

LA CONMUTACIÓN CIVIL

Ramón Durán Rivacoba

Catedrático de Universidad
Universidad de Oviedo

TITLE: *The civil switching*

RESUMEN: Como concepto jurídico de corte abstracto, la conmutación es una figura transversal. Resulta una especie de cumplimiento afin y posibilista de la exacta fórmula en que se plasmaron en su origen ciertas obligaciones. Circunstancias sobrevenidas dificultan sus términos primigenios, salvo que se incurra en inutilidad o grave incomodo, eventos que obvian su exigencia *in natura*. Así consta en el Derecho Civil la conmutación modal y existen situaciones similares propiciadas por la práctica, como el mantenimiento por otros medios y sujetos de los fines fundacionales cuando concorra causa de disolución de la persona jurídica. La conmutación implica un cumplimiento subsidiario, más que alternativo, pero canónico, de las obligaciones, proclive a la concreta coyuntura y *ad casum*. Supone un ejemplo de visos moderadores en las exigencias, que atiende sobre todo a su mejor fin o perduración mediante canales paralelos y plausibles del despliegue jurídico concreto. Constituyen episodios de la más amplia facultad moderadora de los tribunales, pero con un esquema típico que aporta elementos de interés. Cabe proponer dos modelos distintos de conmutación civil: sin cambiar de obligado, que diré objetiva; o continuando el deber en otros concernidos, designada subjetiva. Ambas fórmulas pueden ser compatibles y acumulables en ciertos casos, incluso al extremo de ser habitual en el capítulo de las fundaciones, categoría que defino como conmutación mixta.

ABSTRACT: *As an abstract juridical notion, switching is a cross-sectional figure. It is a similar implementation to the exact terms established at the origin of some obligations. Ensuing circumstances make the original terms difficult to follow, unless they became useless or inconvenient, and this leads to ignore their exigency in natura. That is why it exists the civil switching. Besides, there are some similar situations encouraged by the practice, as the conservation the aims of a Foundation by other means and actors when the legal person has to be dissolved. Switching means a subsidiary fulfillment of the duty, more logic than alternative, considering the situation and reasons for it. It is an example of moderation in the exigencies, seeking to keep its goal or its endurance through different ways. There are some episodes of the moderating power of the courts in this area, with a typical scheme which has some elements of interest. It may be proposed two models of civil switching: objective, without changing the original subject; or following the duty by others, named subjective. Both may be compatible and acumulables sometimes, to the point that it is of common use within the foundations' field, category defined as mixed switching.*

PALABRAS CLAVE: conmutación, obligaciones, modo, fundaciones, reversión.

KEY WORDS: *switching, obligations, mode, foundations, reversion.*

SUMARIO: 1. EL ALCANCE IDEOLÓGICO Y JURÍDICO DE LA CONMUTACIÓN. 2. LA CONMUTACIÓN MODAL. 2.1. *Breve apunte acerca de la cláusula modal.* 2.1.1. Noción y ámbito. 2.1.2. Efectos. 2.2. *Elementos legales de la figura.* 2.2.1. Excluye la culpa del obligado en la frustración. El mantenimiento del modo mediante conmutaciones subjetivas. 2.2.2. La imposibilidad de cumplir en los propios términos. La conmutación objetiva. Secuencia y supuestos. 2.2.3. Cumplimiento subrogado. 2.3. *El paralelismo respecto de las fundaciones.* 3. LA CONMUTACIÓN FUNDACIONAL. SU CARÁCTER MIXTO. 3.1. *Vicisitudes postreras de la Fundación.*

3.2. *El destino subjetivo y objetivo de los bienes resultantes a la extinción.* 3.3. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las cláusulas reversionales en las fundaciones.* BIBLIOGRAFÍA.

1. EL ALCANCE IDEOLÓGICO Y JURÍDICO DE LA CONMUTACIÓN

Como cualquier concepto jurídico de corte abstracto, la conmutación es una figura transversal. El Derecho emplea categorías que ajusta en su desarrollo a la hipótesis más oportuna de su despliegue fáctico y este constituye un buen ejemplo. Cuenta con expresiones jurídicas precisas, aunque no siempre uniformes.

En este sentido, se habla de conmutación como una especie de cumplimiento afín y posibilista de la exacta fórmula en que se plasmaron en su inicio ciertas obligaciones. Así, en Derecho sancionador se concibe la conmutación de las penas, pero en el ordenamiento civil adquiere distinto relieve. Sin embargo, todas tienen en común el rescate de la primitiva *ratio* de ciertos deberes que por circunstancias sobrevenidas se frustran en sus términos originales. Aparece la inutilidad o el grave incomodo, eventos que obvian su exigencia *in natura*.

En su remedio, consta la conmutación modal¹ y existen situaciones similares propiciadas por la práctica, como promover por otros medios y sujetos los fines fundacionales cuando concurra causa de disolución de la persona jurídica que los incorpora y luego queda extinta. Es decir, el destino de los bienes resultantes a su liquidación, que permanecen en alguna medida ligados por la voluntad de su disponente al cumplimiento de un fin de interés general y a título por completo gratuito.

A su vez, el fenómeno apunta en direcciones complementarias y no del todo lineales con las anteriores. A este propósito responde la forma de cumplir alternativa de ciertos vínculos que marcan una concurrencia especialmente onerosa entre los protagonistas del asunto. Así sucede con el usufructo vidual cuando implique la nuda propiedad de

¹ LUNA SERRANO, designa el modo como «carga consistente técnicamente en una obligación («Disciplina del modo testamentario imposible», en *Anuario de Derecho Civil*, 1968-1, p. 111), «siguiendo la tesis tradicional de que *modus est in obligatione*» (nt. 5). ALBALADEJO cifra su contenido en «dar, hacer o no hacer alguna cosa» (que toma de ROCA SASTRE, Ramón M^a, *La conmutación modal*, Barcelona, 1972, p. 8), según el tenor del artículo 1.088 CC; y «como en el supuesto de toda obligación, ha de ser posible, lícita y determinada o determinable» («Artículos 797 y 798», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, X-2, Ed. Edersa, Madrid, 1984, p. 493).

los hijos habidos por el *de cuius* al margen del matrimonio². A eso se denomina en la jurisprudencia «conmutación de la legítima» (cfr., entre otras, la reciente STS 18 julio 2012. Con todo, dicha fórmula no resulta de suyo un genuino capítulo conmutacional, por cuanto tampoco supone un recurso subsidiario ante obstáculos que la práctica ofrezca sobre su estricto cumplimiento, sino su alternativa elegible por los deudores a instancias del acreedor³. Este atributo deja en evidencia que, mientras en la conmutación obligacional no queda otro remedio, en la legitimaria es alternativa libre, hasta el punto de que la Sentencia Tribunal Supremo 604/2012, de 22 de octubre [RJ 2012\10413], se refiere al hecho como «una facultad y no una carga del heredero».

Por tanto, la conmutación implica un cumplimiento subsidiario, más que alternativo⁴, pero canónico, de las obligaciones, proclive a la concreta coyuntura y *ad casum*⁵. Supone un ejemplo de visos moderadores en las exigencias, que atiende sobre todo a su mejor fin o perduración mediante canales paralelos y plausibles del despliegue jurídico concreto. No sería razonable pedir una observancia estricta y al margen de la coyuntura del asunto, que puede hacer de su rigurosa satisfacción un inconveniente oneroso, gravando un comportamiento que puede ofrecer otros cauces más oportunos y recomendables.

En el fondo, constituyen episodios de la más amplia facultad moderadora de los tribunales, pero con un esquema típico que aporta elementos de interés. Como es

² Con arreglo al artículo 844 CC, «cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios».

³ La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962 [RJ 1962\3094] sostiene que no supone «otra cosa que la decisión de la forma de pago» y «alude a la forma de pago que estime más equitativa y justa de las que la Ley establece» (idea refrendada en la STS 534/2009, de 13 de julio [RJ 2009\4465]). La Sentencia del Tribunal Supremo 955/2000, de 25 de octubre [RJ 2000\8549], incide sobre «la facultad de elección» de los herederos, que se denomina en la Sentencia del Tribunal Supremo 524/2012, de 18 de julio [RJ 2012\8364], «facultad de conmutar».

⁴ ROCA SASTRE se refiere a términos «los más análogos, conformes o congruentes», en cuya virtud habla de «cumplimiento sucedáneo, subrogado o equivalente» (*op. cit.*, p. 21).

La conmutación modal no supone una obligación alternativa –sino subsidiaria– respecto al cumplimiento específico del modo. Podría discutirse si lo es en la cláusula cuyo contenido resulte la entrega de cosa propia del obligado, pues puede aplicarse analógicamente lo previsto en el artículo 863 CC para los legados de dicha especie, que autoriza escoger entre la trasmisión del bien o el pago en dinero de su equivalente. Mas, entonces, el fenómeno descarta de suyo a la conmutación, por cuanto se opta de primeras.

⁵ MUCIUS SCAEVOLA sostiene que «sobre la analogía del cumplimiento de las cargas es claro que no pueden formularse reglas. Todo depende de la naturaleza del caso» («Artículo 798», en *Código Civil Comentado y Concordado*, XIII, 5ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1943, p. 852). Cfr., asimismo, VERDERA SERVER, Rafael Antonio, «Algunas consideraciones sobre el incumplimiento del modo testamentario impuesto al heredero: una comparación entre el Código Civil y el *Codi de Successions*», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, IV, Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 5600.

lógico, la posible apreciación de su hipótesis de partida si hubiera discrepancia también se confiere a los jueces, pero con las perspectivas abiertas que marca su sentido y alcance.

En cuanto a su desarrollo, cabe recoger dos modelos distintos de conmutación civil. Primero, aquel en que las circunstancias hacen imposible, ineficiente o de grave incómodo el cumplimiento según los propios términos establecidos, que admite una conmutación en los más análogos y posibles imaginables, pero sin cambiar de obligado, que diré objetiva. En su complemento, constan las hipótesis en que se produce una subrogación por diversas causas en los protagonistas y que representa continuar el deber en otros llamados, también designada conmutación subjetiva. Como es lógico, ambas fórmulas pueden ser compatibles y acumulables en ciertos casos, incluso al extremo de ser habitual en el capítulo de las fundaciones.

Se trata, en definitiva, de circunscribir a categorías jurídicas abstractas y útiles fenómenos abiertos en la práctica para su mejor tratamiento conjunto, mediante reglas y criterios más adecuados, uniformes y comprensibles. No en vano la conmutación –en cuanto efecto de cambiar una cosa por otra⁶– tiene carácter calificativo en la justicia conmutativa, que señala precisamente hacia el equilibrio de prestaciones entre las partes. En el planteamiento filosófico clásico, ajusta la relación entre particulares que contemple mejor los intereses de cada cual. En el caso que me ocupa, el beneficio y lucro a favor de otro permite al disponente imponer ciertas conductas que pueden asumir una impronta determinante de su propósito liberal. Asimismo, la creación de una persona jurídica luego inviable ofrece alternativas para el mantenimiento a *posteriori* de sus fines de interés colectivo. En dichas hipótesis, cuando se hace imposible o dificultoso en extremo su cumplimiento exacto, el Derecho contempla fórmulas sustitutorias que reintegren los cometidos de cada protagonista. Mientras en las obligaciones sinalagmáticas o recíprocas la imposibilidad sin culpa del deudor extingue los vínculos, en las gratuitas cabe abrir cauces paralelos para reponer la justicia, en este caso conmutativa.

2. LA CONMUTACIÓN MODAL

2.1. Breve apunte acerca de la cláusula modal

⁶ La expresión recogida en el Diccionario de «cosa» no debe a mi juicio restringirse a las materiales, sino que abarca sin duda también a las incorpóreas, a las conductas y a los sujetos. Es decir, perspectivas diversas y enriquecedoras de su ámbito.

El paradigma de la conmutación en la órbita del Derecho Civil viene representado por la cláusula modal. Interesa, por tanto, exponer de manera sintética los elementos esenciales de la figura que la pongan en el debido contexto jurídico.

El modo constituye una institución antigua, sin que por ello caiga en desuso⁷. Son muchos los autores que se han ocupado por extenso de sus perfiles jurídicos y no faltan estudios actuales sobre su relieve, que la práctica no hace sino respaldar⁸.

2.1.1. Noción y ámbito

Con arreglo al primer inciso del artículo 797 CC, donde se circunscribe a un supuesto específico, «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 el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad».

Es de reconocer que por vía de negación es difícil aportar una visión exacta del instituto y que su contenido descriptivo según sus posibles modalidades tampoco aporta mucho. Quizás el hecho traiga causa de la nutrida tradición jurídica que le precede, cuyo conocimiento generalizado permitió solo acentuar el posible conflicto de referencia frente a las condiciones. Por eso la jurisprudencia matiza en algo su sentido: «constituyen el modo las designaciones de un fin especial para el que un acto se dispone o una convención se estipula» (STS 2 enero 1928 [JC, nº 4, tomo 180]).

⁷ Disiente VERDERA (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 5595), lo que no se concilia bien con su amplia y moderna previsión legal catalana que comenta.

⁸ Esta institución ha ocupado en su análisis a distinguidos civilistas españoles, desde la monografía de referencia –TORRALBA SORIANO, Vicente O., *El modo en el Derecho Civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1966–, hasta valiosos artículos y comentarios del Código Civil. Aparte de los ya citados hasta el momento, puede señalarse: ALBALADEJO, GARCÍA, Manuel, «Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario», en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1093 y ss., y «La revocación de donaciones por incumplimiento de cargas», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, pp. 971 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, José, «El modo en los actos jurídicos», en *Revista de Derecho Privado*, 1918, pp. 91 y ss.; 1919, pp. 102 y ss.; y 1921, pp. 211 y ss.; DE LOS MOZOS, José Luis, «El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial», en *Revista de Derecho Privado*, 1978, pp. 223 y ss.; DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis María, «La revocación de donación modal», en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 65 y ss.; DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio, «Determinaciones accesorias de la voluntad en los actos mortis causa», en *Anuario de Derecho Foral*, 1975, pp. 265 y ss.; LÓPEZ VILAS, Ramón, «Sobre la distinción entre legado e instituciones modales hechas en testamento», en *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 575 y ss.; MONTÉS PENADÉS, Vicente L., «El modo testamentario y las prohibiciones de disponer», en *Anuario de Derecho Civil*, 1974, pp. 301 y ss.; y CANO TELLO, Celestino, «La institución y el legado «sub modo» en el Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1966, pp. 679 y ss. Incluso consta una tesis doctoral inédita de ARRIBAS QUEVEDO, Henar, *El modo: cuestiones que plantea con particular atención a su conmutación*, Córdoba, 1995, dirigida por GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel; y algunos trabajos inéditos en concursos de acceso a cuerpos docentes universitarios que refiere VERDERA (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 5593, nt. 2).

Aun cuando en dichos esquemas legales se limite a instituciones testamentarias, también el modo puede predicarse de los actos lucrativos típicos, donde la liberalidad del disponente le permite incluir conductas complementarias dirigidas al beneficiario⁹. Luego ya se trate de negocios *inter vivos* o *mortis causa* cabe apreciar su existencia en los casos establecidos del objeto, aplicación o carga impuesta sobre la base de la libre asignación de bienes a favor de otros.

Un buen exponente queda reflejado en ordenamientos españoles más modernos, como es el caso del Código Civil de Cataluña¹⁰. Si bien su disciplina prioritaria consta en las sucesiones *mortis causa* –«el modo permite al causante imponer al heredero y al legatario, o a sus sustitutos, una carga, un destino o una limitación, que, por la finalidad a que responde, no atribuye otros derechos que el de pedir su cumplimiento, sin que redunde en provecho directo de quien puede pedirlo» (art. 428-1, nº 1)– tampoco se ignora en las donaciones: «los donantes pueden imponer a los donatarios gravámenes, cargas o modos, a favor de los propios donantes o de terceras personas» (art. 531-18 «Donación con carga o modal», nº 1). Por el contrario, en el Derecho común las donaciones modales resultan implícitas según su expresión legal en el artículo 619, *in fine*, CC, si bien consta en los hechos un notable despliegue de su presencia efectiva.

2.1.2. Efectos

Sin duda, el aspecto más atrayente para un examen práctico sobre la cláusula modal resulta su eficacia¹¹. Por otro lado, representa la cuestión que aquí se analiza en uno de sus componentes concretos.

⁹ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 7 y ss.; LUNA, *op. y loc. cit.*, p. 112; ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «Artículo 798», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 914; DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, «Modo y liberalidad», en AA.VV., *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo III*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 293 y ss.

¹⁰ En este punto fue modificado por la ley autonómica 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. En adelante, su abreviatura será CCCat.

Con la debida extensión sobre dicho asunto, destacan ROCA SASTRE para el tiempo de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (cfr. *op. cit.*, pp. 10 y ss.) y VERDERA en cuanto al *Codi de Successions* (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 5593 y ss.). La evolución uniforme de ambos textos con el vigente Código Civil de Cataluña rescata la utilidad y vigencia de sendos estudios.

