

# El modo testamentario y las prohibiciones de disponer\*

VICENTE L. MONTES PENADES  
Profesor adjunto de Derecho Civil

INTRODUCCIÓN: I. *Configuración y estructura del modo testamentario como vehículo de las prohibiciones de disponer*: 1. Modo y Condición. Jurisprudencia. 2. Modo y Legado: a) Criterios de distinción. b) Modo, Legado y Sucesión. c) La afección de los bienes de la herencia.—II. *El contenido de la disposición modal y las prohibiciones de disponer*: 1. El contenido del modo. 2. Las prohibiciones de disponer como contenido del modo: a) Carga real y obligación personal. b) Tipos de prohibiciones de disponer. 3. Régimen de las prohibiciones de disponer en sentido estricto: a) Causa. b) Límites. c) Inscripción registral. 4. Régimen de las obligaciones de no disponer: a) El cumplimiento del modo. b) La revocación de la disposición modal. c) Modo y Registro.—III. *El contenido de la disposición modal y los derechos de adquisición preferente (prohibiciones impropias de enajenar)*: 1. Los derechos de adquisición preferente como derechos reales. 2. Doctrina de la Dirección General de los Registros.

## INTRODUCCION

El objeto del presente estudio pudiera centrarse en una sola cuestión: la eficacia que puede —o debe— atribuirse a una disposición testamentaria que limite la facultad de disposición del instituido sobre el bien transmitido.

Tal limitación de la facultad dispositiva puede operarse detrayendo sin más esta posibilidad, es decir, cercenando la propia facultad de disposición, a través de lo que suele llamarse “prohibición de disponer”, o bien atribuyendo el “ius disponendi” a otra persona, distinta del beneficiario de la atribución o institución. Pero es claro que en cualquier caso se produce una bilateralidad de posiciones, ya que alguien va a beneficiarse, en último extremo, de la carencia del poder de disposición: los herederos del mismo causante, los del beneficiario, o terceras personas, que en el caso de la simple detracción del “ius disponendi” no estarán especialmente designados por el propio testamento, y, en cambio, deberán estarlo en el caso de concesión de

---

(\*) Trabajo publicado en el libro homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro.

tal facultad de disposición, generalmente a través de un derecho de adquisición preferente, a persona distinta del instituido.

Cuando por testamento se establece, sobre uno de los bienes comprendidos en la sucesión, una prohibición de disponer, propia o impropia, de alguna manera se “modaliza” la institución, en cuanto se impone una suerte de obligación accesorias de “no hacer”, que, sin embargo, no condiciona la eficacia de la institución. Así ocurre más claramente en los casos en que el deber de no enajenar es reflejo del derecho concedido a otra persona.

Pero si hay alguien que directamente es titular de un derecho que deriva del propio testamento, ¿no estaremos ante un auténtico legado? O, en otras palabras —y en conexión con cuanto veníamos diciendo— ¿Cuál es la posición del favorecido por la carencia del “ius disponendi” que sufre el instituido?

Los problemas de calificación en estos supuestos son, en la práctica, difíciles, aún cuando pueda partirse de una tipología técnica en principio clara.

Configurado el derecho que viene atribuido por testamento —en un llamamiento a título universal o a título particular— como una titularidad que no comprende la facultad de disposición. ¿Estaremos ante la figura del “modo testamentario”? ¿Qué eficacia habrá de concederse a la limitación impuesta? En parte, según entendemos, dependerá de la presencia y de las posibilidades de actuación del que resulte favorecido. Y ello, aun cuando no se trate de una “obligación de no enajenar”, sino de una verdadera “limitación” o “prohibición de disponer”.

Intentamos responder a estas cuestiones, partiendo de la configuración del “modo” y de su relación con el legado, para llegar a saber si cabe ver en la “prohibición de disponer” el contenido de un modo o si, por el contrario, no guardan relación ambas figuras, quedando el “modo” como vehículo o instrumento, en su caso, de las llamadas “obligaciones de no disponer”.

## I. CONFIGURACION Y ESTRUCTURA DEL “MODO” TESTAMENTARIO COMO VEHICULO DE UNA PROHIBICION DE DISPONER

### 1. *Modo y condición. Criterio de la Jurisprudencia*

Las disposiciones testamentarias, según el criterio prevalente en la doctrina y en la Jurisprudencia, son condicionales cuando lo que se debe hacer, dar o simplemente esperar que suceda, decide la eficacia o ineficacia del llamamiento. Por el contrario, son modales las disposiciones, cuando lo que se hace (o lo que no debe hacerse) requiere la eficacia previa de la institución de heredero o del legado (1).

(1) Así, MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, t. XIII, 5.<sup>a</sup> ed., revisada por ORTEGA LORCA, Madrid, 1944, págs. 846 y sig.

Ni siquiera cabe la confusión en tema de condición resolutoria potestativa, por cuanto que la condición pondría en trance de ser o no ser un efecto del legado, mientras que, se trata de añadir a tales efectos una obligación nueva, que precisamente encuentra su apoyo en la previa producción de aquellos efectos (2).

Claramente se observa en estos casos que el testador no ha dispuesto que el legatario deje de serlo si no cumple la carga establecida. Más bien parece que ha querido que permanezca la institución (atribución principal), pero que también permanezca y se cumpla la determinación accesoría en que la carga consiste (3).

Son aplicables a estos supuesto, además, dos de los clásicos criterios de distinción entre condición y modo:

a) De una parte, el testador ha querido que su disposición se cumpliera después de haberse recibido la atribución.

b) De otra parte, no ha suspendido la eficacia de la institución, ni la somete a pendencia de ningún genero respecto del principio o final de sus efectos, sino que, antes bien, parece que el cumplimiento de lo dispuesto carece de sentido si no se recibe la atribución ordenada por el testador (4).

Estamos ante supuestos en que se obliga al instituido, pero no se suspende su cualidad de tal, porque no hay ni aplazamiento ni pendencia de su titularidad.

Todo parece llevarnos al terreno del modo (5).

Incluso puede invocarse la norma (a nuestro juicio más interpretativa que presuntiva), del artículo 797, párrafo 1.º del Código civil, a cuyo tenor "la expresión de objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya que darse a lo dejado por el testador, a la carga que el mismo impusiere no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad".

Hay, desde luego, otros criterios de distinción entre condición y modo, pero se basan en la distinta eficacia que producen, por lo que no pueden servir para una calificación, ya que precisamente suponen que se ha calificado previamente la figura (6). Así no vale decir que condición y modo se distinguen por los efectos del incumplimiento (según quepa o no la resolución) cuando lo que se trata de saber es,

---

(2) ALBALADEJO, M., *Condición, término y modo*, en Revista de Derecho Notarial, números XVII-XVIII (1957), 45 y sig., pág. 88.

(3) PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. 2.º, Barcelona, 1963, págs. 326-327.

(4) En este sentido, véase VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965*, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 458 (1967), págs. 166 y sig., esp. págs. 170-172.

(5) Cfr. OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*. Madrid, 1957, págs. 230 y 231 y también LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, t. I, Barcelona, 1971, págs. 586 y sig.

(6) Pueden verse en VALLET DE GOYTISOLO, *Op. cit.*, págs. 170 a 172 y en TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho Civil*. Alicante, 1966, páginas 76 y sig.

precisamente, si cabrá o no la resolución, en virtud de que se trate de un modo o de una condición (7).

Se debe, pues, proceder a la interpretación de la voluntad del testador, auténtico árbitro de la situación, en los términos del artículo 675 y del ya citado 797, párrafo 1.º, ambos del Código civil.

