bienes inmuebles, quienquiera que sea el poseedor de éstos". Significados que se ligan al primario de dicha palabra, de "cosa que hace peso sobre otra".

67 Celedonio NIN Y SILVA, *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*, A. MONTEVERDE & Cía., Montevideo-1943

68 María Luisa MARIN PADILLA, "La formación del concepto de subrogación real" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, pág. 1194

69 22ª edición

En la parte final del inciso primero del artículo 1039 del Código Civil se nos habla de “las deudas y cargas hereditarias”, imponiéndole al heredero la obligación de su pagado (“con la obligación de pagar”). También se nos habla de carga en el artículo 908 inciso segundo; luego de que se dispone que “será nulo el legado” de “alguna especie ajena”, supiese o no el testador que no le pertenecía. Sin embargo, se establece que “valdrá... el legado de una especie propia del heredero o del legatario, si se hubiese hecho en forma de carga o de condición.” Por vía vemos como se liga el legado a “la carga”, y ésta al legado. Mientras que en el artículo 909 inciso final se nos habla de “toda otra carga perpetua o temporal a que esté afectada la especie legada, pasa con ésta al legatario”, de la que se excluye la situación de la especie “empeñada o hipotecada” a que se refiere el inciso primero de dicha disposición.

Sin embargo, al regularse la reducción “de las donaciones y legados” que afectan la porción legitimaria, sólo se nos habla de “donaciones y legados”. Pero luego de dicha expresión contenida en el acápite, se nos dice que “1°.- No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la porción legitimaria reduciendo o dejando absolutamente sin efecto, si necesario fuere, las disposiciones testamentarias”; a lo que, en el numeral 2° se agrega que “la reducción de éstas (las disposiciones testamentarias) se hará a prorrata sin distinción alguna.” Así vemos cómo se utiliza la expresión “disposiciones testamentarias” frente a la más limitada “legados” de que se nos habla en aquél enunciado. Y, nuevamente, se utiliza la expresión “disposición” en el numeral 3° al regular la cautela sociniana o gualdense, hablándonos de “si la disposición consiste en un usufructo o renta vitalicia”. Aún cuando en el inciso segundo del numeral 2° de dicha disposición se nos habla de que “si el testador quiso que se pagara cierto legado con preferencia a otros, ...”. Mientras que en el artículo 894 del Código Civil, que enuncia la llamada “intangibilidad de la legítima”, se nos dice que “La legítima rigorosa no admite gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie”.

Ante la disposición contenida en el artículo 894, antes transcrito, en nuestra doctrina, Vaz Ferreira⁷⁰ nos ha hablado de una nulidad que sólo puede invocarla el legitimario mediante la acción de reforma del testamento (artículos 1006 y ss. del Código Civil). Mientras que, en la doctrina especializada italiana, se habla automática caducidad de la respectiva disposición, “de la radical nulidad del acto”⁷¹. Sin embargo, en la misma doctrina italiana contemporánea, Romagno⁷² nos plantea que la consecuencia de la violación de una norma como la que surge de nuestro artículo 894 del Código Civil es la ineficacia en sentido estricto de la correspondiente disposición testamentaria. Pero, a su vez, marca⁷³ la diferencia entre la ineficacia automática que se deriva de la violación del artículo correspondiente a nuestro 894, de la reducción, como la regulada en materia de donaciones y legados, que solo determina la correspondiente ineficacia a través de la promoción de la respectiva acción.

Creemos que en nuestro sistema jurídico la consecuencia de la contravención de la norma que surge del artículo 894 del Código Civil es la ineficacia, y nunca la nulidad,

70 Eduardo VAZ FERREIRA, Tratado de las sucesiones, tomo II, FCU, 1981, pág. 288

71 Conforme nos lo dice ROMAGNO, ob. cit. págs. 456-457

72 Ob. cit. pág. 473

73 Ob. cit. pág. 475

y, quien esté legitimado para promoverla deberá demandar la reducción del respectivo modo a través de la correspondiente acción de reforma, por la que, precisamente, “los herederos forzosos a quienes el testador no haya dejado lo que les corresponde por ley” tienen derecho “a que se reforme a su favor el testamento”. Y, entre esta acción y la de reducción de legados, y aún la de reducción de donaciones, no hallamos diferencia alguna, en cuanto se trata de la aplicación de la llamada por Marín Padilla⁷⁴ “técnica jurídica de ajuste o adaptación a la legalidad, como manifestación del principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos *utile per inutile non vitiatur*”. Principio que, en materia testamentaria, demuestra una mayor relevancia, y, al que se la llamado *favor testamenti*.