¹¹ En el plano teórico, interesa referir la vaguedad terminológica de la institución, que se contagia también a su concepto, cuyo empleo equívoco, en el orden dogmático y normativo, es elocuente. Por lo que se refiere a esto último, el Código Civil común cuando incorpora la expresión lo hace impropia; así, su artículo 45.2 trata del modo en el consentimiento matrimonial con técnica defectuosa, si bien algunos sectores de la canonística conciben el supuesto, pero con un régimen jurídico más cercano a las condiciones. En el plano doctrinal también resulta oscuro el empleo de «modo», pues junto al «título»

El modo forma parte del contenido accidental de los actos a los que vincula. Pertenece al capítulo de las determinaciones por completo libres del causante. Por tanto, no atañe a los límites jurídicos que le restrinjan a favor de los herederos forzosos. Luego «tampoco podrá imponer sobre ella [la legítima] gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados» (art. 813, pfo. 2, CC)¹². En su réplica mejorada, el inciso *in fine* del artículo 241 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia establece que «no podrán imponerse sobre la legítima cargas, condiciones, modos, términos, fideicomisos o gravámenes de clase alguna. Si los hubiera se tendrán por no puestos».

Por su naturaleza, el modo no atribuye de suyo un derecho a los destinatarios de la obligación. Con ello aludo a su autónoma exigencia jurídica, no a la lógica solicitud al obligado para cumplirla. El Código Civil de Cataluña expresa muy certeramente dicho asunto: «si el causante atribuye, a favor de una persona o personas determinadas, cualquier derecho diferente al de pedir el cumplimiento del modo, se entiende que ha dispuesto un legado u otra disposición por causa de muerte, y no un modo, aunque el causante utilice esta expresión» (art. 428-1, «Modo sucesorio», nº 2)¹³. El primer número del precepto aclara implícitamente la diferencia entre recibir un derecho, que

completa el mecanismo hábil para transmitir los derechos reales en el sistema español (conviene advertirse que según me instruyó el profesor D'Ors este sentido proviene del auténtico y original aquí estudiado). Asimismo, los autores suelen incluirlo –además de la condición y del término– entre los elementos accidentales del negocio jurídico, aunque sea mejor, en mi opinión, reservarlo únicamente para las liberalidades.

¹² Habría que obstar el supuesto de la mejora, que sí puede condicionarse. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1991 [RJ 1991\8899] y la 1157/1992, de 11 de diciembre [RJ 1992\10138], son bien ilustrativas del asunto. Es decir, lo que se aduce solo es aplicable a la legítima estricta. Entiende ALBALADEJO «que la legítima no puede ser lesionada ni por el modo» (*op. y loc. cit.*, p. 502). La premisa es indiscutible, pero matizable para exclusivamente la estricta. Si en la mejora cabe condición, con mayor motivo admite modos que determinen su presencia.

¹³ Conviene advertir que la legislación no suele ofrecer muchos casos del empleo adecuado del término «modo». Incluso lo ignora el artículo 797 del Código Civil español, donde se camufla con expresiones equivalentes y ambiguas –«carga», «condición», «gravamen», «objeto», «aplicación», etc. (cfr. *v. gr.*, arts. 647, 619 y 797 CC)–, sin aludir a su exacta denominación. Así también sucede con la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, cuyo artículo 103 cita «cargas» y «obligaciones» posibles de imponer en el «Pacto de designación de sucesor», en trasunto evidente de cuanto dispone al respecto la ley 177 del Fuero Nuevo de Navarra en su primer párrafo. En Derecho fiscal, Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, contempla la relevancia del modo dentro del artículo 12, en cuanto «cargas que constituyan obligación personal del adquirente». Sin embargo, con mejor criterio, las originarias Compilaciones forales sí recogían la expresión exacta con su preciso significado (*v. gr.*, art. 100 de Aragón, ley 149 de Navarra y art. 111 de Cataluña). El Proyecto de Compilación catalana de 14 de octubre de 1955, dentro del título II («De la Sucesión Testada»), preveía en su Capítulo IV una regulación específica del modo («De las formas de designación de herederos, legatarios y sustitutos, y de las condiciones y modos»), que supone un precedente válido del Código Civil de Cataluña que comento.

no se produce, y un beneficio, que sí consta. No hay rédito directo, ni atribución inmediata, sino a través de la obligación del verdadero instituido. Tampoco confiere derecho a su contenido, salvo la facultad de promover el cumplimiento: «no atribuye otros derechos que el de pedir su cumplimiento, sin que redunde en provecho directo de quien puede pedirlo» (art. 428-1, nº 1, CCCat). Una premisa básica en el relieve de la figura es que, si bien el modo no condiciona el acto a cuyo cumplimiento se somete¹⁴, al menos lo subordina en cuanto a su eficacia¹⁵.

La jurisprudencia es representativa sobre los distinguos entre modo y condición, «de suerte que de cualquier duda al respecto debe resolverse legalmente en contra y no a favor de la condición, como por demás tiene declarado esta Sala en sus sentencias de 18 de diciembre de 1965 [RJ 1965\5898], 17 de mayo de 1971 (*sic., rectius*, 9 de junio [RJ 1971\3158]) y 28 de mayo de 1994 [RJ 1994\6723]» (STS 21 enero 2003 [RJ 2003\604]). En este sentido, a las cláusulas modales acompaña de ordinario la partícula latina «*ut*» («la expresión «para que», tan característica del *modus*, empleada en la cláusula testamentaria, inclina a calificar la institución como institución modal»: STS 30 octubre 1944 [RJ 1944\1180]); y, distintamente, a la condición el término «*si*» o «*cuando*» (STS 2 enero 1928 [JC, nº 4, tomo 180])¹⁶.

No voy a extenderme sobre dicha cuestión, por exceder el ámbito del presente trabajo. Sin embargo, resulta de interés, por si pudiera inferirse un cambio de criterio, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 316/2018, de 30 de mayo [RJ 2018\2314]. A su tenor, «el presente caso plantea, como cuestión de fondo, la calificación jurídica de la obligación impuesta por la testadora a la instituida heredera: bien como condición

¹⁴ Acerca de dicho asunto, cfr. REYES LÓPEZ, María José, «El modo testamentario y la condición», en AA.VV., *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, I, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 437 y ss.; y LUNA, *op. y loc. cit.*, pp. 114 y ss., con cita de numerosos autores que refrendan esta doctrina pacífica.

MUCIUS SCAEVOLA, lo denomina «esencialísima diferencia» (*op. cit.*, p. 847), e incluye su confusión entre «los peligros considerables» que se ciernen sobre su esencia (*Ibidem*, p. 848). Aduce ALBALADEJO en este sentido el axioma «*condictio non est in obligatione, modus est in obligatione*» (*op. y loc. cit.*, p. 487).

¹⁵ Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1928 [JC, nº 4, tomo 180] la institución en que conste queda «subordinada al posterior cumplimiento del fin expresado en la disposición testamentaria».

MUCIUS SCAEVOLA mantiene ser «un agregado de la institución» gratuita (*op. cit.*, p. 845); ALBALADEJO lo expresa como «que si bien la sucesión no queda pendiente del cumplimiento del modo [...] queda subordinada al mismo» (*Ibidem*, p. 507).

¹⁶ Este argumento ya consta en GARCÍA GOYENA, Florencio: «El *modo* pasa a ser condición cuando en lugar del *ut* latino, ó *para* castellano, se usa la palabra *si*, aunque a veces el *modo* se llama también condición, como en las leyes 71, párrafo 1, y 108, título 1, libro 35 del Digesto» (*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, (Reimpresión de la edición de Madrid, 1852), Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, p. 381). Lo cita también ROCA SASTRE (cfr. *op. cit.*, p. 11).

suspensiva, o bien como carga modal»¹⁷. El Tribunal reconoce que «la cuestión de la calificación jurídica de esta obligación en el marco de la voluntad testamentaria, cuya utilización suele ser típica en numerosos testamentos, es una cuestión compleja y controvertida. Sin duda, la complejidad de la calificación jurídica responde a la deficiente regulación de nuestro Código Civil sobre esta materia. Recordemos que a la ausencia de regulación de la carga modal en la sucesión testamentaria se suma la incompleta regulación de la condición suspensiva en las disposiciones testamentarias (arts. 790 y ss. CC), así como el peculiar contenido condicional de la obligación impuesta, de carácter potestativo para el favorecido y de realización o cumplimiento en vida del testador, por lo que solo tangencialmente viene contemplada en el seno de la obligación condicional (art. 795 CC). No resulta extraño, por tanto, que la cuestión planteada haya tenido, y tenga, un carácter controvertido tanto para la doctrina científica, como para la doctrina jurisprudencial, tal y como resulta demostrativa la dispar calificación que se le da a esta figura en las citadas sentencias de esta Sala de 21 de enero de 2003 (núm. 13/2003 [RJ 2003\604]) y 18 de julio de 2011 (núm. 557/2011 [RJ 2011\5217])».

La conclusión a la que llega defiende que «la obligación de cuidar y asistir a la testadora hasta su fallecimiento tiene el carácter de condición suspensiva cuando el contenido de dicha obligación responde, en esencia, a la fijación de la voluntad o finalidad querida por el testador, esto es, suponga la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la disposición testamentaria relativa a la institución de heredero». La tesis expuesta no deja de ser polémica, en la medida que orilla por completo la noción de *modus* esencial, recogida sin fisuras en la doctrina y también en algunos textos legales que luego referiré. Incluso pretende «que la aplicación del alegado artículo 793 [*sic, rectius*: 797] del Código Civil para nada obsta o se contrapone a lo ya expuesto, pues el propio precepto, en la línea de lo argumentado, subordina el criterio interpretativo en favor de la calificación modal de la obligación a la voluntad realmente querida por el testador («a no parecer que ésta era su voluntad»)). La sola lectura del argumento es muy reveladora de su error, máxime cuando luego analiza la conducta de la instituida desde la perspectiva del artículo 798 del propio Código; es decir, en el ámbito del modo testamentario: «la instituida heredera, al concluir voluntariamente el cuidado y

¹⁷ El supuesto de base contempla el testamento de 2 de febrero de 2012 de una viuda y sin descendientes que designa heredera voluntaria en favor de una vecina «con la obligación de cuidar y asistir a la testadora hasta su fallecimiento, dispensándole toda clase de cuidados». «Si a la heredera le sobreviniesen circunstancias personales o familiares que le imposibiliten seguir cumpliendo la condición o falleciese antes de la testadora será compensada, por el que ocupe su lugar» y termina nombrando a otros dos vecinos «como personas encargadas de determinar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación impuesta a la institución de heredero».

asistencia de la testadora, realizó un «hecho propio» frontalmente contrario al cumplimiento de la condición establecida, tal y como prevé el segundo párrafo del citado artículo 798 CC».

El artículo 797 del Código Civil español es bastante significativo de la prevalencia del modo sobre la condición –«no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad»– y el artículo 428-1, nº 3, del Código Civil catalán resulta incluso más específico: «en caso de duda sobre si el testador ha impuesto una condición o un modo, o una simple recomendación, se da preferencia, respectivamente, al modo o a la recomendación». En su virtud, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1928 [JC, nº 4, tomo 180] afirmó que «conforme a los artículos 795 y 798 del Código Civil, no puede entenderse como condición la obligación impuesta al heredero de asistir y cuidar de sus enfermedades al testador», «que puede ser cumplida en otros términos [...] cuando, sin culpa o hecho propio del mismo, se hace imposible atenerse al literal sentido del mandato testamentario». Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1928 [JC, nº 91, tomo 181] reconocería la existencia de una condición expresa de «que ha de continuar mientras viva al servicio doméstico del testador y de su hermano» la legataria, desechando su alternativa en el modo¹⁸.

Llegado a este punto, debe advertirse respecto del modo que, si se considera esencial y no *simplex*¹⁹, su infracción tiene alcance revocatorio del acto (cfr. art. 797, pfo. 2, CC)²⁰.

¹⁸ El relato fáctico es muy expresivo, por haber intentado, la obligada, matrimonio con el hermano discapaz y así ver incrementada con la legítima la manda previa.

¹⁹ Lo expresa muy a propósito como «que su cumplimiento fuese el motivo determinante de la institución» el artículo 428-5, número 1, *in fine*, CCCat.

LUNA entiende que supone «una configuración de su contenido» y hasta «constitutivo» (*op. y loc. cit.*, pp. 109 y 110, respectivamente). MUCIUS SCAEVOLA distingue con vehemencia entre la expresión de simples deseos y el establecimiento de obligaciones (cfr. *op. cit.*, p. 848). ROCA SASTRE propone distintos ejemplos (cfr. *op. cit.*, p. 10).

²⁰ Resulta una excepción llamativa donde opere la vigencia del principio *semel heres semper heres* («el que es heredero lo es siempre»: art. 16 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, según el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba su texto refundido) que gobierna toda la perspectiva sucesoria balear. El inciso *in fine* del propio precepto declara: «el incumplimiento del modo impuesto a la institución de heredero nunca podrá dar lugar a su resolución». Aduce VERDERA en igual sentido para la normativa catalana, si bien prospera lo contrario para el legado *sub modo* (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 5594).

Ese término de resolución que considero impropio por tratarse de revocación de un acto gratuito la recogen O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier [cfr. «Artículo 798», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2006, p. 629]; ESPEJO (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 914) y TORRALBA (cfr. *op. cit.*, p. 237 y ss.). Lo explica mejor ALBALADEJO, para quien no cabe inferir la revocación «puesto que el causante, ya muerto, no puede revocar la institución que hizo» (*op. y loc. cit.*, p. 506). Al margen de que contempla sólo el supuesto sucesorio y no la donación, pretender que se resuelva porque no puede revocarse desde un

El problema estriba en conocer el grado de dependencia con arreglo a las circunstancias concretas. A este propósito, se ajusta mejor realizar un análisis eminentemente negativo (qué sucede si se incumple), pero sobre la base de unos principios que definen su específica observancia.

En esta línea, cabe advertir que, conforme al criterio de máxima eficacia jurídica de la voluntad del disponente (cfr. STS 2 julio 1920 [JC, nº 3, tomo 151], entre otras ya clásicas; y STS 316/2018, de 30 de mayo [RJ 2018\2314], entre las recientes) y habida cuenta que dicho ánimo es –con ciertas limitaciones (cfr. STS 2 marzo 1935 [JC, nº 2, tomo 218])– auténtica ley en las liberalidades, el modo ha de llevarse a cabo en los términos establecidos, máxime porque los medios para efectuarse se otorgan con la correspondiente atribución gratuita de bienes.

Con todo, existe una tendencia favorable a reconocer el cumplimiento para la mayor salvaguarda de la eficacia del acto gratuito al que se vincula la cláusula modal. Según afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 13/2003, de 21 de enero [RJ 2003\604], «siendo claro, conforme al artículo 798 CC, que el modo no afecta a la institución (SSTS 18 diciembre 1965 [RJ 1965\5898], 17 mayo 1971 [*sic., rectius*, 9 de junio [RJ 1971\3158]²¹ y 9 mayo 1990 [RJ 1990\3696]), pues lo dejado de tal manera «puede pedirse desde luego», la jurisprudencia de esta Sala muestra una gran flexibilidad a la hora de apreciar su cumplimiento, y también el de la condición suspensiva, atendiendo a las posibilidades del instituido (SSTS 9 febrero 1948 [RJ 1948\275] y 18 diciembre 1965 [RJ 1965\5898]), al mantenimiento de la institución por la testadora sin revocar el testamento por otro posterior (STS 9 mayo 1990 [RJ 1990\3696]) o conjuntamente a las posibilidades del instituido y a la ausencia de petición o requerimiento alguno de cumplimiento (STS 10 mayo 1991 [RJ 1991\9815])».

Sobre tales presupuestos, el análisis de los cauces sucedáneos hábiles para satisfacer los deberes establecidos en el modo, cuando por circunstancias sobrevenidas devenga

punto de vista subjetivo del actor no impide concebir que las revocaciones operan de suyo cuando se ha prevenido de aquella manera. En todo caso, tal vez lo más oportuno sea referirse al fenómeno de la reversión de bienes, tal y como recogía el artículo 39 de la Compilación de Vizcaya y Álava y las normas fundacionales no dejan de reproducir, según queda en evidencia en la segunda parte del presente trabajo.

²¹ Esta resolución es citada en otras, a mi juicio por error material, de 17 de mayo. Constituye un ejemplo de cómo se perpetúa un fallo por reproducción automática de una fecha incorrecta. En el repertorio oficial consta de 9 de junio, pero en alguno privado común a las bases de datos más consultadas aparece de 17 de mayo.

imposible o ineficiente la manera originaria en que se plasmó, debe partir de los requisitos configuradores en la ley de la llamada conmutación modal.

2.2. Elementos legales de la figura

Junto a esta específica eficacia del modo, el ordenamiento también contempla medios para cumplir por equivalente –de forma subrogada o subsidiaria, con valor analógico²²– que los autores han venido a definir como conmutación modal²³.