La distinción, a nuestro juicio neta, entre modo y condición, y la posibilidad de aplicar esta distinción a los supuestos que nos ocupan puede apoyarse en una doctrina jurisprudencial bastante clara.

Además de las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1910, de 2 de enero de 1928, de 4 de junio de 1936, de 2 de noviembre y 14 de diciembre de 1944 (8), pueden verse las que a continuación exponemos.

En la *Sentencia de 18 de diciembre de 1953*, el Tribunal Supremo estimó que se establecía un modo en la institución de heredero en la nuda propiedad (consolidable más tarde con el usufructo) verificada por el testador en favor de su sobrina "con la obligación de que esté en su compañía, cuidándole y asistiéndole, hasta la muerte del testador y de su esposa". Se solicitaba la revocación de la disposición por entender que la heredera designada no había cumplido lo que se calificaba por el recurrente de "condición".

En sus CONSIDERANDOS, el Tribunal Supremo establece que: "Ni el propio testamento ni los hechos coetáneos o posteriores tenidos por ciertos en la sentencia recurrida revelan que el cumplimiento de esa obligación sea la causa de su designación como heredera, y que esté, por tanto, supeditado a su cumplimiento su derecho a la herencia, siendo, por el contrario, más natural creer... que la obligación impuesta no tiene más valor que el de una institución "sub modo", de los que no supeditan el derecho a la herencia a su cumplimiento, si bien sujetan a quien se imponen a determinadas obligaciones".

Sin embargo, de la lectura de los antecedentes resulta que podría entenderse que la instituida habría cumplido la obligación, puesto que tía y sobrina dejaron de vivir juntas cuatro días antes del nuevo matrimonio de aquélla (9).

La doctrina sentada por esta sentencia se confirma en la de 27 de septiembre de 1961 (Barrera García contra García Escudero). En este caso, se debatía el alcance de una cláusula testamentaria del tenor literal siguiente:

"Lega a su sobrina J. B. G. la mitad de la casa que en la actualidad habita la testador, cuyo legado se entiende en nuda propiedad hasta el fallecimiento del esposo de la testadora, y con la obligación

(7) En este sentido, LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 588.

(8) Estas sentencias están recogidas por PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, págs. 326 y sig. y por RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina Civil del Tribunal Supremo*, t. II, 2.ª ed., Madrid, 1961, págs. 2726 y sig.

(9) Cfr. PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, págs. 328-329.

de abonar a cada uno de los herederos restantes la suma de 250 pesetas”.

Con base en esta disposición, y sin haber cumplido la obligación impuesta, la legataria entabla demanda de retracto legal de comuneros contra el adquirente de la otra mitad de la finca, que lo era en virtud de contrato de compraventa celebrado con el esposo de la testadora poco antes del fallecimiento de éste.

El demandado alegó que la legataria tenía sólo un derecho expectante y que carecía de título legítimo para accionar el retracto. La demanda fue estimada en ambas instancias.

En casación se alegó la aplicación indebida del artículo 797 del Código civil, estimando que la obligación de abonar 250 pesetas, constituía una verdadera condición potestativa suspensiva.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar, y dice en sus considerandos que: “...por la redacción dada a la cláusula estudiada no se deduce en modo alguno que la adquisición del inmueble se haga depender del pago de las cuotas de referencia, ni se supedita tal adquisición de la cosa legada a dicho pago... (por lo que)... parece evidente que el legado no tiene el carácter de condicional y debe estimarse como una circunstancia modal... autorizada por el artículo 797 del Código civil...”.

Es importante subrayar que, en este supuesto, el legatario que aún no ha cumplido la obligación impuesta no se resiente por ello de ningún defecto de titularidad en orden al ejercicio de las acciones contenidas en su derecho.

En la *Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1965* se considera “modal” la disposición que establecía que el legado de una finca a la nieta de la testadora se reduciría a la mitad, acreciendo la otra mitad a la heredera universal, en el caso de que la legataria “no sirviera a la testadora en todas las necesidades, tanto en caso de salud como de enfermedad, y conviviera con ella personalmente”. Pero en este supuesto, en realidad, el Tribunal “a quo” razonaba que se llegaría al mismo supuesto aplicando el artículo 795 (y considerándolo como condición) que aplicando los artículos 797 y 798, puesto que la supuesta “condición” que constaba en testamento abierto, era ignorada por la legataria con anterioridad al fallecimiento de la testadora, y después del óbito era de imposible cumplimiento.

El Tribunal Supremo, en su CONSIDERANDOS, decía:

“En el primer motivo se combate, con extensa argumentación doctrinal, la aseveración de la Sala sobre la base de la existencia del legado con carácter modal; ciertamente, en el terreno científico la diferencia entre *condición* y *modo* es clara, pues el evento de que depende constituye condición cuando vivifica o extingue, según su clase, el propio derecho hereditario y no implica obligación o carga para el sucesor potencial o actual, al paso que en el *modo* no hay obstáculo ninguno para que el heredero o legatario entren en posesión de los bienes que le correspondan y de los que adquieren el dominio aunque

deban cumplir el fin, destino o carga que impuso el testador, sin otra previa obligación que la de afianzar el cumplimiento de lo ordenado, o en otro caso, la devolución de lo percibido; en el terreno legal la distinción puede no resultar tan clara, pues, en definitiva, el artículo 797 Código civil hace a la voluntad del testador árbitro del carácter condicional o modal de la institución... el modo implica siempre una actividad del sucesor, a realizar después de la muerte del causante...".

Finalmente, hay que destacar la doctrina de la *Sentencia de 28 de mayo de 1969* (Alvarez Domínguez contra Ruiz Alvarez).

En el caso, el testador, fallecido en 1929, había instituido herederas a su sirvienta M. O. A. D. y a la sobrina de ésta, M. A. R. A. "con las siguientes limitaciones y condiciones":

A) Han de vivir precisamente juntas, poseyendo y usufructando todo su haber en comunidad.

D) Durante la vida de las dos no podrán vender lo que hereden del testador, excepción hecha de que M.<sup>a</sup> O. A. D. podrá disponer en venta lo que sea preciso a satisfacer las necesidades de la vida de ambas, importe de sus funerales y sufragios, y otras deudas legítimas, conservando todo lo demás hasta la muerte de una de ellas.

C) Al ocurrir el fallecimiento de una de las dos, todo lo subsistente o remanente lo hará suyo en pleno dominio aquella que de las mismas sobreviva

D) Si los padres de M.<sup>a</sup> A. la obligan a vivir en la casa y compañía de los mismos y accediese a ello, dejando a la tía, perderá entonces la M.<sup>a</sup> A., por este solo hecho, toda participación en la herencia".

Al parecer, contrajo matrimonio doña M.<sup>a</sup> Olimpia A. D., y abandonó la casa. Después se produjo la separación (en 1936) y volvió a vivir con su sobrina. Más tarde, la sobrina contrajo matrimonio y abandonó a su vez la casa. Entonces su tía entabla el litigio, solicitando que se declare que la demandada ha perdido su derecho a la herencia, por incumplir lo dispuesto en el testamento, que estimaba había establecido una condición resolutoria.

La demanda fue estimada en primera instancia, pero esta sentencia fue revocada en apelación, absolviéndose a la demandada.

Se recurre en casación alegando la violación del artículo 675 y la indebida aplicación a los artículos 797, 792 y 793 Código civil.

El Tribunal Supremo entiende que se trata de una institución modal y por ello declara no haber lugar al recurso:

"...la voluntad del testador fue dirigida a que ambas disfrutaran de la herencia comunitariamente, y la sobreviviente adquiriera todo lo existente a la muerte de la otra, con preferencia a otros herederos, ninguno de cuyos supuestos indica que fuera esta voluntad supeditada a la permanencia de vida común que sólo establece como accesoria y modal...".