Un ejemplo de dicha técnica lo encontramos, en el Derecho romano, en la *Ley Falcidia* (Ist. 2.22. *De lege Falcidia*) que se aplicó a los fideicomisos y en la que se establecía un límite al testador en la disposición de sus bienes. Los que contravinieran la llamada cuarta falcidia, “verán cumplida su voluntad pero hasta el límite legal” dijo el jurista Paulo. Así, nos dice Marín Padilla⁷⁵, para que se cumpliera la ley, se le concedió a los herederos la facultad de ajustar, por sí mismos, el legado a la ley, entregándolo sólo hasta el límite legal; en el caso de que el heredero ya lo hubiera entregado según la voluntad del testador, se le concedió la facultad de pedir la restitución de la parte entregada indebidamente, o solicitar del legatario, previo a la entrega, la garantía suficiente de la devolución de la parte ilícitamente entregada.

Por dicha técnica, ya la doctrina alemana, en voces como las de Hedemann, Larenz y Ennecerus⁷⁶, nos había planteado una transformación correctora del negocio, produciéndose una reducción teleológica del mismo. Así, nuevamente, el modo transita por el mismo camino que los legados; deviniendo aplicable la norma que surge del artículo 890 del Código Civil, con la misma relevancia a la preferencia concedida al testador en el numeral segundo del mismo. Y, es más, si el modo testamentario se corresponde a una disposición que consista en “un usufructo o renta vitalicia”, aplicaremos el numeral tercero de dicha disposición legal, hallándonos ante la aplicación de la llamada cautela gualdense o sociniana.

15.- Del modo ante el legado

Hemos hablado de la proximidad entre el modo y el legado obligatorio, y, también, cómo es admisible el recurso de la analogía a fin de integrar, ante vacíos en la regulación del modo testamentario, la respectiva normativa con la regulación de los legados obligatorios. Pero siempre manteniendo la diferencia entre una y otra disposición y asignación testamentaria. La discusión se ha planteado y mantenido en hallar un índice de tipo que permite distinguir una de otra.

74 María Luisa MARÍN PADILLA, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*, Bosch, Barcelona-1990, pág. 131

75 Ob. últ. citada, pág. 132

76 Citados por MARÍN PADILLA, ob. últ. cit. pág. 147

Así García Rubio⁷⁷ nos ha dicho que la imposibilidad práctica de diferenciar el legado de efectos meramente obligatorios de la carga modal destinada a beneficiar a un tercero determinado aconseja, en la medida en que se aprecie que este último es titular de un verdadero derecho de crédito frente al gravado, asimilar al beneficiario del modo con el de aquel tipo de legado. Tal postura, en nuestro sistema jurídico, se encuentra con el escollo de que en el artículo 963 del Código Civil se admite un modo en beneficio de una persona, que no necesariamente “por algún evento pueda resultar cierta” (artículo 785 del Código Civil).

Belloni⁷⁸, en cambio, quien dice seguir el planteo de Costanza, rechaza que la distinción entre modo y legado se halle en la necesaria determinación del beneficiario en éste. Así cuando la carga impuesta al heredero o legatario beneficie a una persona determinada siempre se será necesario atender a la voluntad (interés) del testador por la que aún se debe entender como *modus*, y no como legado, toda vez que ella refleje, prevalentemente, el interés del testador. Tal solución, nos dice Belloni, retoma, desarrollándola, la tesis que reconduce la disposición testamentaria al interés del *de cuius* representaría un elemento suficiente a fin de distinguir, en general, el modo del legado.