El origen de la categoría proviene del Derecho Romano, que fue venciendo las iniciales resistencias a su aceptación por respeto a la voluntad soberana del causante, y permitió su concurso a causa del bien público cuando el modo versaba sobre un interés benéfico general²⁴. A la postre, se generalizaría este remedio a cualquier circunstancia, siempre y cuando no lo hubiere prohibido el disponente²⁵. Por tanto, cabe advertir que una fórmula de respeto del todo reverencial o casi mágico respecto del designio del causante impediría establecer modelos análogos de cumplimiento cuando su ejercicio *in natura* deviniese imposible o de grave incómodo. Mientras el objeto de la conducta impuesta redundara en el beneficio general fue abriéndose camino a su cumplimiento conmutado y, por último, éste prosperaría como mejor modelo salvo impedimento expreso del instituyente. La evolución de la figura responde a la propia trayectoria del Derecho en la que se inserta. Obedece a la naturaleza de las cosas y el mejor servicio a los fines de la justicia.

Algunas legislaciones modernas reconocen *expressis verbis* la conmutación modal²⁶. Entre todas ellas destaca en nuestro entorno jurídico interno el Código Civil de Cataluña con su específica regulación del fenómeno bajo el nombre de «la conmutación o la conversión» (art. 428-5, nn. 2, 3 y 4), dentro del epígrafe, mejorable por parcial, de «modo imposible o ilícito». Aun así, la falta de normativa concreta sobre la institución no es un óbice insalvable para su implícita subsistencia por el recurso al juez en los supuestos que la predeterminan.

²² Proviene del término *análogo* que contempla el artículo 798 CC. Cfr. ALBALADEJO, *op. y loc. cit.*, p. 505; y TORRALBA SORIANO, Vicente O., «Artículo 798», en AAVV., *Comentario del Código Civil*, I, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1951.

ROCA SASTRE habla de «un adecuado, mas no sustancial, cambio o conversión del modo» (*op. cit.*, p. 28).

²³ También ha recibido distintas denominaciones afines, del estilo de «la conversión del modo», que introdujo el Proyecto de Compilación Catalana de 14 de octubre de 1955 y recoge luego el Código Civil propio en el artículo 428-5, números 2, 3 y 4. VERDERA señala la trascendencia de dicho precedente (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 5605).

²⁴ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 22 y ss. La materia protagonizó su discurso de recepción en la solemne investidura como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Barcelona.

²⁵ TORRALBA especifica que, si el autor hubiera vetado cumplimientos paralelos, éstos resultan inviábiles y la pérdida de la gratuidad se impone (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 1951).

²⁶ ROCA SASTRE contempla un sucinto panorama sobre su desarrollo legislativo comparado (cfr. *op. cit.*, pp. 25 y ss.).

En el plano jurídico-positivo, el Código Civil español lo acoge tácitamente dentro su artículo 798, párrafo 1, a cuyo tenor, «cuando sin culpa o hecho propio del heredero o legatario no pueda tener efecto la institución o el legado de que trata el artículo precedente [sujeto a modo], en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad».

Luego los componentes de la conmutación modal pueden esquematizarse para su examen pormenorizado como sigue: la culpa, la imposibilidad y su remedio.

2.2.1. Excluye la culpa del obligado en la frustración. El mantenimiento del modo mediante conmutaciones subjetivas

Si mediase culpa o hecho propio del destinatario, el incumplimiento del modo ha de reputarse definitivo. Al margen de las responsabilidades jurídicas en que puedan incurrirse por el hecho²⁷, lo que aquí nos interesa es conocer si caben, con todo, mecanismos hábiles para su vigencia por otros medios, lo que se denomina la conmutación modal.

²⁷ Sugiere SÁNCHEZ HERNÁNDEZ que para tal hipótesis el obligado «debe responder de la carga» [«Artículo 798», en AAVV. *Código Civil comentado* (coord. por VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *et al.*), Vol. 2, Ed. Civitas, Madrid, 2011, p. 759], si bien no indica cómo ni frente a quién, habida cuenta de la falta de derecho en los beneficiarios. La dificultad no es nimia, pues a menudo la carga no tiene una exacta correspondencia económica, y salvo el supuesto de revocación que aquí se contempla para las esenciales no me imagino fácil acomodo práctico de la idea expuesta. LUNA sostiene que «no parece dudoso que, en cuanto la obligación modal subsista, puede exigirse su cumplimiento, en el límite del valor de la liberalidad recibida a título particular, por parte del beneficiario del modo y, en general, por los interesados legitimamente en el cumplimiento» (*op. y loc. cit.*, p. 120; y cfr. ESPEJO, *op. y loc. cit.*, p. 914 y TORRALBA, *op. cit.*, pp. 225 y ss.), al que tibiamente reconoce «algún apoyo jurisprudencial». En efecto, «la jurisprudencia se muestra dubitativa. Según creo, el hecho trae causa de incertidumbres que plantea la legitimación del beneficiario para la exigencia del cumplimiento del modo, pues de no reconocer un derecho al respecto se hace jurídica y procesalmente difícil otorgársela; por tanto, no debe causar extrañeza que la Sentencia de 4 de junio de 1965 [RJ 1965\3437] negara el derecho, la Sentencia de 2 de marzo de 1935 [JC, nº 2, tomo 218] se muestre inconcluyente y la Sentencia de 17 de marzo de 1965 [RJ 1965\1900] lo acepte, pues si se analizan los resultandos en cada caso, estaban presentes razones de fondo para las respectivas soluciones» (DURÁN RIVACOBA, *op. y loc. cit.*, pp. 305 y 306). ALBALADEJO sostiene que, si el obligado «no cumple voluntariamente, se puede exigir el cumplimiento forzoso en forma específica» (*op. y loc. cit.*, p. 498; y cfr. TORRALBA, *op. y loc. cit.*, p. 1951, quien lo considera prioritario a lo que llama resolución) y hasta lo conduce al ámbito del artículo 1.101 CC. Incluso abraza la idea de que, si bien lo más justo sería responder hasta el límite del beneficio, la responsabilidad *ultra vires* que caracteriza nuestro sistema indica lo contrario para el heredero, que no para el legatario siempre asegurado por el *intra vires* (*Ibidem*, pp. 501 y 502). El problema es muy complejo por el déficit de legitimación que registra el fenómeno, según veremos. A la postre, la posibilidad de instarse la revocación del instituido es la fórmula más propicia en garantía del cumplimiento. Como queda en evidencia, el asunto tiene un destacado interés, pero desborda el margen del presente trabajo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1971 [RJ 1971\3158] considera que, si la culpa existió, *a fortiori* debe imponerse la conmutación modal; aunque, a mi juicio, el artículo 798, pfo. 1, CC aparentemente no admitiría sino interpretación a *sensu contrario* en este punto. Sin embargo, como discute ALBALADEJO, si la falta de culpa no exime de cumplir de análoga manera, resultaría inconsecuente que, siendo posible su alternativa, la negligencia libere de tal compromiso²⁸.

Bien pensadas las cosas, parece razonable pensar que quien no satisface adrede la carga del modo, tampoco querrá consentir en modelos subsidiarios de comportamiento que satisfagan el propósito del causante. Por eso se imponen medidas radicales que repriman su conducta rebelde; y, en dicha hipótesis, tratándose de un modo esencial, actúa el mecanismo revocatorio de la institución o, si se prefiere, la reversión de los bienes asignados. La incógnita se cifra, entonces, sobre si el comportamiento a que obliga el modo se perpetúa en beneficio de sus destinatarios finales, cuestión que, siendo una cláusula por completo determinante para quien dispuso de los bienes de forma gratuita, resulta lo más lógico. Es decir, se debate si existe conmutación subjetiva por cambio del concernido, ya que la conmutación objetiva mediante medios sucedáneos se obsta por la ley.

Esto plantea un asunto de relativa importancia, por otra parte, común a otros episodios del fenómeno, que más tarde analizo con ocasión de las fundaciones. Mientras el modo incorpore fines de interés colectivo y general, sin duda el posible fracaso por vía de incumplimiento, máxime cuando sea culpa del obligado, no debería frustrar su beneficioso propósito. En dicho axioma radica el origen histórico de la institución. En este sentido, bien se puede arbitrar una conmutación que salve su persistencia si la incertidumbre se cierne sobre la posible conducta propicia de los destinatarios finales de la reversión. Así, se considera un modelo de perpetuar el modo, no por otros medios como sucedería en la conmutación objetiva, sino gracias a la existencia de otros obligados sucesivos.

El Código Civil de Cataluña se refiere a dicha coyuntura en su artículo 428-5, tercer número, refiriéndose a «los modos ordenados para el cumplimiento de finalidades de interés general». Esa excelente previsión sin embargo se compromete con el reducido marco que le destina y asimila mucho al capítulo de las fundaciones: «la conmutación o

²⁸ Cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 502 y 503. Por el contrario, esgrime TORRALBA diversas sentencias que a su juicio lo impiden (*op. y loc. cit.*, p. 1951).

la conversión debe ser acordada por los órganos administrativos competentes»²⁹. Es un prejuicio discutible que toda promoción de un fin de interés general deba permanecer sujeto a control administrativo. En realidad, es al juez a quien compete semejante cometido que, de manera insólita, se le sustrae para este supuesto.

En cualquier caso, con la posible reversión del beneficio por incumplir el modo, el disponente vivo queda por completo libre de continuar con el desarrollo de las actividades previstas por el cauce que más estime oportuno. Ahora bien, ello no será posible si se trata de una institución *mortis causa*, por fallecimiento del *de cuius*. Esta hipótesis, por cierto, la más ordinaria, sin duda ofrece dificultades severas cuando el destinatario final de los bienes sea un ajeno al propósito del causante, que acaso no comparta los buenos fines expresados mediante dicho recurso jurídico. En dicha tesitura no considero impropia la idea manifestada por el Tribunal Supremo para conseguir mantener el modo gracias a distintos obligados.

La citada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1971 [RJ 1971\3158] es bien expresiva, pues versa sobre una institución testamentaria de Derecho navarro, no sometida, por tanto, a limitaciones materiales de la voluntad del causante, al menos en su faceta económica. Incluso consta la reserva de «la legítima foral navarra respecto de sus herederos forzosos» e «instituye heredero en el remanente de sus bienes, derechos y acciones, a su mencionado sobrino»³⁰. Ello no garantiza que sea el destinatario final

²⁹ La idea proviene del Proyecto de Compilación Catalana de 14 de octubre de 1955, que contenía reglas específicas para los contenidos benéficos y docentes, y piadosos, de las cláusulas modales, confiadas en su desarrollo a las autoridades administrativas y a los diocesanos afectados, respectivamente. ROCA SASTRE admite que podrán solicitar el cumplimiento las citadas autoridades administrativas competentes por razón de la materia, pero sin llegar al extremo que contempla la norma (cfr. *op. cit.*, p. 12).

³⁰ Me imagino que ayudará el relato del supuesto a comprender mejor el asunto, según cuyos propios términos: «el problema de fondo, propiamente dicho que se discutió en el pleito de que trae causa el presente recurso, gira todo él en torno del alcance y significado que deba darse al testamento público otorgado [...] por una tía del actual recurrente y hermana de quien ahora aparece como recurrido, en cuya cláusula tercera, después de cumplir con la legítima foral navarra respecto de sus herederos forzosos, instituye heredero en el remanente de sus bienes, derechos y acciones, a su mencionado sobrino a quien impone entre otras, la siguiente obligación: «mantener a sus padres mientras vivan, sanos o enfermos, siempre que trabajen y le ayuden en el negocio de panadería y comercio de la testadora, mientras puedan», obligación que con el tiempo resultó incumplida». El Tribunal Supremo suscribe la tesis de la Sentencia de apelación y rechaza la calificación del hecho «como un legado de alimentos puesto que no existe la institución a título particular trayente causa directa del testador, que éste requiere –cuya regulación y efectos habrían de correr por los cauces de los artículos 858 y siguientes del Código Civil– [y] llega a la conclusión, sin duda acertada, de que se trata de una institución de heredero con cláusula modal».

A muy semejante hipótesis responde la Sentencia del Tribunal Supremo 13/2003, de 21 de enero [RJ 2003\604], luego analizada, que concluye: «apenas deja lugar alguno a la duda desde el momento en que, ante Notario y por tanto sin poder desconocerse la función de éste en relación con la expresión de

de los bienes tras la posible reversión por incumplimiento quien atienda con las obligaciones establecidas, por lo que las cautelas parecen muy justificadas³¹.

Asumiendo el fallo de segunda instancia, la sentencia «llega a la conclusión, sin duda acertada, de que se trata de una institución de heredero con cláusula modal». Por consiguiente, «como tal determinación accesoria de la voluntad del testador, distinta de la condición, permite el artículo 797 de nuestro primer Código sustantivo, en forma de carga o gravamen impuesto por aquél al heredero con fuerza vinculante –según doctrina reiterada de este Tribunal Supremo, contenida entre otras muchas en las Sentencias de 2 enero 1928 [JC, nº 4, tomo 180], 4 junio 1936 [RJ 1936\1402], 14 diciembre 1944 [RJ 1944\1286], 18 diciembre 1953 [JC, nº 444, tomo XLIV], 17 marzo 1961 [RJ 1961\1208] y 4 junio y 18 diciembre 1965 [RJ 1965\3437 y 1965\5898]– de cuyo cumplimiento no depende la efectividad de la institución, para cuya no realización faculta a su exigencia si no en los mismos términos ordenados –caso de no ser posible– sí al menos en otros que sean similares en virtud de lo preceptuado en el artículo 798 del propio Código –de tener en cuenta analógicamente– para los supuestos en que no medie culpa o hecho propio del heredero o legatario, aplicable con más razón, si cabe, a hipótesis como la que aquí se contempla en que el incumplimiento se debió a la voluntad de quien ahora recurre»³².

Repárese que, como no podía ser de otra manera, por los adversos términos de la ley, el argumento esgrimido es el analógico. Con arreglo al artículo 4.1 CC, «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Ahora bien, lo que registra el artículo 798 CC es el supuesto «sin culpa o hecho propio» del obligado, y no el consciente como era el caso. Cabe aducir que no cabe la interpretación *a contrario*, pero resulta dudoso el recurso por analogía cuando justamente recoge la hipótesis contraria de incumplimiento culpable³³. De cualquier

la voluntad de la testadora, se omite por completo el término «condición» y, en cambio, se consigna expresamente el concepto de «obligación modal».

³¹ Así se manifiesta de forma notoria en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1991 [RJ 1991\9815], que luego reproduzco. Este contenido del modo se muestra proclive a la práctica, como ilustra la jurisprudencia del Tribunal Supremo español desde la temprana Sentencia de 9 de julio de 1910 [JC, nº 18, tomo 118], citando «que en nuestra antigua legislación reguló la ley 21, tít. 9º de la Partida 6ª».

³² Todo ello queda de relieve a la vista de «su comportamiento, pues llegó hasta a agredir a su padre motivando un juicio de faltas en que fue declarado culpable, hizo imposible la convivencia como modo de satisfacer el deber de manutención de aquel que, por su edad, dio lugar a la jubilación laboral, no estaba en condiciones de cumplir a su vez con su obligación de trabajar en el negocio que dejó la testadora».

³³ Distinto sucede con las normas relativas a la obligación de alimentos por la naturaleza de las conductas exigibles, aun cuando no suponga el supuesto un legado de tal especie según afirma el propio Tribunal

manera, y al margen de sutilezas, el criterio no puede ser más claro y, a mi juicio, certero, atendiendo a los fines de justicia en el caso particular. Se trata, en suma, de la salvaguarda del buen fin ínsito al propósito asignado por el instituyente.

En cuanto a la falta de culpa del obligado, resulta elocuente la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1991 [RJ 1991\9815]. El litigio se insta por las posibles herederas abintestato si revierte la institución en favor de la Congregación de Hermanitas de los Ancianos Desamparados, a causa del «incumplimiento por la heredera modal demandada de lo ordenado por el testador». El Tribunal Supremo se opone a ello desde la óptica de que no hubo culpa de la obligada en el incumplimiento del modo y que, aparte, concurre un modelo de conmutación modal. Una de las razones más poderosas tenidas en cuenta es que «la Congregación está exenta de todo ánimo de lucro en cuanto al incumplimiento». A diferencia de las recurrentes, que deseaban recibir los bienes *ab intestato*, en nada se benefició la citada Orden en la frustración del propósito. En el fondo, latía la idea de que, permitiendo la reversión, de ninguna manera se garantizaba perpetuar los deberes impuestos, sino todo lo contrario.

El Código Civil catalán establece un supuesto concreto en el que la culpa del instituido – si es legatario³⁴ y el modo resulta esencial– implica dos consecuencias específicas. La primera, como es lógico, la revocación de quien se comporte así, pero más interesante me resulta mantener el vínculo en el beneficiario final: «el incumplimiento de un modo impuesto a un legatario por su culpa faculta a la persona gravada con el legado para solicitar la restitución de su objeto, si se demuestra que el cumplimiento del modo fue un motivo determinante del legado. La restitución obliga a quien recibe el bien a cumplir el modo, salvo que sea personalísimo» (art. 428-4, nº 4)³⁵. La rúbrica del precepto –«Garantías de cumplimiento del modo»– es altamente ilustrativa de su fin procurado en la efectividad de los deseos del *de cuius*, máxime si «fue un motivo determinante» respecto de su designio. Resulta un supuesto paradigmático de

Supremo en esta resolución. En dicho episodio sí es oportuno el argumento de «analogía que permite utilizar también, dado el carácter de la obligación, las normas típicas del legado de alimentos del 879, en relación con los 146 y 153 todos del Código Civil; resultado éste que es una simple consecuencia de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal «a quo» tanto en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución». Según el Código Civil de Cataluña, «las normas de los legados se aplican también a los modos si su naturaleza lo permite» (art. 428-1, nº 4, CCCat).