A los efectos que aquí nos interesan, hay que destacar que, para

el Tribunal Supremo, parece que hay modo —y no condición— en todos los casos en que el testador no ha manifestado con absoluta claridad la voluntad de suspender los efectos de la institución hasta el cumplimiento o de poner fin a la eficacia de la institución cuando se verifique un determinado evento. Así, la norma del artículo 797, párrafo 1.º del Código civil se ve reforzada y convertida en una verdadera presunción, que sólo puede ser destruida por el tenor literal del testamento, o por una redacción que, aún sin decirlo expresamente, no deje lugar a dudas sobre el condicionamiento de la atribución.

El testamento debe indicar claramente que se suspende la eficacia, o que los efectos se resolverán. De otro modo, lo más probable es que se entienda como “modo”, con la consecuencia, que después examinaremos más a fondo, de que el incumplimiento del modo no debe tener efectos resolutorios.

Parece más seguro que en el último de los casos examinados se tratase de una condición resolutoria, si bien habría que ver, como apuntaba con acierto la Sentencia del Tribunal “a quo”, si no se trataba de una condición contraria a las buenas costumbres (art. 792 Código civil) o no se encubría una condición de no contraer matrimonio (art. 793 C. c.). Plantea ello el problema de hasta qué punto es respetable la voluntad, a veces caprichosa, del testador. Muchas veces, hay que buscar en el fondo de una disposición un interés digno de protección.

Las prohibiciones de disponer suelen tener siempre un matiz modal (10), por lo que habremos de ver si cabe aplicar en estos supuestos íntegramente el régimen de cumplimiento del modo.

## 2. *Modo y legado*

Ahora bien, cuando, como ocurre en los casos en que limitando la facultad de disposición, se establece algo que parece un MODO en beneficio del propio legatario o de terceras personas, se plantea inmediatamente la cuestión de distinguirlo del legado. Y la cuestión se presenta más claramente cuando al menos “prima facie”, se atribuye a terceras personas un derecho de adquisición preferente emanado de un testamento y que tiene por objeto bienes de la herencia.

¿Puede tratarse de un sublegado, y estamos en el campo de aplicación de los artículos 858 y concordantes del Código civil?

### A) *Criterios de distinción*

Para distinguir las figuras del MODO y del LEGADO, especialmente en los casos de cargas impuestas a los sucesores en beneficio de terceras personas determinadas, la doctrina ha avanzado una serie

---

(10) LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 599. Vide también MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer*, en la Revista de Derecho Privado (1964), págs. 89 y sig., 101.

de criterios, pero no ha logrado, en absoluto, ni la unanimidad ni un "consensus" mayoritario. Entre los criterios apuntados, destacamos los siguientes, de aplicación a los casos que nos ocupan:

a) Se ha dicho que sólo el legado, a diferencia del modo, dará lugar a una sucesión a título particular (11), y se ha rebatido esta doctrina demostrando que en ocasiones los legados no implican ni siquiera sucesión (12).

b) Para otros (13), hay que atender a la intención del testador, de manera que si el testador ha querido hacer adquirir directamente del patrimonio hereditario a un tercero un derecho patrimonial, estaríamos ante un legado y si la atribución se produce indirectamente a través de la obligación del gravado, ante un modo. En tal caso, el modo tendría siempre eficacia obligatoria y el legado eficacia real.

No es, en cambio, enteramente exacto afirmar que el legado es una disposición autónoma, mientras que el modo es una disposición accesorias, a menos que se matice lo que se quiere decir con ello.

En realidad, el artículo 858 del Código civil está indicando que el gravamen impuesto al legatario, que se configura como una obligación perfecta, puede vivir también como accesorias de una atribución principal.

Y, de otra parte, el artículo 984 indica la existencia de una cierta "ambulatoriedad" del modo (como del legado).

El criterio de la accesoriasidad no resulta, pues, claramente diferenciador entre ambas figuras.

Realmente, como ha puesto de relieve entre nosotros VALLET DE GOYTISOLO (14), el modo y el legado son figuras que se cruzan, pero que se desenvuelven en distintos planos.

El legado puede expresarse de distintas maneras: directamente (como atribución directa) sea sin determinar especialmente el heredero o legatario, sea determinándolo, o indirectamente, disponiendo que tal heredero o legatario vendrá obligado a dar, hacer o no hacer algo. En esta segunda hipótesis la prestación podrá imponerse ya sea como condición de la atribución principal, haciéndola depender del cumplimiento de la prestación, o bien simplemente como modo, que no suspende, pero obliga.

El modo puede tener un contenido muy diverso abarcando toda prestación que modalice sin condicionar una atribución principal.

En este sentido, concluye el autor citado, cuando la disposición que modaliza la atribución principal consiste en el deber de realizar una prestación en favor de personas determinadas, será un legado

(11) COVIELLO, *Successioni*, t. II, Nápoles, 1915, pág. 758.

(12) Así, por todos, CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*. Milán, 1965, pág. 195.

(13) CICU, *El testamento*, Madrid, 1959, pág. .... DE SIMONE, *Il legato a carico del legatario*, en la Rivista di Diritto Civile, 1956, págs. 102 y sig. De esta opinión, GANGI y POLACCO, en las obras que se reseñan más adelante.

(14) VALLET DE GOYTISOLO, *Op. cit.*, págs. 167-168.



(que actuará como modo de otro legado o de una institución de heredero).

Así explicado, el contenido del modo puede ser un legado, cuando se trate de una atribución patrimonial en favor de un tercero determinado, y puede consistir en una simple obligación que no presente los caracteres del legado, por carecer de beneficiario en concreto. Y, a la inversa, el legado o la obligación pueden ser modales o condicionales respecto de la atribución principal. Este, y no otro, es el sentido de la "accesoriedad" del modo, como relación funcional entre dos atribuciones.

No nos parece, en cambio, correcta la opinión de quienes encuentran el criterio distintivo en el derecho que asiste al titular o beneficiario de la prestación para reclamarla. PUIG BRUTAU (15) opina que en el legado lo directamente atribuido es el derecho a exigirlo, y dice que "en el legado, el legatario siempre adquiere el derecho subjetivo correspondiente, que la legitima materialmente para instar la protección judicial del beneficio que tiene atribuido. En el modo, en cambio, la acción correspondiente para exigir el cumplimiento de la obligación que pesa sobre el heredero o legatario gravado, corresponde a terceros sólo formalmente legitimados".

Esta teoría, probablemente basada en un intento de trasladar a nuestro derecho la regulación del derecho alemán contenida en los párrafos 1.940 y 2.194 del B. G. B., no puede ser acogida (16).

En primer lugar, porque los mismos autores alemanes no son unánimes en la interpretación. Mientras unos creen que los que pueden exigir el cumplimiento del modo (pgf. 2.194: el heredero, los coherederos que se beneficiarían de la decadencia del derecho gravado, y la autoridad competente cuando se persiga una finalidad de interés público) actúa en virtud de una legitimación formal que no deriva de un derecho subjetivo (17), para otros autores son titulares de un derecho de crédito (18) o actúan en virtud de una legitimación "per officium", semejante a la de los ejecutores testamentarios (19).

En segundo lugar, porque, en nuestro derecho, si el causante impone por testamento a un heredero o legatario la obligación de realizar una prestación, sin atribuir al tercero un derecho a esa prestación (pgs. 1940 B. G. B.), no impone un modo, sino una recomendación o "nudum praeceptum".