En el mismo sentido Bianca⁷⁹ nos ha dicho que el modo se puede dirigir a una finalidad moral del testador, a un interés del mismo gravado, a un interés de terceros determinados, o incluso a intereses difusos; pero que aún “cuando confiera una ventaja económica a una determinada persona, ...siempre se mantendrá diferente del legado”. En el legado la voluntad testamentaria se dirige siempre primordialmente a atribuirle una ventaja económica al destinatario; mientras que en el modo la ventaja económica de una persona determinada es solo eventual y siempre secundaria a la finalidad del testador. Así será modo, nos lo dice Belloni, la disposición que imponga al heredero la realización de una obra de asistencia a favor de las personas necesitadas de la villa, traduce prevalentemente el interés filantrópico del testador, y solo indirectamente el interés de quienes obtienen la respectiva asistencia.

En cuanto compartimos tal planteo, creemos que, una vez más, debemos atender a la voluntad del testador (“ley de la sucesión”) a fin de hallar el índice de tipo que nos permita determinar si estamos ante un modo o un legado. Fijémonos que en el caso de la fundación constituida testamentariamente, aún cuando estemos ante una disposición testamentaria que determine un beneficio directo (aporte) a favor de una persona determinada (la fundación), es el interés del testador el que concretiza en ella y busca el correspondiente fin.

16.- Del modo como asignación autónoma

En el artículo 780 del Código Civil, en la sección “De la naturaleza y efectos del testamento”, se dispone que “*El testador puede disponer a título universal o de herencia y a título*

77 María Paz GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*. Universidad de León. Civitas, 1ª edición-1989, pág. 140

78 Gian Paolo BELLONI PERESUTTI, “Gli elementi accidentali nel testamento” en AA.VV. *La ricostruzione della volontà testamentaria*. CEDAM, Padova -2005, pág. 382

79 C. Massimo BIANCA, *Diritto Civile*, II, Milano-Dott. A. Giuffrè editore-1993, pág. 720 y ss.

particular o de legado.” De ahí que se entienda que el contenido típico del testamento transcurra únicamente por estas instituciones, con la consiguiente exclusión de un *tertium genus dispositionis*. Frente a lo cual ya Criscuoli⁸⁰ que la referida contraposición entre herencia y legado puede referirse no ya al íntegro contenido típico del testamento, sino solo a aquellas disposiciones testamentarias que teniendo como objeto bienes del *de cuius* surten un efecto sucesorio en sentido estricto. Quienes pretenden que el modo carezca de autonomía leen y entienden el citado artículo “*a contratio*”, cuando, precisamente, como ya lo advirtiera Laurent⁸¹, “el silencio del legislador, por sí solo, no prueba nada, pues el silencio no dice nada”. Cuando calla, no dice que sí ni que no. Su silencio puede hacernos suponer que únicamente quiere en un caso lo contrario de lo que ha dicho en otro. Pero nada es más vago, y por tanto más dañino que esta suposición. Se corre el riesgo de hacer decir al legislador lo que él no ha querido, es decir, el intérprete se pone en lugar del legislador.” Pero a ello Laurent agrega que, cuando “lejos de contrariar los principios generales, los apoya”, puede utilizarse el argumento *a contrario*. Y, precisamente, en la materia sucesoria, el principio es el ya referido de que “la voluntad del causante es ley de la sucesión” como concreción de la libertad civil. De ahí que utilizar al argumento *a contrario* para excluir el modo como disposición testamentaria autónoma es contradecir el principio general en la materia, basándose en una disposición que no es bicondicional, como actualmente se exige, desde una concepción lingüística del Derecho, a fin de la admisibilidad del dicho argumento. Por lo cual, a fin de determinar si el modo testamentario es admisible como única disposición testamentaria, debemos prescindir de dicha disposición. A ello Giorgianni⁸² ha agregado que no se puede argumentar que el legado implique una sucesión a título particular, mientras que el modo no; pues existen legados que no implican sucesión a título particular.