³⁴ Explica VERDERA que se trata del legatario en virtud de que, según el principio *semel heres semper heres*, tal efecto sería imposible de asumir para el sucesor a título universal (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 5610). En la misma línea opera ROCA SASTRE (cfr. *op. cit.*, p. 18).

³⁵ A mi juicio la expresión literaria del precepto es francamente alambicada y hace precisa su atenta lectura para la exacta comprensión.

Los autores se fijan en el caso del contenido personalísimo (cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 12 y ss.).

conmutación subjetiva del modo, que, no siendo imposible, perdura en los sucesivos recipiendarios de los bienes. Guarda un neto paralelismo con cuanto luego se predica respecto a las fundaciones.

El incumplimiento sin culpa de obligado por hacerse imposible libera de la obligación en los supuestos comunes de los deberes recíprocos, no en los impuestos como gravamen inferior a lo logrado por título lucrativo, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*. Constituyen una obligación no recíproca y tampoco sinalagmática, pues ha de ser «el gravamen inferior al valor de lo donado» (art 619, *in fine*, CC)³⁶. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944 [RJ 1944\1180] acoge dicha tesis: «es doctrina compartida por el Derecho romano vigente en Navarra y por el Derecho español común, que cuando la cláusula modal no puede ser cumplida sin culpa del beneficiado [*sic, rectius: obligado*], se tiene por no puesta y en nada perjudica la validez de la institución de heredero; así como también que cuando, sin culpa o hecho propio del heredero, no pueda tener efecto la cláusula modal en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad (art. 798, apartado 1º del Código Civil, concordante en esencia con la ley 16, título 2º, libro XXXIII del Digesto)».

En el caso de que sea el favorecido por la carga quien dificulte o impida su cumplimiento el modo ha de tenerse por resuelto, según dicta la justicia, pues hay hecho propio de un tercero que obstaculiza³⁷. El problema tal vez se plantee por concurrencia de culpas del obligado y del favorecido; es decir, cuando sean de aplicación simultánea sendos párrafos del artículo 798 CC. Conforme al segundo inciso del precepto, «cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiera su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará

³⁶ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ alega ser «posible liberarse de la carga modal llevando a cabo su cumplimiento en términos análogos» (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 759), lo que implica una idea muy mejorable al menos en su literalidad, pues liberarse no implica cumplir de otra manera, sino la exoneración del vínculo. Eso mismo sucede cuando define como «cumplimiento ficticio» o «no real de la obligación modal» a su conmutación, pues ficticio es simulado y lo irreal imaginario, supuestos ambos que no se homologan con el cumplimiento subrogado.

³⁷ Cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 759), que añade la fórmula de tener la carga por no puesta sobre la base de autores que no cita y cuya pertinencia discuto, pues el modo no puede borrarse así a la ligera (cfr., en este mismo sentido, LUNA, *op. y loc. cit.*, p. 125).

Otra cosa es presumir como no puesto el modo cuando se purifica debido a distintas causas. Así MUCIUS SCAEVOLA lo mantiene para los contrarios a las leyes o las buenas costumbres (cfr. *op. cit.* p. 852; y TORRALBA utiliza la misma expresión: cfr. *op. y loc. cit.*, p. 1952). Prefiere ALBALADEJO la fórmula de que la institución vale, pero la carga no (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 495), salvo en el modo esencial que lo invalida todo. ROCA SASTRE se refiere mejor a la nulidad e ineficacia (cfr. *op. cit.*, p. 14).

cumplida la condición». Los autores estiman que la cita de la condición también abarca el modo³⁸.

Estas expresiones se toman del artículo 1.119 CC respecto a la obligación condicional: «se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento»; pero con un alcance real bien distinto, pues el cumplimiento del modo siempre favorece al destinatario y de la *ratio* de dicho precepto se induce cosa distinta. Según creo, existen argumentos a favor de soluciones antitéticas, pero la más razonable sería la compensación de culpas –que por lo común rige para el Derecho privado–, y establecer un cauce de cumplimiento mediante la conmutación modal, con arreglo a las circunstancias.

2.2.2. La imposibilidad de cumplir en los propios términos. La conmutación objetiva. Secuencia y supuestos

El artículo 798, pfo. 1 CC, con dudosa técnica, se refiere a que no pueda tener efecto la institución o el legado en los mismos términos establecidos por el testador; en realidad, alude de forma elegante a la frustración del modo. Este impedimento puede surgir en el plano de los hechos (deviene imposible) o en el jurídico (resulta ilícito)³⁹.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1991 [RJ 1991\9815] permite distinguir sendas categorías diferentes de imposibilidad sobrevenida. La meramente fáctica y la jurídica⁴⁰. Igualmente mide su criterio cronológico, que abarca tanto el

³⁸ Cfr. ALBALADEJO, *op. y loc. cit.*, p. 504; TORRALBA, *op. y loc. cit.*, p. 1952; CUADRADO IGLESIAS, Manuel, «Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en AA.VV., *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, I, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, p. 1142; VERDERA, *op. y loc. cit.*, p. 5601; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 854; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *op. y loc. cit.*; y ESPEJO, *op. y loc. cit.*, p. 916.

³⁹ LUNA cataloga diversos supuestos: «puede tener su causa en el azar, en la actuación de un tercero, en la conducta del obligado a cumplir el modo o en la de la persona que tenga interés en que el modo se cumpla o en que no se cumpla (los beneficiarios de la carga o los posibles favorecidos por la ineficacia de la disposición)» (*op. y loc. cit.*, p. 131). SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, concibe la falta de culpa en la concurrencia de «caso fortuito» o «hecho de tercero» (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 759). ALBALADEJO incluye «caso fortuito o fuerza mayor» con la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944 [RJ 1944\1180] (*op. y loc. cit.*, p. 502).

⁴⁰ En concreto, afirma: «resultando éste imposible hasta la muerte de la heredera usufructuaria en 1956, vedándolo luego el litigio entablado hasta 1962 y sin que le perteneciese la totalidad del caudal hereditario hasta la muerte en 1975 de la última usufructuaria, fecha en que la situación socioeconómica general es totalmente diferente a la de 1917 en que se otorgó el testamento». Se trataba de una obligación (un asilo de ancianos) que implicaba «unas instalaciones y servicios de elevado costo, sin que el caudal relicto tenga en forma alguna importancia cualitativa para permitir su construcción y posteriormente su mantenimiento, pues ello supondría un costo en el que la aportación hereditaria discutida sería una mínima parte, siendo así que el mismo esposo de una de las actrices, administrador de

instante de su establecimiento como el de su ejecución, máxime si queda diferida o es perdurable. A su tenor, «la carga, como obligación que es, tiene que ser posible, no sólo en el momento en que se otorga el testamento, sino también en el de la muerte del testador y en el que haya de cumplirse, cosa que no fue posible hasta el momento actual, teniendo que enfrentarse el problema de forma práctica y atendiendo a cuál fue la verdadera intención, quiénes son en último término interesados y si cabe un cumplimiento del modo por analogía o equivalencia, que es lo pedido en su día por las demandadas, siquiera ese posible cumplimiento análogo haya variado precisamente en su posibilidad. Y ya en este punto conviene recordar con la Audiencia de Albacete que la liberalidad para las monjas era sólo aparente, pues todo había de dedicarse al fin pretendido, con insuficiencia de los medios suministrados, exigencia de trabajo para las instituidas y beneficio, en último término, única y exclusivamente para los ancianos destinatarios, quienes quedarían defraudados, tanto como la voluntad del testador, si los bienes pasasen, por anularse la institución, a unos parientes en cuarto grado colateral sin carga alguna, matándose el fin social y la liberalidad del testador». Resulta evidente que la previsión de salvaguarda de la conducta exigida es el mejor aval del mantenimiento de la institución testamentaria, que nunca redundaría en beneficio del *de cuius* ya muerto, pero sí en el tributo a su voluntad postrera.

En ocasiones, se advierte a *posteriori* un posible cumplimiento subrogado de la obligación, aun cuando no hubiera imposibilidad manifiesta de cumplir, sino *grave incomodo*, del estilo de requerimientos laborales que aconsejan el traslado a otra ciudad por el concernido a convivir con el causante. La Sentencia del Tribunal Supremo 13/2003, de 21 de enero [RJ 2003\604], considera cumplido el modo de atender hasta la muerte a sus padres en dicha circunstancia, pese a la quiebra de la obligación de convivencia mientras asuma la de cubrir sus necesidades⁴¹. El instituido se traslada por

los bienes, reconoce, en su carta de 14 de octubre de 1981, que los mismos no producen ganancias, sino que resultan onerosos y deficitarios, por lo que es obvio que con sus rentas no se podría mantener el pretendido asilo, sin contar con que serían necesarias enajenaciones para su construcción, todo lo cual, unido a que dichos bienes aparecen arrendados y la Congregación mantuvo conversaciones con los parientes del causante, vecinos y Ayuntamiento del Pinoso para resolver el problema, sin que se llegase a ningún acuerdo hasta el momento del segundo litigio que nos ocupa».

⁴¹ Nada mejor que recoger sus términos para la exacta comprensión del asunto: «tras ordenar en la cláusula primera que mejora a su hijo hoy demandado-recurrente, «mandándole en tal concepto el tercio destinado por la ley a ese fin», y legarle, además, «la mitad del otro tercio llamado de libre disposición de todo su caudal o haber, en propiedad», la testadora dispone, numerándola como segunda, la siguiente cláusula: «La mejora y el legado de la cláusula anterior los hace a su hijo Antonio, con la obligación modal de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto precisen sanos o enfermos, y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles, según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes». Y a continuación, como cláusula tercera, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones instituye y nombra únicos y universales herederos, a partes iguales, a sus seis hijos, sustituyéndolos vulgarmente, incluso en la mejora y legado, por sus respectivos descendientes legítimos».

motivos de trabajo a otra localidad y «aunque en vacaciones residía en el mismo pueblo que sus padres, si bien no en casa de éstos sino en la de sus suegros, y se preocupaba de ellos tanto directamente como por medio de la persona, ajena a la familia, que desde muchos años atrás les atendía personalmente; y en Cataluña siguió residiendo hasta después de la muerte de aquéllos, acaecida la de la madre testadora el 29 de julio de 1976 y la del padre el 8 de abril de 1993, sin constar que ni la madre ni el padre ni los hermanos requirieran en momento alguno al hoy recurrente para que fijara su residencia en el domicilio familiar. Fue por el contrario una vez muerto el padre cuando sus hermanos se dirigieron contra el hoy recurrente pidiendo la ineficacia de la mejora y el legado ordenados a su favor, mediante demanda presentada el 21 de junio de 1996». Puede observarse que, lejos de requerir el mejor cumplimiento de su cometido, los familiares esperaron al fallecimiento de los progenitores para intentar obtener una reversión del beneficio testamentario que a fin de cuentas les favoreciera. En todo caso, la convivencia era una obligación secundaria que facilitara el efectivo cumplimiento de la principal de asistir a sus instituyentes. Las dificultades sobrevenidas hacen imposible atender en sus exactos parámetros a la primera, sin descuidar la segunda. Por último, la conducta de los demandantes muestra bien a las claras la falta de rectitud en su pretensión y con ella la fundada sospecha de su abandono en el caso de revertir el lucro a su interés.

Aparte de la imposibilidad física o jurídica de cumplir, algunas legislaciones modernas, como el Código Civil de Cataluña, también aventura nuevas hipótesis afines. Así se refiere a que «puede pedirse la conmutación o la conversión si el cumplimiento del modo en los términos establecidos por el testador comporta graves dificultades o si, modificando su cumplimiento, puede alcanzarse una utilidad mayor» (art. 428-5, «Modo imposible o ilícito», nº 4). Junto a la frustración, consta el supuesto lógico, y aquí defendido, del *grave incomodo*⁴², que libera tanto como aquella del cumplimiento en las obligaciones sinalagmáticas y abre la vía de la conmutación en el modo⁴³.

Asimismo, surge una circunstancia nueva, y a mi juicio más que justificada, con fundamento en el axioma de la *utilitas*. A esta tesitura en el fondo responde la hipótesis de la sentencia que acabo de reproducir. Es evidente que con la cláusula modal desea el causante favorecer a determinados colectivos y fines de ordinario

⁴² LUNA considera un caso de imposibilidad relativa el de la dificultad extraordinaria del cumplimiento, sobre la base de la excesiva onerosidad y traza la misma solución aquí auspiciada, como un ejemplo de los poderes moderadores de los tribunales (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 127 y ss.).

⁴³ Disiento, por tanto, del criterio expresado por ESPEJO según el cual son aplicables al modo las «causas de extinción de las obligaciones» (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 914), sin que se matice lo presente. En esta línea, VERDERA debate la categoría obligacional del modo (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 5597).

altruistas. Por tanto, este propósito ha de ser satisfecho de la mejor manera y atendiendo a la pauta de conveniencia. Cuando las circunstancias optimicen otros cauces resulta evidente que, si no hay mayor onerosidad, la conmutación aflora. Me resulta una fórmula muy proclive y adecuada tratándose de la figura jurídica de que versa. El poder moderador de los jueces hace factible nuevas perspectivas más apropiadas y oportunas, que ayudan a superar los obstáculos para su puesta en práctica. Beneficia, en síntesis, a todos los protagonistas y no implica el menor daño. Ello aparte, permite también eludir posibles impedimentos a la perpetuación del modo en el caso de reversiones que favorezcan a destinatarios ajenos al buen propósito del causante. Resulta imaginable que, por vía de disminución de sus beneficios legales, no alberguen la mejor de las disposiciones, al verlos menguados con impensas a causa del modo.

En fin, hay que aparejar medidas más modernas y eficaces a la pervivencia de instituciones vetustas que logran desarrollarse a lo largo del tiempo por su notoria utilidad, pero capaces de conveniente adaptación.

Existe, por último, un cierto debate sobre la secuencia de la imposibilidad de cumplimiento. El artículo 428-5, nº 1, CCCat plantea que su obstáculo no sea sobrevenido, sino *a priori*. Es decir, que se haya introducido de origen un modo imposible o ilícito. A su criterio, «se tiene por no ordenado, pero sin que ello implique la ineficacia de la institución de heredero o del legado gravados con el modo, salvo que su cumplimiento fuese el motivo determinante de la institución». Es la idea que predomina en los ordenamientos acerca de las circunstancias accidentales que resulten inviables, ya sea en sede de condición, o en la de la causa del nombramiento incluso. Así, «la expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita» (art. 767, pfo. 2 CC), advierte para el nombramiento del heredero el Código Civil común⁴⁴.

⁴⁴ LUNA opera en la misma línea y considera merced al principio *vitiatur sed non vitiat* que la imposibilidad originaria no vicia, sino que libera del modo, purificando la institución en dichas circunstancias (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 124; y cfr. ALBALADEJO, *op. y loc. cit.*, p. 502 y GÓMEZ CALLE, Esther, *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 128). Por el contrario, ESPEJO entiende que, si la imposibilidad originaria se debe al error del disponente, cabe la conmutación para impedir el enriquecimiento injusto del obligado (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 915). Lo articula sobre la base de «una voluntad hipotética o conjetural» (cfr. asimismo GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, p. 127), de la que me permito disentir en términos jurídicos por insegura y demasiado imaginativa. Según SÁNCHEZ HERNÁNDEZ no importa para la conmutación que sea originaria o sobrevenida la imposibilidad (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 758 y 759).

En cuanto a las condiciones, y sobre la base de que las «impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta Sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales» (art. 791 CC)⁴⁵, hay que acudir al régimen general. Sin embargo, existen algunos ejemplos en sede testamentaria que arrojan luz a la disciplina. De tal suerte, «la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste» (art. 793, pfo. 1 CC). Igualmente, como ya maticé, habida cuenta de la prohibición de condicionar las legítimas, se consideran no puestas cuantas incurran en dicho defecto (cfr. art. 813, pfo. 2 CC), siempre que afecten a su ámbito estricto, mejoras aparte. Este conjunto de criterios precisa interpretarse adecuadamente a la vista del artículo 1.116 CC, a cuyo mandato «las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa». Como quiera que no existe obligación estricta en las liberalidades, por justicia lo que se anula es el modo mismo y no la institución de la que depende, siguiendo la estela de la norma catalana ya transcrita, salvo que fuera de carácter esencial o determinante que vicia la propia institución en virtud de la voluntad decisiva para su autor. Luego en dicho supuesto no tiene cabida la conmutación de que aquí se trata. *Ad impossibilia nemo tenetur*.

LUNA SERRANO defiende dicha opción ante los silencios del Código Civil al respecto, desde la perspectiva del Derecho histórico y los antecedentes normativos⁴⁶. Estos marcan un paralelismo con las condiciones, como se ha señalado⁴⁷. En esta dirección, destaca la cita del artículo 709 del Anteproyecto de García Goyena.