Y, finalmente, porque este efecto presupone el haber averiguado

(15) PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., V-2, págs. 330 y sig.

(16) Vide, no obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1965, de que hablaremos más adelante.

(17) KIPP-COING, *Erbrecht*, en ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Tübingen, 1960, pgf. 64, págs. 271 y sig.

(18) SCHULTZE, *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*, en los IHERINGS JAHRBÜCHER, 43 (1901), págs. 90 y sig.

(19) BINDER, *Erbrecht, en Bürgerliches Recht*. Berlín, 1930, pgf. 38, páginas 338 y sig.

previamente, en el caso concreto, la naturaleza de la disposición contemplada (20).

Por ende, a nuestro juicio, tampoco es totalmente exacta la afirmación, sostenida por una opinión muy autorizada, de que "si el beneficiado con el gravamen impuesto al heredero está facultado para exigir personalmente y en su propio interés el cumplimiento, se tratará de un legado" (21). Por lo menos, no es enteramente precisa la formulación, aunque tiene un fondo de verdad.

### B) *Modo, Legado y Sucesión*

Lo cierto es que el modo impone una obligación al heredero o al legatario gravado, de tal manera que el cumplimiento de esa obligación no suspende ni resuelve automáticamente la eficacia de la atribución.

La prestación que contiene esa obligación puede implicar o no una segunda atribución en favor de una persona determinada.

En el segundo caso, no se plantea el problema de la distinción entre modo y legado. Así, en los casos de obligación modal impuesta en favor del testador o del propio gravado.

En el primer caso (afirmativo), sólo planteará la cuestión el supuesto de prestación en favor del tercero cuando éste sea persona determinada. No los casos de prestación en favor de personas indeterminadas, ya que en tal caso no podrá hablarse de un derecho subjetivo (que carecería de titular) a menos que se tratara de un titular *sólo transitoriamente indeterminado*.

Cuando se establece una obligación que modaliza la institución de heredero o la atribución de un legado, cuyo contenido consista en una prestación en favor de una persona determinada, no podremos recurrir, para decidir si estamos en presencia de un modo o de un legado, al derecho que asista al beneficiario. En ambos casos, como veremos, el beneficiario será titular de un derecho subjetivo para reclamar la ejecución de la prestación. Los criterios deberán ser otros. Lo que, en cambio, podrá decirse es que la atribución se presumirá legado (sublegado en su caso) y no modo, cuando no esté claro. O que la determinación de una atribución en beneficio de un tercero determinado, gravando sobre un concreto heredero o legatario, se entiende como un legado o sublegado, en general.

En este sentido, es cierto que mientras el legado en general implica sucesión del causante (aunque puede no producirla), el modo, dotado de eficacia obligatoria, no la implica nunca.

Como también es exacto que el modo pertenece de alguna manera a la categoría de los legados, cuando con ello se quiere decir que pertenece al género de atribuciones a título singular que en último término derivan del causante (22).

(20) LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 588.

(21) OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 231.

(22) CRISCUOLI, *Le obbligazioni test.*, cit., 199 a 205.

Y, asimismo, que el modo se une a la institución de heredero o al legado por una relación funcional, más que de accesoriedad, ya que viene a redimensionar la institución de heredero o el legado, imponiendo una limitación económica que se realizará a través de la ejecución de una obligación, de modo semejante a lo que ocurre con el sublegado.

En conclusión: Llamamos "*modo*" a la relación funcional que existe entre una institución de heredero o una atribución a título singular y una obligación impuesta por el testador de la que es sujeto pasivo el heredero o legatario. Por extensión, también llamamos "*modo*" a esa misma obligación, cuando no reúne los caracteres del legado. Pero no hay, a nuestro juicio, inconveniente en que un legado auténtico *modalice* una institución de heredero u otro legado.

¿Cuándo hay, pues, modo —en sentido amplio— y cuándo hay legado o legado modal?

Por de pronto, la doctrina ha resaltado la dificultad de la cuestión, sobre todo en los casos de obligación modal consistente en una prestación de dar en beneficio de un tercero determinado, y ha apuntado, desde luego, la referencia a la voluntad del testador como criterio básico de distinción. Es legado la atribución patrimonial que en el testamento se hace directamente —y no a través de una obligación personal de carácter accesorio impuesta a otra persona— al beneficiario (23).

Se reconoce el indudable valor práctico del criterio que señala la presencia del legado obligatorio cuando el contenido del gravamen que se impone a la liberalidad testamentaria lo sea en beneficio de un tercero determinado, mientras que estaremos ante un modo cuando los intereses que el testador quiera satisfacer beneficien a personas sólo genéricamente determinadas.

Pero la distinción entre legados obligatorios y modos en favor de tercero, como se ha reconocido autorizadamente, es particularmente difícil, pues en ambos supuestos el beneficiario recibe una ventaja del "*de cuius*" a través del cumplimiento de un gravamen; y en uno y otro caso, la atribución patrimonial se puede conducir a la esfera del difunto, el cual ha previsto para su realización el mismo instrumento: la prestación del gravado (24), y no cabe duda de que cuando el interés del modo afecta a una persona determinada nos acercamos sensiblemente a la figura del legado (25).

### C) *La afección de los bienes de la herencia*

La clave de la distinción estriba, probablemente, en que el legado,

(23) En este sentido, Vide: LUNA SERRANO, *Disciplina del modo testamentario imposible*, en Anuario de Derecho Civil, 1968, págs. 109 y sig., esp. página 116. También LÓPEZ VILAS, *Sobre la distinción entre legados e instituciones modales*, en A. D. C., 19 (1966), págs. 575 y sig., esp. 597.

(24) GIORGIANNI, *Il "modus" testamentario*, en la Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, pág. 894.

(25) CICU, *El testamento*, cit., pág. 293.

y no el modo, implica una sucesión directa del difunto. El legatario es un "habiente causa" del disponente; el beneficiario del modo lo es del gravado. Por tanto, el modo es un beneficio indirecto, una carga accesoria (en el sentido que hemos apuntado) de la institución de heredero o del legado. Así se desprende del artículo 797, 1.º del Código civil.

El legado, en cambio, aun cuando haya un heredero o legatario encargado de cumplirlo, es una carga o gravamen de la herencia misma.

La relación entre legado y sublegado se limita al aspecto económico, en el sentido de que el sublegatario no se puede considerar como un legatario subordinado, como si adquiriera a través del legatario gravado, de manera que habría una transmisión de segundo grado (del testador al legatario y de éste al sublegatario). Por el contrario, hay siempre una adquisición directa y autónoma, de tal manera que el sublegatario tiene todos los medios para salvaguardar su derecho frente a la herencia, bien que en definitiva la carga económica del sublegado grave al legatario.

En consecuencia, el beneficiario del modo tiene derecho desde que el gravado recibió la liberalidad. El sublegatario desde la muerte del testador.

Lo indican, a juicio de algunos autores, los artículos 858 del Código civil, del que se deduce que el legado es un gravamen de la herencia, y 888 del Código civil: "cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia..." (26).

El régimen del artículo 888 parece claro al respecto: si el beneficiario del sublegado no quiere o no puede aceptarlo, o si el sublegado deviene ineficaz, se refundirá en la masa de la herencia. Si el beneficiario del modo no llega a adquirirlo, o la obligación en que el modo consiste deviene ineficaz, el legado se depura, y el legatario conserva la titularidad, ahora sin cargas, de su legado. No se refunde en la masa de la herencia.

En el caso del sublegado, el legatario gravado lo deberá cumplir siempre: frente al sublegatario o frente a los herederos. En el caso de las obligaciones modales, la imposibilidad de la prestación libera sencillamente al gravado, como la ineficacia de la obligación modal no imputable al gravado.