En cambio, creemos que debemos atender a otras disposiciones. En el artículo 863 del Código Civil leemos que “El sustituto queda sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, si no apareciere claramente que el testador quiso limitarlas a la persona del instituido.” Y, en el capítulo “Del derecho de acrecer”, en el artículo 1045, se nos dice que en caso que operare el derecho de acrecer en las sucesiones testamentarias, “la parte del que no quiere o no puede aceptar acrece a la coheredero o coherederos, llevando consigo todos sus gravámenes, excepto los que suponen una calidad o aptitud personal del coheredero que falta”. A ello debemos sumar que, ante el funcionamiento de la cláusula resolutoria, en el artículo 963 del Código Civil se dispone que, igualmente, “se deberá entregar a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo una suma proporcionada al objeto”. Es decir, que el modo mantiene su validez y eficacia aún cuando el gravado ya no sea más heredero o legatario, y, por consiguiente, gravado; deviniendo gravada la herencia. Si ello no marca una autonomía del modo, no sabemos qué más agregar. Por tal razón creemos en la existencia, validez y eficacia de un testamento que como único contenido presente una disposición modal. Tanto como se admite un testamento que tenga por único contenido la revocación de uno anterior o una mera deseheredación.

80 G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, citado por ROMAGNO, ob. cit., pág. 38

81 Citado por VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la determinación del derecho, II, (Parte sistemática)*, Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996, pág. 637

82 Michele GIORGIANNI, “Il modus testamentario” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XI (1957), Milano-Giuffrè, pág. 894

En nuestra doctrina ya Vaz Ferreira⁸³, en contraposición a la postura de Gatti⁸⁴, había escrito que desde que el modo tiene con relación a la persona del gravado, un carácter ambulatorio inconciliable con el exagerado carácter de accesoriedad que suele atribuirle la doctrina; remitiéndonos a Criscuoli. Y éste⁸⁵, siguiendo un estudio de Giorgianni, sostenía que la ambulatoriedad es decididamente inconciliable con su pretendida accesoriedad.

Por tal vía presenciamos en el modo una disposición testamentaria autónoma, a la que llamáramos cláusula sustancial, a la que en nada afectará un vicio en la determinación de la institución hereditaria o legataria. Así, conforme a lo dispuesto en el artículo 960 del Código Civil, “si el hecho que constituye el modo es por su naturaleza imposible, contrario a las buenas costumbres o prohibido por las leyes, no valdrá la disposición.” Ello demuestra que el modo se configura, en nuestro Código Civil, como una verdadera cláusula sustancial, que, en su caso, dada la nulidad del mismo, se verifica una nulidad parcial, la que, precisamente, halla entre sus presupuestos que estemos ante parte de un todo divisible, que el negocio jurídico residual tenga entidad propia, y que satisfaga suficientemente el interés del testador.⁸⁶ Ello demuestra, hecho texto en la citada disposición, la autonomía del modo, tanto como la nulidad de la asignación hereditaria o legataria no afectan al modo. Pues aún, en tal caso, se mantendrá la configuración de la nulidad parcial; pues, igualmente, estaremos ante un negocio jurídico residual con entidad propia, y que, en principio, satisface suficientemente el interés del testador.

Dicha situación se ve más claramente si comparamos la regulación del modo con la de la condición, ambos calificados como “modalidades de la voluntad testamentaria”, y, en tanto, “elementos accidentales” del contenido del negocio testamentario. Así, si la condición fuere “físicamente imposible, contraria a las buenas costumbres o prohibida por las leyes, es nula e invalida la convención que de ella pende” (art. 1408 del Código Civil); disposición que deviene aplicable al negocio testamentario, y desde él a todo negocio *mortis causa*, en razón de la norma remisiva contenida en el artículo 947 del Código Civil. En cambio, como viéramos, el modo se desenvuelve en la autonomía.

83 Eduardo VAZ FERREIRA, ob. cit., pág. 211

84 Gatti (Ob. cit., pág. 123), al diferenciar el modo del legado, sostenía que mientras éste es siempre una disposición autónoma de bienes, el modo es un accesorio de la institución de heredero o legatario y sigue la suerte de ésta. Así Gatti recogía la postura tradicional que asignara al modo una dependencia funcional y estructural en relación a las instituciones de heredero y de legatario.

85 Giovanni CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Dott. A. Giuffrè, Milano-1965, pág.198

86 María Luisa MARÍN PADILLA, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*, Bosch, Barcelona-1992, pág. 115