⁴⁵ Un elocuente punto de digresión, que además guarda íntima correspondencia con la naturaleza del acto que se condiciona, consta en el artículo 1.115 CC, a cuyo tenor, «cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula», en justa correspondencia con la prohibición de dejar el cumplimiento de las obligaciones al arbitrio de una de las partes (cfr. art. 1.256 CC). Por el contrario, tratándose de actos de liberalidad y sin equilibrio de prestaciones esta exigencia decae.

Otra circunstancia especial concurre sobre la base del artículo 1.119 CC: «se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento». Se refiere la idea, como es natural, a la de alcance resolutorio. Es decir, implica la frustración del acto, como *similiter* sucede con el modo en las gratuidades.

⁴⁶ Cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 124 y ss. También considera el citado que, si la imposibilidad originaria luego puede ser vencida, el modo se ha extinguido, en cualquier caso, salvo inconsciencia del hecho por quien lo dispuso, en un ejemplo de preclaro error de base. Yo no estaría seguro sin reservas de dicha opinión y creo que más depende de las circunstancias. Si el óbice resulta de naturaleza jurídico y se levanta luego la prohibición nada impide su reviviscencia, lo que resulta mucho más conforme con la voluntad del disponente, prioritaria ley en las gratuidades, al margen del conocimiento que tuviera *in initio*.

⁴⁷ Criticada por TORRALBA y MUCIUS SCAEVOLA (cfr. *op. cit.*, pp. 150 y ss.; y *op. cit.*, p. 852, respectivamente).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944 [RJ 1944\1180] añade como antecedente prioritario del sistema de las cláusulas modales en Derecho español la cita de «la ley 16, título 2º, libro XXXIII del Digesto»⁴⁸. Dicho episodio proviene de MODESTINO y reza como sigue: «se dejó un legado a una ciudad para que todos los años se celebre en ella un espectáculo público en memoria del difunto y a costa de unas rentas. Pregunto qué piensas de este legado. Respondió que como el testador quería que se diera el espectáculo en la ciudad, pero era un espectáculo que no era lícito celebrar allí, es injusto que esa suma que el difunto había destinado al espectáculo fuera para el lucro del heredero; por lo tanto, debe verse, en presencia de los herederos y de los principales de la ciudad, en qué debe invertirse el fideicomiso para conmemorar al testador de otro modo que sea lícito»⁴⁹. A su vista se trata de un supuesto de cláusula modal sin beneficiario activo y que, por conmutación, para eludir un enriquecimiento sin causa, ofrece mecanismos paralelos de cumplimiento. Resulta evidente que la imposibilidad originaria en este caso, por óbice legal, no produce de ninguna manera la invalidez del modo, sino su conmutación efectiva. Luego la solución del problema en absoluto resulta pacífica y nuevamente guarda una íntima correspondencia con la hipótesis concreta.

Con todo, los antecedentes más próximos operan en la línea contraria, según se ha discutido. A la postre, los textos justinianos muestran que si el modo es *simplex*, de mero valor moral, decae; y, cuando se considere *cualificatus* o esencial, por el contrario hace inviable la institución misma, fórmula que me parece mucho más satisfactoria y equilibrada⁵⁰.

En el fondo, late la idea del carácter accesorio de la cláusula modal y hasta qué punto puede predicarse dicha categoría. Orgánicamente lo es, en la medida que no comparte por naturaleza la categoría del acto en que se inserta, pero desde la faceta funcional acaso no deba compartirse dicha tesis. La gratuidad recibe un complemento en forma de obligación que modela de algún grado el libre destino de los bienes. Mas eso es un análisis desde la perspectiva del instituido, no de la más radical esencia del acto, gobernada por la voluntad del causante, a cuya soberanía todo el proceso jurídico en su hermenéutica debe obedecer. El modo será siempre accesorio en la perspectiva del obligado, porque no suele consumir la liberalidad recibida y nunca la supera.

⁴⁸ MUCIUS SCAEVOLA cifra el precedente de Derecho patrio en la ley 22, título IX, Partida 6ª, si bien referido a la condición en la manda, pero con ese sentido vago del término por entonces y todavía hoy en boga (cfr. *op. cit.*, p. 845; y cfr. Torralba, *op. y loc. cit.*, p. 1950).

⁴⁹ D'ORS *et al.*, *El Digesto de Justiniano*, II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1972, p. 528.

⁵⁰ Cfr. ALBALADEJO, *op. y loc. cit.*, p. 495. GÓMEZ CALLE considera que si hay una imposibilidad relativa debe acudir mejor a la conmutación (cfr. *op. cit.*, pp. 129 y ss.).

Igualmente, se registran modelos circunstanciales para su autor, mientras sean solo expresión de mero deseo descomprometido y una carga moral más que jurídicamente relevante. Ahora bien, sería injusto desconocer el hecho de que no faltan muchas ocasiones en que los modos integran decisivamente la voluntad de quien dota los bienes, hasta el punto de hacerlos ínsitos a ella y, por tanto, indisociables a la institución misma. En esta hipótesis, se denominan también cualificados⁵¹ y ligan el destino del beneficio a su cumplimiento, sin condicionarlos jurídicamente.

En conclusión, desde la óptica de la ley del acto, que no es otra que la expresada en los deseos de quien dispone, los únicos con verdadero valor en el asunto, cuando el modo sea originariamente imposible contamina el acto al que se liga su existencia. En este aspecto radica el fenómeno de la conmutación, para que perviva la liberalidad por su satisfacción gracias a cauces alternativos que no impidan la pervivencia de las atribuciones lucrativas de bienes siempre que sea factible, que no ahora. En opuesto sentido, si no pasa de ser un *modus simplex* bien podría traerse la cita del adagio *utile per inutile non vitiatur*, pues resulta funcional y orgánicamente accesorio.

La imposibilidad ha de ser absoluta y sin remedio. Cuando existan caminos paralelos factibles y satisfactorios del propósito expresado la conmutación concilia la voluntad del causante con su afín puesta en práctica⁵². También sucede mientras sea parcial, que debe cumplirse lo permitido⁵³. Por eso, el Código Civil catalán entiende que «no se considera que el modo sea de cumplimiento imposible si puede alcanzarse la misma finalidad que perseguía el testador, aunque en un grado inferior o en términos diferentes a los que había ordenado. En este caso, a instancia de la persona gravada con el modo o de cualquiera de las personas legitimadas para pedir su cumplimiento, la autoridad judicial competente puede decretar, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, la conmutación o la conversión del modo» (art. 428-5, nº 2). La expresión, a mi juicio, no es del todo feliz, sino más bien al contrario. Además, encuentra ciertas dificultades de fondo que han de ponerse de relieve.

La tautología con que comienza el precepto resulta llamativa. Que no sea el cumplimiento imposible cuando quepa realizarse por otros medios resulta palmario y de Perogrullo. La incógnita surge a la hora de discernir si el «grado inferior» o «los términos diferentes» palían la falta de identidad entre lo mandado y lo emprendible. Se

⁵¹ ROCA SASTRE alude a expresiones afines: modo esencial, causal, determinante o decisivo (cfr. *op. cit.*, p. 17).

⁵² A esto llama GÓMEZ CALLE «imposibilidad relativa» (*op. cit.*, p. 127).

⁵³ Cfr. LUNA, *op. y loc. cit.*, pp. 124 y ss.

supera en clave de la identidad de razón tasada en la medida de la «misma finalidad que perseguía el testador»⁵⁴. Creo incomprensible dicha cita de la teleología, ligada por vía indirecta con la falta de derecho atribuido a los beneficiarios.

En segundo lugar, las referencias procesales de que hace gala resultan al menos discutibles. Será un asunto relativo a la jurisdicción voluntaria cuando no exista conflicto en su puesta en práctica, por cuanto «se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso» (art. 1.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: «Objeto y ámbito de aplicación»). Luego solo mientras el propio vinculado se muestre proclive a esta fórmula será oportuno dicho cauce procesal. En distinta hipótesis, compete la vía contenciosa, que mucho me temo no será infrecuente.

Por último, como alega con la cita de la correspondiente norma ESPEJO⁵⁵, en ocasiones la presencia de un interés público sobrevenido puede hacer inviable la persistencia de la cláusula modal. El artículo 21.4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, exige que «si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante 30 años hubieren servido a tales destinos, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público». La expresión legal no puede ser más confusa, si bien su sentido y alcance resultan evidentes *per se notae*.

El precepto transcrito evita que las cargas modales puedan perpetuarse por razón de la titularidad pública de los bienes afectos. Toma el mismo periodo de cadencia que para el usufructo a su favor, que de lo contrario lo haría interminable, amortizando en la práctica la propiedad. En efecto, «no podrá constituirse el usufructo a favor de un pueblo, Corporación o Sociedad por más de 30 años» (art. 515 CC). En el fondo, el añadido final de la disposición sobra. El «aunque» adversativo huelga, pues de lo que se trata es de no consentir la perpetuación del modo por la permanencia indefinida del

⁵⁴ La fijación que manifiesta el texto catalán con la finalidad del causante –a menudo no expresada, sino inducida de sus normas– resulta insólita. Incluso en la propia definición del modo se alude a ella con alcance casi enigmático: «el modo permite al causante imponer al heredero y al legatario, o a sus sustitutos, una carga, un destino o una limitación, que, *por la finalidad a que responde*, no atribuye otros derechos que el de pedir su cumplimiento, sin que redunde en provecho directo de quien puede pedirlo» (el marcado es mío).

⁵⁵ Cfr. *op. y loc. cit.*, p. 916.

obligado institucional. En síntesis, constituye una prerrogativa de los bienes de la Administración pública, cuyo servicio y titularidad colectiva permiten estas dispensas del ordenamiento civil común relativo a las obligaciones, derechos y dominio efectivo de los bienes de los particulares.

Las Administraciones Públicas se muestran en el plano legal reticentes a poder adquirir bienes sometidos a cargas, o no del todo libres⁵⁶. En su virtud, únicamente serán herederas a beneficio de inventario: «los derechos y obligaciones del Estado, así como los de las instituciones o Entidades a quienes se asignen las dos terceras partes de los bienes, en el caso del artículo 956 serán los mismos que los de los demás herederos, pero se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, a los efectos que enumera el artículo 1023» (art. 957 CC). En dicho supuesto, el beneficio de separación y del *intra vires*, deja de ser excepcional y adquiere un talante ordinario que yo echo en falta para el común⁵⁷.

El motivo es notorio: no asumir onerosidades que repercutan en perjuicio de los ciudadanos, a los que representan institucionalmente. Nunca el conjunto debería correr con las deudas de los privados, por mucho de que la tesitura moderna no deje de arrojar ejemplos insólitos de lo contrario, sobre todo en tiempos de crisis económica generalizada⁵⁸.

2.2.3. Cumplimiento subrogado

Siempre que sea factible ha de intentarse satisfacer, en los extremos más análogos y conformes a la voluntad del autor, el fin perseguido por el modo frustrado. Ahora bien, puede ocurrir que resulte cualquier sucedáneo inviable, y entonces entiende la jurisprudencia que remite la obligación mientras el destinatario no fuera culpable (STS.

⁵⁶ No en vano el artículo 8, *in initio*, de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, declara que «la cosa expropiada se adquirirá libre de cargas».

⁵⁷ Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora, «La responsabilidad de los herederos por deudas del causante», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, Ed. Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 231 y ss.

⁵⁸ A viceversa, tampoco los privados pueden lucrarse de fondos públicos en su espurio beneficio. En el último epígrafe del presente trabajo se analiza la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre, que impide una reversión de bienes a favor de particulares designados por el fundador si del hecho se derivara un enriquecimiento injustificado. En dicha hipótesis, se impone la conmutación fundacional a favor de personas jurídicas predeterminadas, según allí consta.

2 enero 1928 [JC, nº 4, tomo 180] y 30 octubre 1944 [RJ 1944\1180])⁵⁹; o el modo esencial, añadido.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1991 [RJ 1991\9815] define a este cumplimiento sucedáneo, cuando quepa, como «segunda solución»⁶⁰. La concibe tras una cadena de hipótesis subordinadas: «si la imposibilidad de cumplimiento es sobrevenida; si no hay culpa ni ánimo de lucro en la Congregación [...]; si el cumplimiento ha de ser por analogía, correspondiendo su determinación a los Tribunales; si los gastos a deducir, previa justificación, son los producidos en defensa de que se cumpla la voluntad del testador; si el cumplimiento de la carga no tenía plazo, ni se ha pedido; si la congruencia no significa sumisión literal a lo suplicado; si lo que se pretende ante los Tribunales es la válida efectividad de los derechos y ello les faculta para hacer las declaraciones complementarias precisas; si la cautela de la intervención del alcalde y párroco de Pinoso en nada perjudica a los recurrentes y asegura el cumplimiento de la voluntad del testador, pues por ello han de velar y cuidar; si los meros errores materiales, cual decir «pobres y desvalidos», corregible con la simple supresión de la «y», opera la conmutación modal. Pocas veces se ha registrado en la jurisprudencia tal catarata de condicionales –hasta nueve; algunos complejos, en desdoble y aumento de las exigencias–, que aseguren la efectividad de la doctrina propuesta. Los primeros de carácter material y los últimos procesales en sustento jurídico de la propia decisión.

Similiter, la Sentencia del Tribunal Supremo 13/2003, de 21 de enero [RJ 2003\604], considera cumplido el modo de atender y convivir con sus padres hasta su fallecimiento, pues «aunque en vacaciones residía en el mismo pueblo que sus padres, si bien no en casa de éstos sino en la de sus suegros, y se preocupaba de ellos tanto directamente como por medio de la persona, ajena a la familia, que desde muchos años atrás les atendía personalmente». Por tanto, «debe concluirse que se dio el cumplimiento alternativo del modo en los términos más análogos y conformes a la voluntad de la testadora, como prevé el citado artículo 798 [CC]».

⁵⁹ Existía en este punto una salvedad en el antiguo Derecho vizcaíno y alavés, por cuanto «revertirán al donante los bienes raíces donados con carga de alimentos a un descendiente si éste fallece en vida de aquél sin dejar hijos ni descendientes legítimos» (art. 39, pfo. 2, de la Compilación de Álava y Vizcaya). El primer párrafo del precepto vetaba disponer de tales bienes en garantía de la reversión.

⁶⁰ En contraste, según su tenor, «la primera solución por equivalencia era ceder gratuitamente el patrimonio heredado a una fundación que se constituyese, cuyo Patronato estaría constituido por el alcalde, Juez de Paz, cura párroco y seis personas más designadas en forma que determinasen los estatutos».

Queda por debatir, en definitiva, la cuestión concerniente a los posibles legitimados para instar la conmutación. En primer término, consta el propio autor, si es el caso de atribuciones ínter vivos y subsiste; o los herederos, que continúan su personalidad en el supuesto de tratarse un legado *sub modo*, que a terceros vincula. Nadie mejor que dichas personas sabrán cómo proceder en la hipótesis de imposibilidad sobrevenida y sin culpa del obligado. Igual éste, como es lógico, recibe dicha competencia, máxime cuando quiera cumplir de la mejor manera posible con el encargo recibido⁶¹. Es irrefutable prueba de su falta de culpa en el incumplimiento *in natura*⁶². También les cabe solicitar la conmutación a los beneficiarios del mandato, acudiendo a las instancias oportunas. Además de los tribunales de justicia, serían los que representan a la voluntad del causante o tienen encomendada la ejecución del testamento bajo cláusula modal. A los albaceas, por tanto, les cabe instarlo asimismo. Por último, se abre un abanico de posibilidades relativas a cuantos tengan probado interés legítimo en el asunto, que deberá dilucidarse *ad casum* por la tremenda variedad de supuestos imaginables y que la práctica no hace sino extender⁶³.

En síntesis, cabe concluir que todos quienes pudieran solicitar el cumplimiento del modo se ven asistidos de legitimación para impeler su conmutación⁶⁴, además del obligado, según se ha expuesto. A criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo 13/2003, de 21 de enero [RJ 2003\604], no cabe «limitar la legitimación para exigir el cumplimiento del modo tan sólo al directamente beneficiado por el mismo, pues en cuanto deber jurídico que es también ha de reconocerse tal legitimación, como propone la doctrina científica, a los albaceas o herederos, en cuanto interesados y encargados de velar por el cumplimiento de la voluntad del testador, y a los que se beneficiarían de su incumplimiento por pasar entonces a ellos los bienes». Ahora bien,

⁶¹ Cfr. ALBALADEJO, *op. y loc. cit.*, p. 505.

⁶² En el supuesto de las donaciones modales en vida del causante, se plantea cierta dificultad acerca del recurso a la revocación en dicha hipótesis. A primera vista, le compete al donante pretenderla por incumplimiento de cargas, o, al contrario, contentarse con el destino sucesorio aplicado para satisfacer el gravamen. Ahora bien, si el obligado demuestra su diligencia respecto del encargo, se hace muy dificultoso que no aprecie la conmutación modal en este supuesto el juez, impidiendo la revocatoria del disponente.

⁶³ Cfr. alguno de tales protagonistas en Luna, *op. y loc. cit.*, pp. 135 y ss.