---

(26) TORRALBA, SORIANO, *El modo*, cit., págs. 184-187. De acuerdo, LACRUZ (op. cit., pág. 589), pero apuntando que esto no impide que el cumplimiento del modo pueda reclamarse contra el heredero, sin dejar por ello de ser modo. Esta opinión confirma cuanto venimos diciendo, puesto que si el modo puede también reclamarse contra el heredero, como el legado, la diferencia entre ambas figuras se debe encontrar en la relación funcional entre atribución principal y atribución accesoria y podrá entenderse que el modo tenga por contenido un legado o una obligación, si se quiere, que funcione "como un legado".

Tendremos que determinar los criterios que nos permitan calificar una determinada disposición de legado o de simple obligación modal.

Debemos volver, para ello, casi al punto de partida: la voluntad del causante. Para algunos autores se tratará de determinar, examinando caso por caso la voluntad del testador, si quiso establecer el gravamen directamente sobre sus propios bienes, aunque encargando de su cumplimiento a un heredero o legatario o si, por el contrario, quiso imponer un gravamen accesorio sobre las personas beneficiadas con la institución o el legado, y en tanto en cuanto han sido enriquecidas a través de la disposición principal. En el primer caso, habrá un legado; en el segundo, un modo (27).

Pero, tal y como venimos diciendo, para nosotros es más correcto el siguiente planteamiento: dado que el testador, tanto en el caso del modo cuanto en el del legado, quiere la efectividad de la disposición, y por tanto, que el beneficio llegue a su destinatario, la diferencia entre legado y obligación modal sólo puede encontrarse en la configuración o estructura jurídica de la disposición.

El artículo 797 del Código civil dice claramente que la carga impuesta al heredero o legatario no condicionará su cualidad de tal, a no parecer que ésta era la voluntad del testador. Pero no se opone en absoluto a que esta carga consista incluso con un auténtico legado.

Hemos visto que no sirve el concepto estricto de "sucesión" para diferenciar el legado de la obligación modal. No hay sucesión en los legados de perdón o liberación de deudas (artículos 870 a 872 Código civil). Tampoco la hay en el supuesto del llamado legado de reconocimiento de deuda.

Pero hay más: en los casos de legado de cosa ajena (artículo 861), además de que no se ve la "sucesión", se impone al heredero una obligación que se acerca a la estructura de las modales.

Y más claramente aún, en el caso del legado hecho a un tercero de una cosa propia del heredero o legatario, contemplado por el artículo 863 Código civil.

¿Cómo funciona en estos casos el régimen del artículo 888 del Código civil?

Si el testador, v. gr., ha dispuesto que un determinado legatario debe entregar a un tercero (sublegatario, en los términos del artículo 863) una cosa propia del legatario, y el tercero no quiere admitir esa atribución, según el artículo 888, debería refundirse en la masa de la herencia.

Ahora bien, este precepto regula de modo claro otro supuesto: el de que el legatario gravado no llegue a serlo. Entonces, el sublegatario podrá pedir a los herederos el cumplimiento de su legado.

También dice claramente el precepto contemplado que los bienes que eran objeto del legado pasarán a los herederos (28).

(27) TORRALBA SORIANO, *Op. cit.*, pág. 189.

(28) Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1894, de 22 de septiembre de 1891, de 11 de febrero de 1903, de 7 de abril de 1920, etc., etc.

El legado no caduca, pues, cuando el heredero o legatario gravados no llegan por cualquier causa a suceder. En tal caso, lo pagarán los herederos o el sustituto (29).

Pero, volviendo la oración por pasiva. ¿Qué ocurrirá cuando deviene ineficaz el legado que grava a otro legado? Caben dos soluciones: que suceda el heredero en el derecho del sublegatario, o bien que el legatario quede liberado de su deuda.

El artículo 888 parece inclinarse por la primera solución, entendido al menos según su tenor literal, en cuanto régimen normal respecto de la relación entre legado y herencia. Si el legado no llega a tener efecto, vuelve a la herencia y lo percibe el heredero, sin abrirse entonces la sucesión abintestato. El heredero que debe entregar una casa legada, la recibe en defecto de eficacia del legado. Si la misma casa la debe entregar un legatario a un tercero (sublegatario) y el legatario no acepta el legado, o ha premuerto, el tercero sublegatario la podrá reclamar del heredero. Pero si es el tercero sublegatario el que no la quiere, o el que ha premuerto. ¿La deberá entregar el legatario al heredero, o quedará liberado?

El artículo 888, dado su tenor y la referencia que en el inciso final hace a los casos de sustitución o acrecimiento, no resuelve directamente este problema, sino los anteriormente expuestos. Veámoslo en el caso de legado de cosa propia del heredero. Si el legatario no llega a serlo, el heredero no parece que quede obligado a nada más.

Pero si son varios los herederos ¿No podrán pedir que el heredero gravado les entregue la parte proporcional, sobre la base del precepto que contemplamos?

En realidad, cuando el artículo 888 dice que “*se refundirá en la masa de la herencia*” debe entenderse que adquirirán los herederos el derecho que correspondía al legatario. Así lo da a entender claramente la Resolución de la Dirección General de Registros de 7 de enero de 1904, en que se debatía si renunciado por el legatario el legado de unos bienes que le habían sido atribuidos con la condición de que no los enajenara, al pasar tales bienes a los herederos deberían éstos cumplir la mencionada condición. El Centro Directivo resuelve que no, por tratarse de una condición de carácter personal, pero establece que, en principio, por analogía con lo dispuesto en el artículo 780 Código civil, el “sustituto” del legatario debe cumplir los gravámenes y condiciones impuestos.

Con ello, se indica que los herederos son en este caso unos “sustitutos” del legatario. Por ello, de la misma manera que han de cumplir los gravámenes y condiciones, han de disfrutar de las ventajas.

Cuando el testador ha dispuesto de la cosa propia del heredero o legatario, esta cosa pasa a formar parte, en cierto modo, de la masa

---

(29) LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 549.

de la herencia. Si no llega a adquirirla el legatario, la adquirirán los herederos, sustituyendo al legatario beneficiado.

Esta doctrina fue ya sustentada por MUCIUS SCAEVOLA (30).

El artículo 858 del Código civil, en su segundo párrafo, limita la responsabilidad del legatario gravado al valor del legado. La del heredero gravado que ha aceptado pura y simplemente la herencia se extiende, según el artículo 1.003 del Código civil, *ultra vires hereditatis*, tanto respecto de los legados cuanto de las obligaciones modales, aunque el tema es discutido (31).

El artículo 858 podría ser un obstáculo a cuanto veníamos diciendo: Si el legatario sólo responde dentro del valor del legado ¿Cómo va a ser el sublegado una carga de la herencia, y el modo una obligación personal del gravado? Digamos, ante todo, que también por el modo la responsabilidad no puede afectar al gravado más allá del límite establecido. En este punto acaso no haya diferencia entre ambas figuras.

La hay, en cambio, en el terreno del régimen que hay que aplicar cuando el legatario gravado no puede o no quiere aceptar el legado.

SCAEVOLA se pregunta si en este supuesto los sublegados quedan ineficaces y concluye que no es así. Ante todo, por lo dispuesto en los artículos 764 y 743 del Código civil y, además, por lo que establece el artículo 888.

El artículo 764 ordena la validez del testamento aunque no contenga institución de heredero, y dispone que en los casos de defecto de institución, de no comprender ésta la totalidad de los bienes o de falta de aceptación "se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes...".

El artículo 743 dispone que sólo en los casos expresamente prevenidos en el Código "serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias".

En ninguna parte se establece que será ineficaz un sublegado por no aceptar el legatario gravado.

¿Quién satisfará en tal caso esas mandas? Del artículo 888 se deduce que lo harán los herederos, salvo que haya legatarios sustitutos (artículo 780) o que acrezcan (artículo 984 y 987) y en último término, dice SCAEVOLA, si no hubiese herederos (caso difícil, porque en último término estará el Estado) la misma herencia como patrimonio unificado.

Y cuando, a la inversa, devenga ineficaz el sublegado, tal y como veníamos diciendo anteriormente, el artículo 888 impone que se refundan en la herencia esas mandas ineficaces, por lo que no se liberará el legatario gravado, sino que de esta utilidad disfrutarán los here-

(30) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil...*, t. XV, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1945. Comentario al artículo 858, págs. 237 y sig.

(31) En contra, TORRALBA SORIANO, *Op. cit.*, págs. 227 y sig. A favor, LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 591, nota 7.

deros aun en el supuesto de que se trate de un legado de cosa propia del gravado. El Código civil no distingue (32).

De este modo, el legado es siempre una carga o gravamen de la herencia, mientras que la obligación modal simple es una carga del heredero o del legatario gravado.

Y ésta es, a nuestro juicio, la característica central que nos permitirá distinguir entre legado y modo: que el testador haya dispuesto la afección a la masa hereditaria del bien o derecho relictos, y su perpetuación a pesar de que se verifique la imposibilidad de recepción por parte del beneficiario. El modo es siempre obligatorio; el legado trasciende, en sus efectos, la pura relación obligatoria personal.

En un sentido —diríamos— formal o amplio o funcional es modo todo gravamen o carga que pesa sobre herederos o legatarios sin condicionar su cualidad de tal.

En un sentido sustantivo —o estricto— es modo todo gravamen o carga no condicionante que grava a un sucesor como obligación personal, que no puede transferirse a la masa hereditaria, sino que, aun concediendo derecho a un beneficiario determinado, agota su eficacia sobre la persona —y los bienes— del gravado.

Los legados pueden ser funcionalmente modales. Pero el modo en sentido estricto es una obligación que sólo en determinados aspectos —muy concretos— sigue el régimen del legado (en cuanto, v. gr., confiere un derecho de reclamación al beneficiario, pero no sobre la herencia, sino sobre el gravado, aun cuando dentro de los límites de lo recibido).

Para que haya un legado modal se requiere, pues, fundamentalmente, lo siguiente:

a) Ante todo, la designación de un beneficiario, aun cuando no se trate de una determinación perfecta. Pero, al menos en principio, una atribución en favor de persona incierta no debe seguir el régimen del legado (33).

b) La afección de la responsabilidad al caudal hereditario, y no al patrimonio del gravado (34).

En este punto, es interesante examinar la *Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1961* (Congregación Hermanistas de los Ancianos Desamparados contra Sánchez Alcaraz).

El marido de la demandada falleció en 1942 bajo testamento ológrafo, en el que disponía, entre otras cosas, lo siguiente: “Mando y

(32) Lo duda, en cambio, LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 589, nota 4.

(33) TORRALBA SORIANO: *El modo*, cit., pág. 191. GIORGIANNI, *Op. cit.*, págs. 895 y sig.

(34) Vide CLEMENTE DE DIEGO, F., *El prelegado en el Derecho Romano y en el Derecho Moderno*. Madrid, 1927, pág. 123. En la Sentencia de 2 de marzo de 1935, el Tribunal Supremo entiende que no es legado (prelegado) y sí modo, el encargo impuesto a unos herederos de comprar unas casas para otros herederos, “ya que no se ve clara la atribución patrimonial directa que podría dar a la disposición el carácter de prelegado”.



quiero que mi esposa O. Sánchez, mientras viva conservando mi nombre, sea usufructuaria de todos mis bienes mientras viva, y no podrá hacer corta de monte, ni árboles, ni vender nada de cereales, leguminosas; tampoco quiero que tenga más que un criado y una criada, y que lo que sobre cada año de hacer los pagos al Estado y al Municipio y de dichos criados, y ella de lo que corresponda de ración y ropas de su uso, que sea para el Asilo de Albacete”.

La actora reclamaba la rendición de cuentas y la entrega de sobrantes, calificando la disposición como legado.

La demandada, esposa del testador, entendía que la manda sólo afectaba a la mitad de los bienes en usufructo, sobre los que había que cargar las “deudas legítimas” citadas en el testamento, quedando enteramente libre la otra mitad.

La demanda se estimó en ambas instancias.

Se recurrió en casación, negando la condición de legataria de la Institución demandante y sobre la base de que el testador no concede ningún derecho al Asilo de Albacete.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y dice:

“Que la cláusula transcrita configura la institución hereditaria del usufructo de modal, por referirse a un negocio jurídico gratuito “mortis causa”, con expresa carga de cumplir una prestación patrimonial a favor de tercero, cuyo derecho nace frente al instituido desde el momento en que éste aceptó la disposición de última voluntad, que persiguió un fin específico de indudable protección en derecho por ser posible y lícito, como agregado y accesorio al acto principal que lo soporta en su mayor dimensión...”.

“...muy lejos de contemplarse en el caso la existencia de un legado damnatorio impuesto como obligación por el testador al heredero, aunque guarde con él marcada analogía, ni menos percibirse un simple consejo o admonición... pues el derecho se atribuye inmediatamente al titular designado fuera de todo evento condicional... y esa calificación hállese abonada por el artículo 797 del Código civil...”.

En esta Sentencia se percibe con claridad la anfibología con que se utiliza la palabra *modo*. Es evidente que la atribución en favor del Asilo de Albacete no era condicional, sino “modal” o, como antes hemos dicho, “funcionalmente modal”. Pero no es menos cierto que en el caso presenta los caracteres de un legado del que se responde con los bienes de la herencia. Desde luego, en esté supuesto, el beneficiario puede reclamar y es titular de un derecho subjetivo (contra lo que decía la recurrente). Y, a nuestro juicio, se trata de un verdadero legado “per damnationem” sobre el usufructo. Lo que ocurre es que sólo podrá funcionar en la medida en que la sucesora usufructuaria llegue a serlo, ya que los nudos propietarios adquirirán los bienes libres de esta carga, porque el usufructo es aquí presupuesto del legado.

No es, en cambio, criterio seguro de distinción entre modo y le-

gado el contenido de la disposición, aunque puede constituir un indicio en los casos dudosos (35).

Parece, sin embargo, muy difícil concebir un legado que consista en una obligación negativa impuesta a un heredero o legatario, en favor de personas indeterminadas.

Creemos que no se plantea el problema cuando se trata de una limitación a la facultad de disposición que no contiene atribución patrimonial directa. Se plantea, en cambio, cuando se intenta establecer un derecho de adquisición preferente en favor de una categoría de personas.

## II. EL CONTENIDO DE LA DISPOSICION MODAL Y LA PROHIBICION DE DISPONER

### 1. *El contenido del modo*

El contenido del modo, según lo que venimos diciendo, es siempre una obligación de dar, de hacer o de no hacer. Y, además, como recuerda la mayor parte de la doctrina, una obligación a la que son aplicables, en principio, las reglas generales sobre las obligaciones. Por ello, la prestación contenida en la misma puede consistir en cualquier conducta que pueda ser objeto de obligación (36).

En este sentido hay que resolver, en nuestro derecho, la vieja polémica de la doctrina italiana —de la que después diremos— sobre posibilidad de que derive del modo una obligación o no, según se pueda individualizar un sujeto activo como titular de un interés propio (37).