MUCIUS SCAEVOLA trata de diversos ejemplos «variables hasta el infinito» (*op. cit.*, p. 843).

⁶⁴ Cfr. TORRALBA, *op. cit.*, p. 211; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 30; y MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 852. Este autor niega la legitimación incondicionada de «todas aquellas personas que tributen respeto a la memoria del testador», pues «nadie puede ejercitar derechos de que carece» (*op. cit.*, p. 850). ALBALADEJO contempla todo interesado sin limitaciones y hasta el favorecido por la disposición modal, lo que a mi juicio supone un planteamiento demasiado abstracto. Luego especifica que no tendrá mucha lógica promoverlo por quienes puedan ser favorecidos *ex reversione* por el incumplimiento (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 500; y cfr. VERDERA, *op. y loc. cit.*, pp. 5603 y ss.). ROCA SASTRE admite a cualquier interesado, sea directo, sea indirecto; ya patrimonial, ya moral (cfr. *op. cit.*, p. 12), lo que peca de amplitud desmedida.

dicho ámbito no abarca indistintamente a cualquier interesado y menos todavía permite a terceros instar el cumplimiento: «la sentencia de esta Sala de 4 de junio de 1965 [RJ 1965\3437] declaró que la institución modal no atribuía a un tercero el derecho a exigir la prestación a cargo del favorecido [...], como reiteró la sentencia de 28 de mayo de 1994 [RJ 1994\6723]».

Como apunte conclusivo, según creo la conmutación modal es un logro de la prudencia del legislador, que previendo posibles dificultades sobrevenidas arbitra un recurso sencillo y eficaz para su remedio casuístico mediante la intervención del juez⁶⁵. Convenientemente llevado a la práctica, de seguro salvará en gran parte las incertidumbres provocadas por el régimen abierto e inespecífico de las cláusulas modales. En el fondo, es hacer efectiva la voluntad gratuita en beneficio de otros, o del conjunto según el caso. En imposibilidades, buscar remedios y alternativas válidas para su despliegue jurídico y económico. Admitir nuevas fórmulas sucedáneas de cumplimiento.

2.3. *El paralelismo respecto de las fundaciones*

El ámbito de conmutación civil es algo indefinido en sus límites y órbita jurídica. La jurisprudencia lo amplía como remedio para los negocios fundacionales⁶⁶, dotando al mecanismo de unas dimensiones generales que lo engrandecen.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1948 [RJ 1948\275] aborda un caso llamativo de conmutación subjetiva cuando, a la vista del objeto de una fundación establecida con un fin de interés general educativo, decide que sea una sección distinta de la misma orden originaria quien desarrolle la tarea contemplada. Lo hace a partir de consideraciones de fondo útiles y precisas: «siempre resultaría contraria a Derecho la tesis de estimar inexistente la fundación por la sola circunstancia de no haber aceptado la rama de la Congregación designada en el testamento la tarea docente que se le encomendaba, porque frente a esta conclusión se alzan como obstáculo los artículos 797 y 798 del Código Civil [...], ya que no apareciendo de los términos de redacción de

⁶⁵ ROCA SASTRE ensalza las bondades de la institución, a la que define como «plenamente fundamentada o justificada» (*op. cit.*, pp. 27 y 28).

⁶⁶ Aun cuando la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1948 [RJ 1948\275] estableció los distintos perfiles del legado *sub modo* y la fundación efectiva, participan ambas del recurso a la conmutación. Por eso hablo de la conmutación civil que abarque ambos supuestos.

Es de reconocer las grandes concomitancias que guardan entre sí ambas figuras, hasta el punto de que pueden distinguirse sobre todo por la intensidad del propósito de su autor, el carácter general de los fines que persigue y su interés desde la perspectiva del bien público, que autoriza para el segundo supuesto el estatuto de persona jurídica distinta y autónoma.

la cláusula que se hubiese subordinado la existencia de la fundación al requisito de haber de encargarse de la enseñanza las religiosas llamadas vulgarmente «Monjas del Velo», se seguiría de aquellos preceptos que al no poder tener efecto la disposición exactamente en los términos dispuestos por la testadora, habría de cumplirse en los más análogos y conformes a la voluntad de la misma, cuales son, sin duda alguna, en el caso presente los de confiar la labor a la otra rama de la misma Congregación de Hijas de la Caridad».

En otras palabras, aplica de modo analógico el cauce de la conmutación modal a las fundaciones, en su categoría subjetiva, por cambio del obligado. En consecuencia, la conmutación deviene un sistema de amplio espectro y muy oportuno –según sus modelos objetivo, subjetivo y mixto de ambos– para poner remedio a los obstáculos en el despliegue de las gratuidades que impliquen obligaciones añadidas.

Otro caso concreto permitirá entender mejor la hipótesis. La Sentencia del Tribunal Supremo 736/2003, de 21 de julio [RJ 2003\5388] resulta diáfana en la equivalencia de situaciones que autoriza el paralelismo en su tratamiento jurídico: «la beneficencia de la testadora tenía por objeto y fin esencial, promover y coadyuvar a la educación cristiana de las obreras jóvenes, de modo que ante el notorio cambio en las circunstancias sociales y económicas producido desde la fecha de la Fundación hasta la realidad actual⁶⁷, no puede considerarse extinguida la Fundación e incumplida la voluntad de la testadora por el nuevo rumbo que por los órganos de la institución se dio a la Fundación». En efecto, «es claro que «la voluntad del fundador ha de interpretarse valorando también el interés de los destinatarios, en cuyo favor el fundador estableció la institución» (STS, (4ª) 24 diciembre 1985 [RJ 1985\941]), de suerte que ha de considerarse más conforme a la voluntad de la testadora, pese al cambio de domicilio, la subsistencia de la fundación, que, según resulta de la prueba practicada, sigue dedicando sus esfuerzos y sus recursos a la protección y ayuda de las «obreras jóvenes», tal como quiso la fundadora, consiguiendo para la educación y formación de dichas jóvenes becas y ayudas económicas, con la explotación y aprovechamiento de los bienes con que se dotó a la fundación, teniendo en cuenta que ya en el citado artículo 39 del Código Civil, se hace referencia al cumplimiento de «fines análogos», estableciéndose también en el artículo 798 del Código Civil que «cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no puede tener efecto la institución o el

⁶⁷ En concreto, estima «evidente que la existencia de «un obrador de ropa blanca» en edificio calificado como palacio, en el centro de esta capital, no responde a la lógica de la economía de nuestros días».

legado en los términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad»⁶⁸.

Este supuesto paradigmático de conmutación objetiva y cumplimiento en los más análogos términos posibles, complementa de forma muy oportuna la hipótesis anterior. Nada obsta para que se registren otros ejemplos en los que se suscite si el cambio de titularidad de los bienes afectados deriva en mantener la obligación que llevan implícita. Es decir, conmutación subjetiva por mutar el deudor. Por tanto, sus dos variantes –la objetiva y la subjetiva– operan también para las fundaciones, y asimismo en las cláusulas modales, según se infiere. Además, tampoco resulta insólito que se combinen ambas especialidades, dando lugar a lo que defino como conmutación de alcance mixto, por sucedáneo admitido en el cumplimiento que realiza otro sujeto gracias al fenómeno de reversión de bienes, siempre afectos a la carga correspondiente.

Luego, en el análisis más completo de la figura, se hace menester el estudio de la eficacia que la conmutación adquiere para el negocio fundacional⁶⁹. Tanto las fundaciones como las otras liberalidades parten de actos de neto signo gratuito, que permiten afectar a la conducta del instituido mediante vínculos, accesorios en el segundo caso y absolutos para el primero.

Ahora bien, no cabe a mi criterio hacer un juicio de su accesoriedad relativa desde la sola perspectiva del grado en que consuma la gratuidad recibida el cumplimiento de la carga. Dicha óptica únicamente concibe la postura del obligado. El asunto resulta más amplio y polémico. En el caso de la donación, porque a veces puede constituir la presencia del modo un presupuesto decisivo en la voluntad del causante y su frustración puede conferirle incluso en el plano jurídico un efecto reversional, según se

⁶⁸ «No obstante según la cláusula decimonovena del testamento de la fundadora, doña Rocío, la fundación nace para mantener «un obrador de ropa blanca» y la misma «no tendrá nunca otro objeto», de manera que existe una prohibición de modificación de los Estatutos, y, según la norma indicada, para cambiar los fines y el domicilio social se precisaba autorización del Protectorado, supuesto que no ha acaecido», afirma la misma sentencia.

⁶⁹ Excelente prueba suministra la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1963 [RJ 1963\5235], en la que se debatía si una concreta disposición testamentaria tenía verdadera raigambre fundacional o, por el contrario, alcanzaba el estatuto de modo testamentario. La solución se decanta por el primer modelo, habida cuenta de su objeto, permanencia y alcance universal a todos los bienes deferidos. La única duda consta en la falta de previsión del «destino que deba darse al capital en el caso de extinción de la Fundación», pero «tal dato no es imprescindible desde el momento que el Código Civil y las leyes reguladoras de las fundaciones e instituciones benéficas señalan el destino de los bienes en tales casos». Es decir, la conmutación subjetiva de que me ocupo acto seguido.

ha visto. En el supuesto de las fundaciones el dato resulta todavía más relevante, por cuanto a esa conducta se debe la misma esencia de la persona jurídica que se instituye.

Por eso la conmutación en este caso adquiere un alcance subjetivo prioritario, sin excluir que pueda tener naturaleza mixta.

3. LA CONMUTACIÓN FUNDACIONAL. SU CARÁCTER MIXTO

3.1. *Vicisitudes postreras de la Fundación*

Como digo, el segundo supuesto característico de conmutación civil surge a raíz del proceso liquidatorio de las fundaciones. Como expliqué ya en otro lugar⁷⁰, a las causas de disolución de las personas jurídicas sigue y acompaña de manera precisa el proceso extintivo, que acaba cuando se finiquitan sus bienes. No en vano las fundaciones, pese a su novedosa noción normativa, no dejan de ser un patrimonio dirigido de forma permanente al cumplimiento de un fin de interés general. Este concepto clásico contrasta con el ahora previsto, que contempla mejor a la organización que le da vida [cfr. art. 1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante, LFE)].

Cabe que los fines de interés general sean tan específicos que carezcan de futuro por circunstancias sobrevenidas, y entonces opera una causa de disolución del ente. La expresión del hecho en el plano normativo no puede ser más reveladora. Con arreglo al artículo 39 CC, «si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o Municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas».

Las alusiones a los «fines análogos» en dicha tesitura resultan del todo significativas de la conmutación. Por eso no extraña la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo al respecto. Trae consigo un episodio subrogatorio a la vez objetivo por analogía teleológica –que rememora de lleno a «los más análogos y conformes a su voluntad» que contempla el artículo 798 CC para las cláusulas modales en los términos

⁷⁰ Cfr. *El Negocio Jurídico Fundacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

equivalentes de sintonía de hipótesis y circunstancias– y subjetivo por el cambio de protagonistas. Es decir, conmutación mixta.

Este vestigio más bien secundario de la conmutación en el vetusto texto del Código Civil se refuerza, y mucho, gracias a la norma sectorial específica. El artículo 31 LFE contempla en su letra c) la causa extintiva del organismo «cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la presente Ley»⁷¹. La simple referencia de los preceptos implicados ofrece nuevas perspectivas, porque son los que se dedican a la modificación y fusión de fundaciones. Por tanto, cabe antes de disolver la persona jurídica ajustar mejor sus parámetros para que hagan factible una medida menos drástica y cumplir el fin propuesto. En el caso de las fusiones, que logren fondos adecuados al propósito perseguido, mediante asunción de una nueva entidad; en el de su reforma, variar en algún extremo los fines o los medios para conceder nuevos visos a la supervivencia de la persona jurídica. Este segundo modelo, cuando se autorice, abre la senda de la conmutación clásica, objetiva, en las fundaciones; mientras el primero responde a la de carácter subjetivo.

En efecto, todo apunta que la más ordinaria respuesta sea la que concierne a la conmutación subjetiva, que implica el cambio del responsable de conducir a buen término el fin fundacional. Esto supone tanto como preguntarse si los vínculos que dieron sentido a la persona jurídica perviven tras su disolución y se perpetúa en los beneficiarios del patrimonio en que a la postre consiste.

Las vicisitudes del negocio fundacional comprenden distintos pasajes. El primero acaba transformando la propia fundación en el plano interno tras modificarse. Otros operan en el externo, cuando se asume por distinta persona jurídica de semejantes características mediante su fusión completa –ya sea en condiciones de igualdad o por absorción–, o parcial, a expensas de la escisión y la federación. Este abanico queda reflejado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 1992 [RJ 1992\3920], que alude a la «extinción de una persona jurídica sin continuación, por subrogación, fusión, absorción, mutación u otro mecanismo al uso en Derecho, en otra persona natural o jurídica que mantuviera la posibilidad de ejercicio de los derechos y asunción de responsabilidades de aquella». Junto a los modelos teóricos que ajustan el fenómeno, se inducen las circunstancias para perpetuar actividades mediante conmutaciones subjetivas. La Ley estatal de Fundaciones sólo contempla la fusión (cfr. art 30 LFE), mientras las normativas sectoriales autonómicas amplían sus variantes:

⁷¹ Acerca del inciso c) del artículo 31 LFE resulta bien expresiva la Sentencia del Tribunal Supremo 407/2016, de 15 de junio [RJ 2016\3875].

absorción⁷², escisión⁷³ y hasta federación⁷⁴. La Ley vasca incluso recoge un novedoso concepto de transformación completa y no solo modificativa, un extraño episodio mutante, «conservando la personalidad jurídica, en otro tipo de persona jurídica que, careciendo de ánimo de lucro, cumpla los fines fundacionales originarios» (art. 44.1 LFPV).

3.2. *El destino subjetivo y objetivo de los bienes resultantes a la extinción*

Por cuanto ahora compete, las disposiciones legales, con la extinción, se ocupan del destino de los bienes resultantes después de afrontar las obligaciones en que hubiera incurrido la persona jurídica liquidada. El tema suscita gran interés en orden al debido respeto a la voluntad del fundador, que a mi juicio queda desmerecida en las soluciones que algunos ordenamientos internos dispensan⁷⁵, tema que desborda los límites aquí propuestos, a los que me ceñiré ahora.

La Ley estatal contempla la reversión de bienes y su destino en el artículo 33, a cuyo tenor «los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en el estatuto de la Fundación extinguida» (nº 2). «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a

⁷² Cfr. artículos 28 Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León (en adelante, LFCyL); 42.2 Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de interés gallego (en adelante, LFG); 37.4 Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja (en adelante, LFR); y 38.5 Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco (en adelante, LFPV).

⁷³ Cfr. artículos 43 LFG, 39 LFPV y 335-3 CCCat.

⁷⁴ Cfr. artículo 30 Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias (en adelante, LFCn).

⁷⁵ Cfr., en criterio diverso del mío, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, «Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1993, pp. 103 y ss.; y CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», en *Anuario de derecho de fundaciones*, 2009, pp. 29 y ss.

El debate ha sido intenso en este punto: cfr. DEL PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 343 y ss.; CARRANCHO HERRERO, María Teresa, «Consideraciones críticas en torno al derecho de reversión de la dotación fundacional», en *Actualidad Civil*, nº 33, 2000, pp. 1210 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, Carlos, «Observaciones sobre la constitución, modificación y extinción de fundaciones», en *La Ley*, mayo de 1998, p. 219; y MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J., «A propósito de la reversión del patrimonio fundacional a la persona fundadora o a la familia del fundador», en *Revista Galega de Administración Pública*, 2001, pp. 273 y ss.

entidades públicas de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general» (nº 3).

Las alusiones que se realizan a las entidades privadas que pueden recibir el excedente patrimonial de las fundaciones una vez se liquiden, trae consigo preguntarse acerca de si tales beneficiarios deben tener reconocida personalidad jurídica previa. En principio, todo apunta en su afirmativa respuesta. Sin embargo, no veo impedimento de fondo para que cuando se trate de un ente o colectivo no personificado también pueda recibir los bienes, siempre que se trate de instituciones libres de impulso crematístico. El indudable vínculo entre la voluntad del causante y el destino último de los bienes permite a mi juicio esta interpretación lo más generosa posible del asunto.

Resulta sorprendente que la ley estatal no confiera el destino a favor de las entidades que tuvieran fines análogos al de la extinta. Con ello se difumina una posible hipótesis de conmutación subjetiva que sería, según creo, mucho más acertada y precisa. Con todo, la práctica ofrece muchas opciones para que así se produzca, pues las entidades designadas por el fundador a buen seguro que serán las de aquella suerte, máxime cuando integra el margen de su libertad y propósito por lo común mantenido con cauta previsión⁷⁶.

Ahora bien, esta disciplina sobre los posibles destinos del patrimonio resultante tras la liquidación sólo compete a las fundaciones estatales. Luego se salvan los regímenes especiales al respecto que diseñan tanto las leyes autonómicas como las forales, cuyo estudio emprendo para completar el panorama en vigor acerca de la conmutación fundacional.