Parece que el interés del acreedor puede ser satisfecho por el cumplimiento de la prestación por parte del deudor, aunque el resultado económico de tal cumplimiento produzca una ventaja en un tercero beneficiario y no en el mismo acreedor (38). Así entendido, siempre habrá uno o varios acreedores.

Por tanto, y en términos generales, hay que aceptar que de la disposición modal surge un derecho de crédito para reclamar el cumplimiento de la obligación.

(35) Sobre el tema, TORRALBA SORIANO, *El modo*, cit., págs. 191-192. GIORGIANNI, *Il modus*, cit., 896. En contra, ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*. Barcelona, 1956, pág. 161.

(36) Por todos, LACRUZ, *Sucesiones*, cit., 591. También ALBALADEJO, *Op. cit.*, pág. 90, aunque este autor cree que es una obligación especial "con débito", pero en la que el lugar de la responsabilidad lo ocupa la revocabilidad. Vide TORRALBA SORIANO, *Op. cit.*, págs. 208 y sig.

(37) Lo habían negado, entre otros, CICU, *Op. cit.*, 206. GANGI, *Successioni*, II, pág. 228. Lo aceptan BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 13.<sup>a</sup> ed., Milán, 1947, pág. 418. BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, en la Riv. Dir. Civile, 1961, I, pág. 478. DE SIMONE, *Il legato...*, cit., 102.

(38) GIORGIANNI, *Il modus*, cit., 205. CRISCUOLI, *Le obbligaz.*, cit., 206 y sig.

Otra cosa es si, además, puede surgir un derecho de naturaleza real en favor de las personas beneficiarias, que tenga por objeto los bienes atribuidos e, incluso, si cabe que la institución o el legado gravados con un modo no generen en realidad ningún derecho ni personal ni real en los beneficiarios. Y hasta cabe plantear, si puede hablarse de un modo establecido sin que haya un beneficiario ni directo ni indirecto.

Este tema se presenta claramente cuando el modo consiste en una de las llamadas *prohibiciones de disponer*.

## 2. *Las prohibiciones de disponer como contenido del modo*

Será conveniente que antes de adentrarnos en el estudio de la materia examinemos la solución aportada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1965.

El testador había ordenado lo siguiente: "Aquel o aquellos a quienes se adjudique la casa número 5 de la Plaza Mayor de esta ciudad, en la que actualmente habito y en la cual se halla el oratorio dedicado a la Purísima Concepción, habrá de adjudicarse también éste y sus alhajas, que conservará en el oratorio con el decoro y decencia adecuados al sano fin a que se halla destinado, y tendrá obligación de aplicar una misa todos los días del año con el correspondiente estipendio y por la intención del testador... Si se vendiere dicha casa, pública o privadamente, lo que no podrá ser sin la expresada obligación, está sujeta en todo tiempo a ser retraída por los instituidos herederos y sucesores y entre dos o más, el primero que lo solicite, en cuyo caso éste o éstos tendrán siempre la ineludible obligación de cumplir con lo que dejo mandado, quedando en otro caso sujetos a las consecuencias de la falta de puntual ejecución".

La casa se adjudicó a los sobrinos del testador, con la carga expresada que se transcribió en la inscripción correspondiente del Registro de Propiedad.

Tras varias vicisitudes se agrupó después con otro inmueble y se edificó sobre la nueva finca. Queda constancia registral de la carga a que está sometida la parte de finca (nueva) procedente de la primitiva.

Después de más de treinta años en que no se cumplía lo ordenado, el señor Obispo de la diócesis demanda a la actual propietaria reclamando el cumplimiento de la carga.

La propietaria demandada se opone alegando que la carga en cuestión no comprime ni afecta a las facultades dominicales, sino que estableció una obligación personal, sin afectar a su cumplimiento masa alguna de bienes, ni crear ningún beneficio eclesiástico, estableciendo tan sólo un retracto familiar, que no había sido utilizado durante más de 30 años.

La demanda se desestima en ambas instancias.

Se recurre en casación alegando que el testador vinculó la casa

al cumplimiento de la obligación piadosa, que era una obligación "prop'et rem", sancionada con un retracto.

Se decía, además, que el artículo 797 del Código civil contraponen modo a condición, pero no a carga real y que, a juicio del recurrente, se trataba de una limitación del derecho de dominio y no de una obligación piadosa.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. En los considerandos decía:

... "que la institución modal es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este caso se está ante un legado... (se apoya en los artículos 797 y 788 —carga real— del Código civil).

La calificación del Tribunal "a quo" ("obligación personal") fue correcta dado que no se contiene elemento alguno que revele la intención del testador de sujetar bienes concretos y determinados al cumplimiento de dicha obligación —sin otra sanción para el caso de incumplimiento que la de atribuir a cualquiera de los demás herederos el derecho de retraer dicha casa".

Dejando aparte si había prescrito el derecho de reclamar la ejecución (y también el derecho de retracto establecido), parece que del texto de la cláusula en cuestión deduce el Tribunal Supremo que no hay bienes concretos sujetos al cumplimiento, lo que sólo puede entenderse en el sentido de que el incumplimiento no genera lo que el artículo 1.623 llama "acción real".

Pero esto es muy dudoso. Ante todo, hemos de recordar que según los más autorizados comentaristas, la "acción real" del artículo 1.623 del Código civil implica, de una parte, que el censualista puede reclamar contra el poseedor actual de la finca, quienquiera que fuese. De otra parte, que de la deuda responde la finca acensada (39). Por esto FEBRERO y GÓMEZ DE LA SERNA decían que la finca censida está "hipotecada" para asegurar el pago de las pensiones.

#### A) *Carga real y obligación personal*

Actualmente, es básica la regulación de los artículos 116 en relación con los 114 y 115, 1.º y 2.º párrafos de la Ley Hipotecaria. Y es bien claro que por la parte de las pensiones que establece el artículo 114, y con el sistema de prioridad de los artículos 115 y 116, el censo funciona como una hipoteca.

Pues bien, lo que caso quiera decir el Tribunal Supremo, en la

---

(39) Vide MANRESA, Comentario al artículo 1623 del C. C., en *Código Civil Comentado...*, tomo X. SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., tomo XXIV, 2.ª ed., revisada por L. RODRÍGUEZ-ARIAS, Madrid, 1951, págs. 482 y sig.

Sentencia que comentamos, es que, en el supuesto debatido no se había establecido esa "afección real" de la finca.

Pero parece que el modo impuesto en este caso genera una obligación ambulatoria, "propter rem" si se quiere, en el sentido de que el beneficiario lo podría reclamar de cualquier propietario de la finca.

Es dudoso, si se quiere, que la disposición modal pueda implicar carga real, pero lo que no puede admitirse es la afirmación de la sentencia sobre que el modo no genera acción para reclamar, ni cuando establezca una carga real, ni cuando establezca una obligación personal.

Más correcto, según nuestro criterio, sería decir que el modo, en principio, genera una obligación personal del gravado y que precisamente por esta razón el artículo 797, en su segundo párrafo, ordena que los sucesores del gravado que vayan a recibir la atribución, presten fianza de que cumplirán, quedando así obligados más por la caución prestada que por la virtualidad del gravamen impuesto.

El artículo 788 no es, por otra parte, generalizable, puesto que contempla una disposición de interés público, y por ello no recoge los límites del artículo 785 (especialmente párrafo 3.º) y, además, la carga regulada, como indica en su último párrafo, acaso debería llevarse al terreno de los legados ("manda benéfica") (40).