⁷⁶ Otra cosa es el análisis desde la óptica del grado de respeto a los deseos del causante si hubiera previsto que la frustración del propósito fundacional interrumpiera el nexo de los bienes asignados a su logro (cfr., por extenso, DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, «La voluntad del fundador», en AAVV, *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 249 y ss.). Perpetuar la vinculación del patrimonio contra el expreso ánimo del instituyente supone una medida polémica, cuya competencia y oportunidad es al menos discutible. Todo indica que se permite la eficacia de su propósito si éste se manifiesta en beneficio de una entidad pública, pero no mientras sea cualquier privada o bien se trate de simples particulares. Tales premisas desdican del esperado miramiento del legislador hacia el libre albedrío de los fundadores, del cual, por cierto, depende la misma existencia de la persona jurídica e incluso manifiesta una desconfianza por lo privado que resulta insólito tratándose de fundaciones. Sin embargo, tampoco faltan argumentos para justificar la medida, por el apoyo público recibido mediante su personificación. En cualquier caso, se trata de un episodio evidente de conmutación subjetiva, si bien lastrada por la criticable ausencia de los fines análogos que la hubieran fortalecido.

La más novedosa normativa sobre la materia es la vasca del año 2016⁷⁷. Con arreglo a su artículo 43.1, «los bienes y derechos resultantes de la liquidación tendrán el destino previsto por las personas fundadoras en los estatutos o en el acta de constitución, siempre y cuando sean destinados a entidades públicas o a entidades privadas no lucrativas que lleven a cabo fines de interés general». Contempla un sistema de conmutación subjetiva en idénticos términos y escasa medida que la ley del Estado⁷⁸. El compromiso de dichas instituciones con el interés general resulta un tanto independiente de los fines análogos a los perseguidos, pero no incompatibles con ellos. Es decir, nada impide que se produzca una conmutación también objetiva, por cuanto las entidades públicas o privadas hábiles destinarán sus bienes a sus fines generales, pero propios. Mucho más clara parece tal conmutación en el supuesto de que no se hubiera previsto algo por el fundador, pues «en defecto de la anterior determinación, los bienes y derechos se destinarán por el protectorado a otras fundaciones o entidades que persigan fines análogos a la extinguida» (art. 43.2, *in initio*, LFPV). Aquí ya se plasma con absoluta certeza el hecho, en la medida que consta su analogía teleológica con otras fundaciones o entidades llamadas a perpetuar el vínculo de los bienes.

Un punto de inflexión, sin embargo, representa la disciplina del ordenamiento foral navarro. En nítida correspondencia con lo marcado en el Código Civil, la Compilación de Navarra⁷⁹ en su versión de 1973 contemplaba que, según su ley 47, «el acto

⁷⁷ Renueva la Ley autonómica 12/1994, precedente muy válido de la disposición estatal del año 2002. El discutible tributo a la llamada terminología inclusiva comporta, según creo, algunas limitaciones lógicas, como la cita de «las personas fundadoras», pues me imagino que no las hay de otra especie.

⁷⁸ La Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, LFA) renueva el paralelismo con la Ley estatal en este punto, pero agregando una insólita excepción para las entidades del sector público: «las fundaciones constituidas por personas jurídico-públicas podrán prever en sus Estatutos que los bienes y derechos resultantes de la liquidación reviertan a su fundador» (art. 43.5 LFA). En idénticos términos opera el artículo 26.3 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (en adelante, LFV) introducido en su reforma por Ley de la Generalitat 9/2008, de 3 de julio. Resulta incoherente que se asigne unas facultades a la voluntad fundacional pública que se niegan cuando es el causante un simple privado. Esto se agrava si consideramos que la expansión a las entidades públicas del mecanismo fundacional constituye a la postre un simple remedo de la iniciativa privada y con fines claramente utilitaristas. Claro está que dicha reversión siempre favorece a las entidades públicas que hayan sido fundadoras, efecto que se descarta para los promotores particulares.

⁷⁹ Ley 1/1973, de 1 de marzo, Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra (en adelante, FN). La fecha originaria del Fuero Nuevo justifica el denotado paralelismo con el Derecho común por entonces vigente, pues ambos textos anteceden con mucho a las modernas legislaciones sectoriales en la materia. Sin embargo, hay que advertir que, aun cuando todavía no rija en el momento de la publicación de las presentes páginas, la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero, cuya vigencia se difiere hasta el 16 de octubre del 2019 por tener un periodo de *vacatio legis* de «seis meses siguientes a su publicación en el Boletín Oficial de Navarra» (disp. final, cuarta), comporta múltiples cambios. A pesar de

fundacional o los estatutos podrán establecer la reversión de los bienes en favor de los herederos del fundador o de determinadas personas, sean o no parientes de éste, con el límite de la ley 224.—Cuando se extinga una fundación sin haberse previsto el destino de sus bienes, adquirirá éstos la Comunidad Foral de Navarra, que los aplicará a fines similares a los establecidos por el fundador». La norma diseña el supuesto de reversión de bienes a imagen y semejanza del régimen sucesorio. Así, debe someterse a las instrucciones del fundador, y, en su ausencia, es instituida la Comunidad Autónoma. La reciente modificación por Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, en vigor a partir del 16 de octubre de 2019, mantiene sus premisas. Conforme a la nueva ley 42 FN, «además de las instituciones cuya personalidad jurídica se halla reconocida por las leyes, la tienen igualmente reconocida por esta Compilación: 2. Los patrimonios afectos a fines de interés privado sin ánimo de lucro»⁸⁰. Estas últimas entidades asimismo en «el acto constitutivo o los estatutos podrán establecer la reversión de los bienes en favor de los herederos del constituyente o de determinadas personas, sean o no parientes de este, con el límite de la ley 224» y «cuando se extinga una persona jurídica constituida conforme a esta ley sin haberse previsto el destino de sus bienes, adquirirá estos la Comunidad Foral de Navarra, que los aplicará a fines de interés social o general» (ley 43 FN del año 2019). Es decir, un régimen muy semejante al marcado en la versión anterior.

Procediendo por su orden, resulta dudoso si pueden incluirse dentro de las personas aludidas en el primer apartado de la ley 47 FN de 1973 y penúltimo de la ley 43 FN de 2019 a las jurídicas y a las instituciones públicas, pues recoge solo casos de particulares. Tratándose de un acto de libre autodeterminación se ha de responder afirmativamente

su incidencia profunda en orden a las fundaciones, a mi juicio permite mantener sus principios básicos incólumes, con ligeros matices relativos precisamente a la conmutación.

⁸⁰ No compete ahora realizar un estudio acerca de la naturaleza de dichos entes, que no pueden ser otra cosa que fundaciones, aunque se omita calificarlos así, sino «Patrimonios afectos a fines de interés privado» (ley 43 FN de 2019, *in initio*). La ley 43 FN en su versión de 1973 le reconocía personalidad jurídica «por antigua costumbre» (cfr. DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, «Las fundaciones en Derecho foral navarro», en AA.VV., *Temas de Derecho Civil Foral Navarra*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 137 y ss.) y habida cuenta que se mantiene la costumbre como fuente prioritaria del Derecho navarro, difícilmente ahora podría enmendar la plana frente a dicho planteamiento. Con arreglo a la nueva ley 43 FN, «por actos «inter vivos» o «mortis causa», cualquier persona podrá dotar de personalidad jurídica propia a un patrimonio integrado por bienes y derechos de cualquier clase y afectarlo al cumplimiento de determinados fines privados de interés social, humanitario o cultural o cualesquiera otros de carácter solidario y sin ánimo de lucro». El episodio es representativo de que la reforma no varía su esencia. Incluso se procura encubrir la naturaleza fundacional del asunto, y por no reconocer, como antes, que radicaba en antigua costumbre lo expresa en términos que cualquiera diría que la Compilación no fuera una ley. En suma, parece asumir el mensaje de Lampedusa en estado puro: mucho cambio para que nada varíe.

a la duda, con arreglo al principio *paramiento ley vienze* de la ley 7 FN⁸¹. La regla presume *a priori* favorecidos a los herederos del instituyente, que se vieron privados de dichos bienes en pro de la persona jurídica, perdida de sentido ahora. Con todo, no existe óbice para designar a otros sujetos, sean o no parientes suyos⁸², mientras obren en la esfera que la ley 224 FN establece para las sustituciones fideicomisarias⁸³. Esto es, individuos determinados, sin límite respecto de aquellos al menos concebidos en el instante de la reversión, y con el tope de cuatro llamamientos para los todavía no existentes por entonces. Si tales condiciones decaen, entra en vigor lo dispuesto en el segundo apartado de la ley 47 FN de 1973 y último de la ley 43 FN de 2019.

Una vez establecidos los beneficiarios de los bienes, para que opere la figura conmutacional ha de conocerse a ciencia cierta si la reversión comporta la carga de seguir con el fomento de los fines establecidos en la fundación extinguida, u otros similares mientras ello no fuera posible; o, por el contrario, se adquieren libres y puros. No es fácil proponer soluciones seguras, y obran argumentos convincentes en uno u otro sentido. La cita que se hace a las sustituciones fideicomisarias parece inducir la continuidad por otros responsables de los fines que se frustrarían junto con la persona jurídica, en un acabado ejemplo de conmutación subjetiva. Asimismo, el segundo párrafo de la ley 47 FN de 1973 y último de la ley 43 FN de 2019 vincula la reversión a favor de la Comunidad Foral cuando nada designen los estatutos. Sin embargo, en este punto sí se ha producido un cambio relevante. La versión originaria del Fuero Nuevo incluía de manera expresa propósitos «similares a los establecidos por el fundador»,

⁸¹ «Conforme al principio «paramiento fuero vienze» o «paramiento ley vienze», la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad». Se añade ahora un segundo párrafo, a cuyo tenor, «se entienden comprendidos en el límite del orden público, entre otros, la efectividad de los derechos humanos, el fundamento de las instituciones jurídicas y la tutela de los valores inherentes al sistema democrático y social constitucionalmente consagrado», lo que contrasta con el originario designio de la norma. En su complemento, la ley 8 FN, sobre «Libertad civil», declara: «en razón de la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas».

⁸² Téngase presente que la legislación navarra solo contempla un contenido testimonial de la herencia forzosa, pues «la legítima navarra tradicionalmente consistente en la atribución de «cinco sueldos «febles» o «carlines» por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles», no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero» (ley 267 FN, retocada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril).

⁸³ Constituye un indicio del paralelismo con el fenómeno sucesorio, que ignora el artículo 39 CC. La ley 304.6 FN establece para la sucesión *ab intestato* de la Comunidad Foral en bienes no troncales su destino último «a fines de interés general», donde antes de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril el número 7 señalaba con paralelo resultado práctico a «instituciones de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales». Resulta lógico que aquí también se induzca dicha reserva, tratándose del remanente de una fundación extinta.

mientras la novedosa redacción de 2019 elude por completo este destino, sustituido ahora por el abstracto propósito de «fines de interés social o general». Es decir, antes constituía un episodio de conmutación objetiva, pero ahora lo vela en el alcance limitado que arguyo de seguido con arreglo a la práctica. Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1948 [RJ 1948\275] estima también aplicable la conmutación modal en un supuesto de fundación navarra, según he tenido la ocasión de referir. Además, en esta línea se mueven las modernas legislaciones dictadas al respecto, que siguen la estela de la Ley estatal, pero con regulación específica (como los artículos 335-6 CCCat, 30 LFCn y 26.2 LFPV).

Mas, en contra, cabe también oponer poderosos motivos. En primer término, uno muy lógico: si la causa más corriente del cese de las fundaciones radica en la inadecuación de los medios al fin, dicha insuficiencia de ordinario se mantendrá para los particulares, luego existiría una imposibilidad sobrevenida que dispensa la conmutación objetiva por insuficiencia de medios. Ello no atañe a las instituciones públicas, que cuentan con instrumentos que integren a los bienes sobrantes para continuar el fin que devino inasequible. Con todo, si ésa hubiera sido la voluntad del fundador, a buen seguro se hubiese ahorrado el esfuerzo, donando sus bienes a la entidad que resulta beneficiada y que cuenta con objetivos análogos a la persona jurídica promovida. En otras palabras, hubiera facilitado el modelo de la conmutación a un tiempo subjetiva y objetiva; esto es, mixta.

En síntesis, a falta de otras indicaciones establecidas por el fundador, la reversión de bienes se produciría en puridad libre de cargas para los particulares, sean personas físicas o jurídicas. Este criterio se refuerza con la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1970 [RJ 1970\1031], que así lo estimó para un caso de reversión a favor de los herederos, en una fundación regida por el Derecho navarro.

Ahora bien, la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, «reguladora del régimen tributario de las Fundaciones y de las actividades de patrocinio» enmienda el antiguo régimen sustantivo del Fuero Nuevo para las fundaciones que hayan lucrado beneficios fiscales. Recibir ayudas públicas vincula de alguna manera, como en el caso de la Ley estatal, el destino resultante de unos bienes que han recibido el apoyo del Erario. Pretender que pueda el fundador sustraerse a un hecho tan palmario resultaría una completa injusticia, pues el conjunto de la sociedad ha cooperado en el patrimonio, que debe revertir a esta fuente. Claro está que no puede hacerse de manera directa, por ello se destina en el futuro al fomento de idénticas o análogas actividades que justificaron las subvenciones recibidas. Por tanto, su artículo 12, en plena correspondencia con las normas sectoriales del Estado, manda que «a la extinción de la Fundación su

patrimonio se destinará a fines de interés general análogos a los realizados por la misma». En suma, un episodio de la llamada conmutación mixta, objetiva y subjetiva. Quien reciba el superávit debe dedicarlo al fomento de similares fines de interés general. Esto contrasta mucho con el nuevo texto de la ley 43 FN, *in fine*, que insólitamente ignora los fines análogos a favor de los de interés general en abstracto. En una línea uniforme se sitúan algunas leyes autonómicas más modernas, que contemplan el destino de los bienes a expensas del fundador cuando su iniciativa fracase. Así, los artículos 45.1 LFG y 27.2 Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (en adelante, LFM): «a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador» y sólo en su defecto seguirá el cauce marcado por la Ley estatal. Es decir, adscriben las posibles beneficiarias en ausencia de instrucciones previas del causante «a las fundaciones, entidades no lucrativas privadas o entidades públicas que persigan fines de interés general», que «tengan afectados sus bienes, incluso en el supuesto de disolución, a la consecución de tales fines» [arts. 45.2 LFG y 27.4 LFM)]. La Ley de La Rioja eleva el listón incluso al carácter de perpetuidad, pues «deberán tener afectados con carácter permanente sus bienes, derechos y recursos al cumplimiento de fines de interés general, incluso para el supuesto de su extinción o disolución» (art. 40.4 LFR). Como puede observarse, todas ellas, en correspondencia con la reforma del Fuero Nuevo, también omiten los «fines análogos» a los de la fundación extinguida que se disuelven dentro de los más genéricos «de interés general».

Si se piensa mejor, no tiene mucho sentido semejante restricción al efecto conmutacional. Precisamente mientras el aporte de fondos públicos acontezca es cuando sería previsible que, una vez producida la extinción de la persona jurídica, retornen a su origen y sigan con el fomento de los fines generales que caracterizan el cometido de las instituciones administrativas. Si por el contrario no existe tal apoyo, sería del todo lógico que la voluntad del causante se perpetuara en fines análogos a los que motivaron la persona jurídica. Justo al contrario sucede aquí. Hay conmutación reduplicada, subjetiva y objetivamente, mixta, en el primer caso y no concurre para el segundo, salvo previsión reversional expresa. Sin embargo, dicho modelo no prospera en otros escenarios normativos de corte autonómico.

En efecto, la ley canaria orilla el destino establecido por el fundador que desdiga el marco de las «fundaciones o [...] entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general análogos a los realizados por la misma y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en el Estatuto de la fundación extinguida» (art. 33.2 LFCn). Si faltan instrucciones expresas, el Patronato que a ello se

autorice o el Protectorado de oficio, decidirá en idéntico sentido. Para esta deriva tautológica no merecía la pena la distinción de supuestos que conduce a la misma meta, si bien el tercer párrafo del mismo precepto permite que «las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general»⁸⁴. El resultado queda en evidencia que resulta del todo concurrente. Se priva de facultades de decisión a los fundadores que no se circunscriban al cumplimiento conmutado del fin fundacional en su vertiente mixta, que combina el aspecto subjetivo y objetivo.

Por cuanto atañe al Código Civil de Cataluña sigue la estela de su previa Ley autonómica 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, a la que sustituye y engloba en su Libro III, acerca de las personas jurídicas (aprobado por Ley de la Generalitat 4/2008, de 24 de abril). Su artículo 335-6, «Destino del patrimonio restante», declara que «debe adjudicarse a las entidades establecidas por los estatutos o destinarse a las finalidades de interés general establecidas por los estatutos. Las entidades adjudicatarias deben ser fundaciones, otras entidades sin ánimo de lucro con finalidades análogas a las de la fundación disuelta o bien entidades públicas» (nº 2). Resulta llamativo el paralelismo entre las entidades designadas y las finalidades establecidas al margen de quien las protagonice. Sería lo primero un capítulo de conmutación subjetiva, mientras lo segundo responde a la de carácter objetivo. En todo caso, «si las disposiciones estatutarias sobre el destino del patrimonio restante no pueden cumplirse, este debe adjudicarse a otras entidades sin ánimo de lucro con finalidades análogas a las de la fundación disuelta» (nº 3). Repárese que se trata, no de ausencia de previsión, sino imposibilidad de cumplir dichas instrucciones del fundador. Es decir, un supuesto directo de conmutación. En dicha tesitura, resulta notorio que la subjetiva favorece a entes sin ánimo de lucro y capaces de lograr análogos destinos de los bienes cuando eran fundacionales. Por tanto, concurre asimismo el alcance objetivo de la conmutación, que termina de nuevo siendo mixta.

La polémica suscitada por este asunto ha sido de tal relieve que motivó una decisiva Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. Es producto de un recurso contra la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid y sus normas al respecto, que permitieron en su resolución un amplio desarrollo de su doctrina sobre tales personas jurídicas en el texto constitucional.

⁸⁴ Así salva la primitiva remisión que hacía esta ley al artículo 39 CC, variando decisivamente su original designio.

3.3. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las cláusulas reversionales en las fundaciones

La Ley madrileña de Fundaciones fue impugnada frente al Tribunal Constitucional. La Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre [RTC 2005\341], que resolvió el recurso, es muy significativa en su contenido específico aplicable a la cuestión aquí estudiada⁸⁵.

El tenor de la demanda incide de lleno en el presente debate: «consideran los actores que el cuestionado precepto autonómico, en contraste con la normativa estatal, permite al fundador hacer uso de las denominadas cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales, lo que supondría el derecho de retrocesión de los bienes y derechos de las fundaciones extinguidas hacia su propio patrimonio o el de terceros, con la consiguiente desafectación del patrimonio fundacional al servicio del interés general. Pues bien, se mantiene por los recurrentes, admitir la cláusula de reversión o desafectación del patrimonio fundacional es contrario al artículo 34 CE porque ignora la garantía del instituto de la fundación. Dicha garantía remite a la noción de «reconoscibilidad» de la institución, que sólo puede existir si concurren la ya mencionada ausencia de ánimo de lucro y la vinculación tanto de la fundación como de su patrimonio al servicio del interés general. Según su parecer, si se permite la reversión de los patrimonios fundacionales, se está contaminando la imagen social de las fundaciones, con lo que se privaría de efectos al artículo 34 CE». A la inversa, el Letrado de la Comunidad de Madrid entendía que nada «impide que, una vez extinguidas, a los bienes se les dé el destino previsto por el fundador, aunque ese destino no responda al interés general. Ello no resulta contrario al artículo 34 CE puesto que la fundación, mientras ha existido, se ha atendido a la consecución de dicho fin y, una vez extinta, como quiera que ya no existe fundación, desaparece el deber de perseguir un fin de interés general; solución que resulta coherente con la primacía que en las fundaciones se atribuye a la voluntad del fundador en el artículo 39 CC».

Por consiguiente, no puede ser más diáfano el planteamiento de base, los valores e intereses en liza y las distintas ópticas jurídicas que avalan cada postura enfrentada

⁸⁵ Cfr. ALBA MARTÍN, María Oliva, «La reversión de la dotación fundacional a propósito de la STC 341/2005, de 21 de diciembre», en *Actualidad Civil*, 2007, pp. 1125 y ss.; ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, Luis, «La admisibilidad de la cláusula de reversión en las fundaciones», en *La Ley*, nº 2, 2001, pp. 1667 y ss.; MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis, «El destino de las fundaciones extintas según el Tribunal Constitucional», en *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 15, 2006, pp. 199 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a Sentencia del TC 34/2005, de 21 de diciembre», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 72/2006, pp. 1612 y ss.; y PULIDO QUECEDO, Manuel, «El fenómeno de las «Leges repetitae» como canon de constitucionalidad (La Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nn. 21-22, 2005, pp. 9 y ss.

sobre la materia del estudio presente. Conviene advertir que, si bien se produjo la impugnación de un precepto concreto (artículo 27 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid) la doctrina es común para otras normas paralelas de leyes autonómicas –así, artículos 45 de Galicia; o 40 de La Rioja–, forales – como sería el caso de la ley 43 FN de 2019– y hasta del propio Código Civil, de cuyo artículo 39 parten todas ellas y que no ha sido derogado *expressis verbis* por la Ley estatal de Fundaciones, aunque a la vista está que la sustituye⁸⁶.

El Tribunal, después de reconocer la idea clásica de fundación, arguye que «de la doctrina constitucional elaborada en esta materia no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el artículo 34 CE la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales. El interés jurídico protegido por el artículo 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al «interés general» en tanto subsista el ente fundacional, pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación. De suerte que el mencionado precepto constitucional no cierra las opciones del legislador puesto que no limita su libertad de configuración de las fundaciones imponiéndole, como contenido esencial del derecho preservado, cuál haya de ser, una vez extinguida, el destino de los bienes y derechos con los que se dote a la fundación. Por lo demás ya hemos visto que las normas legales dictadas por el Estado al amparo del artículo 149.1.1 CE no contienen criterios restrictivos en punto a esta cuestión».

Así pues, continúa la sentencia citada, «cuando el artículo 27.2 de la Ley autonómica dispone que «a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador», lo que hace, ante todo, es situar en primer término la voluntad del fundador para decidir sobre el destino del patrimonio de la fundación extinta. Esta previsión, que no es contradictoria con lo dispuesto tanto en el artículo 31 de la Ley de las Cortes Generales 30/1994 como en el artículo 33 de la Ley 50/2002, donde se reconoce expresamente al fundador ese mismo derecho de elección, no puede merecer, por sí sola, reproche alguno de

⁸⁶ La «Disposición derogatoria única. Derogación normativa» de la Ley estatal de Fundaciones de 2002 resulta más bien inexpresiva y mejorable desde un punto de vista lingüístico: «a la entrada en vigor de esta Ley quedarán derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en la misma y, en particular, el Título I y las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, octava, decimotercera, decimocuarta, decimoséptima y decimooctava de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General».

inconstitucionalidad puesto que no perturba la caracterización de las fundaciones como entidades no lucrativas»⁸⁷.

Luego la permanencia –y, por tanto, la conmutación obligatoria– queda excluida de suyo del concepto fundacional, como no podía ser de otra manera si pueden existir tales personas jurídicas sometidas a plazo y sujetas a condiciones resolutorias, y la propia Ley estatal concibe dichos fenómenos dentro de sus causas extintivas (cfr. art. 31. a y e LFE). El nexo con los fines de interés general, según es lógico, queda por hipótesis ligada con la existencia de la fundación, no con su proceso extintivo. En distinto caso, se trataría de un vínculo perpetuo, al que resulta poco proclive nuestro Código Civil y el entero sistema jurídico español de Derecho patrimonial.

Ahora bien, la conmutación se impone gracias a motivos de fondo si el fundador o los destinatarios de los bienes pudieran enriquecerse de forma injusta en el devenir del proceso reversional. «Por tanto si en casos concretos llegara a manifestarse una desviación patológica en la aplicación de la Ley, de suerte que la liquidación produjera un lucro para el fundador (o para las personas físicas o jurídicas designadas por él), incompatible con el interés general que debe presidir el instituto de la fundación, el Estado de Derecho cuenta con instrumentos suficientes para arbitrar los controles oportunos que cada supuesto requiera, a la vista de la legislación civil y de la normativa concreta en materia de fundaciones. En tal sentido deberá tenerse en cuenta que la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de aquellos con los que el propio fundador dotó a la fundación».

Con todo, ello no es, ni pretende serlo, una tacha de inconstitucionalidad, sino un efecto propio de las normas civiles que a todos atañen. En dicha hipótesis, no cabe duda que la conmutación subjetiva y, en su caso, también objetiva, opera de suyo con alcance automático y legal, para impedir el nocivo efecto de un enriquecimiento injustificado; y de fondos públicos, que lo agrava. El supuesto clásico es haber percibido ayudas públicas que incrementen el patrimonio en beneficio espurio de posibles

⁸⁷ Me tomo la licencia de disentir de la excesivamente amable conciliación indirecta que se procura entre lo dispuesto en los artículos 39 CC y 33 LFE de 2002. Ello resulta muy discutible, salvo que se interprete que las alusiones del primero al destino marcado en «las leyes» reemplaza o sustituye a lo establecido en «los estatutos, o las cláusulas fundacionales» mientras designen beneficiarios de la reversión a otros entes de los prevenidos en la ley sectorial. Estos señalan «a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos», según el segundo precepto citado.

destinatarios privados. Tratándose de fundaciones con incentivos fiscales, me atrevo a suponer que pueda constituir la imagen típica que arroje la práctica⁸⁸.

En suma, la reversión de bienes prevista por el fundador en modo alguno puede suponer enriquecimiento injustificado con fondos públicos para sus beneficiarios últimos particulares. Se consigue conjurar el peligro a través de la conmutación. Por consiguiente, todas las dotaciones sucesivas que puedan recibir de distinta fuente las fundaciones de ninguna manera seguirán este cauce liquidatorio a favor de privados establecidos por los Estatutos, que se reserva en exclusiva para la realizada por quien decide su destino a la extinción de la persona jurídica.

En definitiva, decide la sentencia que comento, nuestro sistema de fundaciones no veta en teoría las cláusulas reversionales privadas que imponga el fundador, pues «tal prohibición tampoco se explicita en la normativa dictada al amparo del artículo 149.1.1 CE, teniendo en cuenta el principio tantas veces reiterado que propugna la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales (por todas STC 24/2004, de 24 de febrero [RTC 2004\24], F. 6)». Esa fórmula impide que la conmutación fundacional sea obligatoria para dicha exclusiva hipótesis expresa. Mas, atendiendo a las circunstancias reales, será común en la práctica, sobre todo por las reservas y matizaciones que se acaban de referir.

En efecto, el problema de la reversión de bienes y su destino vinculado a los mismos fines, u otros lo más análogos posibles, originarios de la persona jurídica permite soluciones múltiples y *ad casum*. Si la fundación se ha realizado ínter vivos y los causantes controlan, en pura lógica, el Patronato, nada obsta para que decidan con libertad la meta del patrimonio restante a su extinción. Con todo, las aportaciones sobrevenidas que incrementan la dotación inicial no deberían permanecer al arbitrio del instituyente, pues constituyen un respaldo a la persona jurídica, y no integran el patrimonio destinado en un principio para la creación del ente.

Las dificultades se presentan, sobre todo, con las fundaciones *mortis causa*, que de ordinario limitan sus medios a los suscritos de inicio, tanto por las típicas determinaciones en los destinatarios, como por las circunstancias que las vieron nacer.

⁸⁸ Cabe oponer, al menos en teoría, que los beneficios tributarios recibidos a lo largo de la vida del ente pudieran compensarse con el uso del patrimonio fundacional en el fomento de los fines generales establecidos mientras duró la persona jurídica de referencia. Dicho empleo de fondos privados es lo que permitió semejante respuesta de apoyo del ordenamiento jurídico cuando se personifican y sería suficiente para resarcir la hipotética merma retroactiva del Erario público a causa del nuevo destino particular de los bienes.

Con tales presupuestos, cabe la reversión conforme a las normas dictadas por el fundador, pues él mismo se ocupa del destino de los bienes si se frustra su propósito altruista. Constituye un episodio del todo común al universo hereditario, donde la voluntad del causante constituye ley en la sucesión. Sin embargo, enfrenta ciertas limitaciones, pues afecta solo al patrimonio de quien impone la cláusula y nunca opera sobre las aportaciones sucesivas de distinta persona. *Similiter*, tampoco puede de ninguna manera suponer un enriquecimiento injusto por la vía de los beneficios fiscales que hubiera podido lucrar.

Por último, no es desdeñable un criterio de análisis, desde un punto de vista lógico, que tenga presente la dimensión de las fundaciones en términos de patrimonio, posibles beneficiarios de sus fines y entidad objetiva. Todos esos datos señalan que las de cierto empaque suelen recibir aportaciones dotacionales sucesivas y a menudo ayudas públicas de consideración. Además, dicha hipótesis no suele ser proclive a extinciones abruptas. Como quiera que sea, de llegar a producirse, indudablemente las normas de su liquidación obedecen entonces al concurso de la conmutación. Sería en su faceta mixta, por cuanto favorece a fundaciones o personas jurídicas dedicadas al fomento del interés general y deben aparejarse los bienes a propósitos análogos a los prevenidos originalmente.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA MARTÍN, M^a Oliva, «La reversión de la dotación fundacional a propósito de la STC 341/2005, de 21 de diciembre», en *Actualidad Civil*, 2007, pp. 1125-1140.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel:

- «Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario», en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1093-1108.

- «La revocación de donaciones por incumplimiento de cargas», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, pp. 970-985.

- «Artículos 797 y 798», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, X-2, Ed. Edersa, Madrid, 1984.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a Sentencia del TC 34/2005, de 21 de diciembre», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 72/2006, pp. 1607-1636.

CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», en *Anuario de derecho de fundaciones*, 2009, pp. 29-58.

DEL PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

CANO TELLO, Celestino, «La institución y el legado «sub modo» en el Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1966, pp. 679 y ss.

CARRANCHO HERRERO, M^a Teresa, «Consideraciones críticas en torno al derecho de reversión de la dotación fundacional», en *Actualidad Civil*, nº 33, 2000, pp. 197-208.

CASTÁN TOBEÑAS, José, «El modo en los actos jurídicos», en *Revista de Derecho Privado*, 1918, pp. 91 y ss.; 1919, pp. 102 y ss.; y 1921, pp. 211 y ss.

CUADRADO IGLESIAS, Manuel, «Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en AA.VV., *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, I, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 1133-1150.

D'ORS *et al.*, *El Digesto de Justiniano*, II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1972.

DE LOS MOZOS, José L., «El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial», en *Revista de Derecho Privado*, 1978, pp. 223-234.

DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis M^a, «La revocación de donación modal», en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 65-108.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, José A., «Determinaciones accesorias de la voluntad en los actos mortis causa», en *Anuario de Derecho Foral*, 1975, pp. 265 y ss.

DURÁN RIVACOBA, Ramón, y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora, «La responsabilidad de los herederos por deudas del causante», en AA.VV., *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, Ed. Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 231-240.

DURÁN RIVACOBA, Ramón:

- *El Negocio Jurídico Fundacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- «La voluntad del fundador», en AA.VV., *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 249 y ss.
- «Modo y liberalidad», en AA.VV., *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo III*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 293-324.

- «Las fundaciones en Derecho foral navarro», en AA.VV., *Temas de Derecho Civil Foral Navarro*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 137 y ss.

ESEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «Artículo 798», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 914 y ss.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, (Reimpresión de la edición de Madrid, 1852), Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, pp. 381 y ss.

GÓMEZ CALLE, Esther, *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, «Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1993, pp. 91-116.

LÓPEZ VILAS, Ramón, «Sobre la distinción entre legado e instituciones modales hechas en testamento», en *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 575-616.

LUNA SERRANO, Agustín, «Disciplina del modo testamentario imposible», en *Anuario de Derecho Civil*, 1968-1, pp. 109-138.

MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J., «A propósito de la reversión del patrimonio fundacional a la persona fundadora o a la familia del fundador», en *Revista Galega de Administración Pública*, 2001, pp. 271-284.

MONTÉS PENADÉS, Vicente L., «El modelo testamentario y las prohibiciones de disponer», en *Anuario de Derecho Civil*, 1974, pp. 301-340.

MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, «Artículo 798», en *Código Civil Comentado y Concordado*, XIII, 5ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1943, pp. 852 y ss.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis, «El destino de las fundaciones extintas según el Tribunal Constitucional», en *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 15, 2006, pp. 199-216.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «Artículo 798», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 629 y ss.

PULIDO QUECEDO, Manuel, «El fenómeno de las «Leges repetitae» como canon de constitucionalidad (La Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nn. 21-22, 2005, pp. 9-12.

REYES LÓPEZ, M^a José, «El modo testamentario y la condición», en AA.VV., *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, I, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 437-458.

ROCA SASTRE, Ramón M^a, *La conmutación modal*, (discurso de recepción pronunciado con motivo de la solemne investidura de Doctor Honoris Causa de la Universidad de Barcelona), Barcelona, 1972.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, Luis, «La admisibilidad de la cláusula de reversión en las fundaciones», en *La Ley*, nº 2, 2001, pp. 1667-1675.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, «Artículo 798», en AA.VV., *Código Civil comentado* (coord. por VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *et al.*), Vol. 2, Ed. Civitas, Madrid, 2011, pp. 759 y ss.

TORRALBA SORIANO, Vicente O., «Artículo 798», en AAVV., *Comentario del Código Civil*, I, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1951 y ss.

TORRALBA SORIANO, Vicente O., *El modo en el Derecho Civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1966.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, «Observaciones sobre la constitución, modificación y extinción de fundaciones», en *La Ley*, nº 3, 1998, pp. 1455-1459.

VERDERA SERVER, Rafael A., «Algunas consideraciones sobre el incumplimiento del modo testamentario impuesto al heredero: una comparación entre el Código Civil y el *Codi de Successions*», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, IV, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 5593-5627.

Fecha de recepción: 22.03.2019

Fecha de aceptación: 08.05.2019