En todo caso, lo que parece cierto es que de "carga real" sólo se puede hablar cuando claramente el testador ha sujetado una o más fincas al cumplimiento de la prestación, en términos similares o análogos a los del artículo 1.623 del Código civil y concordantes.

En estos supuestos, más que generarse un derecho real auténtico se produce un derecho mixto, mal definido en nuestro sistema, cuya verdadera naturaleza en términos generales es la de una obligación *propter rem*", puesto que son ambulatorias, pero no producen la *afección real* típica, por ejemplo, de los censos. Y, además, salvo la excepción del artículo 788, siempre dentro de los límites del artículo 785 del Código civil.

Como quiera, por otra parte, que la determinación del sujeto en la relación jurídico-real se exige con mayor rigor que en las relaciones obligatorias y que, además, la afección típica del derecho real funciona como una carga de la herencia, más que del gravado, nos encontraremos casi siempre con un verdadero legado o con una disposición ineficaz.

## B) *Las prohibiciones de disponer. Tipos*

Cuando, en consecuencia, nos encontramos con una disposición testamentaria que ordena que un determinado heredero o legatario no pueda disponer de una cosa, ¿con qué criterios determinaremos si

---

(40) LACRUZ cree que se trata de una disposición sub modo, con base en la Sentencia que hemos comentado. *Op. cit.*, pág. 597.

estamos ante una obligación modal o ante una situación de distinta naturaleza?

Ante todo, hemos de deslindar los supuestos, ya que cabe que el impedimento puesto por el testador a la libre disposición del bien tenga su origen en la concesión a un tercero de esa facultad de disposición, excluyente o compartida, según tenga que codisponer con otra persona o pueda disponer sólo el tercero. O bien cabe que el impedimento se actúe mediante la simple limitación o autolimitación del "*ius disponendi*" por su titular originario, sin desmembración en favor de otra persona.

En el primer caso, las restricciones a la libre disponibilidad de los derechos derivan para su titular de la atribución de un derecho correlativo a otra persona. Este segundo derecho, que confiere normalmente una facultad de adquisición preferente (opción, tanteo, retracto), debe aparecer legalmente tipificado y recayendo sobre los bienes objeto de la restricción. No hay, entonces, prohibición de disponer en sentido estricto, sino eficacia concurrente de un derecho ajeno.

En el segundo caso, ya por transmitir el titular su derecho a un tercero impidiendo o condicionando su enajenación, ya por producir con la transmisión una diversidad entre la titularidad del derecho y la titularidad plena del poder de disposición (v. gr., usufructo con facultad de disponer), estamos ante una verdadera prohibición de disponer, siempre que no coexista un derecho subjetivo en otra persona (41).

Las primeras son prohibiciones impropias o reflejas, que se producen cuando se configura el contraderecho con su titular, porque se produce una suspensión del "*ius disponendi*". (Tales, la sustitución fideicomisaria, la opción y el tanteo). En las verdaderas prohibiciones no surge un derecho subjetivo independiente con sujeto determinado o determinable, sino que queda retenida o comprimida la facultad de disponer, para bien del heredero, o de sus sucesores, o de un fin justificado (42).

Desde otro punto de vista, hemos de distinguir las prohibiciones de disponer que actúan objetivamente, como limitación del contenido del derecho, de las obligaciones de no disponer, que suponen la existencia de dos relaciones jurídicas distintas e independientes entre sí (el dominio o derecho real de una parte, y la relación obligatoria que constriñe al actual titular a no verificar actos de disposición, de otra parte).

---

(41) MOXÓ RUANO, *Propiedad limitada: prohibiciones de disponer*, en el volumen "Propiedad y matrimonio", publicado por el Col. Notarial de Barcelona, 1956, págs. 9 y sig., 22. AMORÓS GUARDIOLA, *Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente* (comentario a la Sentencia de 12 de noviembre de 1963), en A. D. C., 18 (1965), págs. 953 y sig., 965-967.

(42) CÁNOVAS COUTIÑO, *Comentario a la Resolución de 21 de abril de 1949*, en la R. C. D. I., 1949, págs. 500 y sig., 504-505.

La facultad de disposición contenida en un derecho subjetivo puede venir disminuida, o incluso borrada en algunos supuestos, o bien puede ocurrir que, conservando en principio la facultad de disponer, el titular se haya comprometido a no verificar actos de disposición. En el primer caso los actos de disposición serán nulos. En el segundo, serán eficaces, sin perjuicio del deber de indemnizar a los acreedores —perjudicados. Tal limitación puede derivar de la ley, de una resolución judicial o administrativa, o de un negocio jurídico, al amparo del artículo 1.255 del Código civil, y dentro de los límites de los artículos 785 y 781 del Código. Hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria.

¿Cuándo estamos ante una limitación de la facultad de disposición y cuándo ante una obligación de no disponer?

Desde luego, puede entenderse que hay limitación auténtica en los casos de restricción legal, administrativa o judicial. En los supuestos de restricción negocial la cuestión es más compleja.

De los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria puede deducirse que no habrá limitación — y sí sólo obligación personal— cuando la prohibición de disponer tengan su origen en negocios o actos a título oneroso (artículo 27), restringiendo con ello el campo de aplicación del régimen de las limitaciones a los actos citados en el artículo 26, regla 3.<sup>a</sup> de la Ley Hipotecaria: actos a título gratuito, entre los que claramente se comprenden las disposiciones de última voluntad. Sólo las del artículo 26, 3.<sup>a</sup> podrán oponerse a terceros adquirentes, porque sólo éstas serán inscribibles. Pero, dado su carácter “odioso” y el que, como se ha dicho, rozan la capacidad de obrar, parece que una verdadera y auténtica limitación sólo podrá encontrarse en la situación jurídica que media entre el transmitente y el adquirente de los bienes (43).

Ahora bien, así entendida, una verdadera limitación o prohibición de disponer, que no refleje el derecho de ninguna otra persona, no tiene carácter modal. Aunque imponga de alguna manera un destino, pese como una carga y actúe como una limitación, como se ha dicho ingeniosamente, una prohibición de disponer es sencillamente una disminución que experimenta el derecho transmitido, pero no implica una obligación (44).

Modo puede haberlo en el caso de las obligaciones de no disponer, o en el caso de las prohibiciones reflejas o impropias, producidas por la concurrencia del derecho de otras personas.

Mejor dicho: las prohibiciones de disponer pueden ser efecto de un legado funcionalmente modal (prohibiciones reflejas o impropias)

---

(43) CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo II, vol. 1.º, 10.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1964, págs. 176 y sig. SANZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1955, págs. 438 y sigs., 440 a 442.

(44) MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las obligaciones de no vender...*, cit., páginas 101 y 102.

o de una obligación modal (y entonces son sólo obligaciones de no enajenar).

Por otra parte, no cabe duda de que en nuestro derecho las verdaderas prohibiciones de enajenar gozan de poca simpatía y deben ser interpretadas restrictivamente. Así lo dan a entender las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 18 de enero de 1963 y de 18 de abril de 1952, entre otras (como veremos).

Esta última resolución citada declara inscribible una escritura de préstamo con garantía hipotecaria sobre fincas legadas al deudor con prohibición de venderlas durante el plazo de 40 años a partir del fallecimiento del causante, porque el acreedor hipotecario se había obligado en la escritura a no instar la ejecución para el cobro hasta después de transcurrido el plazo.

En sus considerandos, el Centro Directivo señala que las prohibiciones de disponer a que se refieren los artículos 785, 2.º del Código civil y 26 de la Ley Hipotecaria suelen emplearse por los testadores para asegurar las disposiciones modales.

Con ello viene a decirse que la disposición modal puede —suele— ser distinta del modo, y parece que viene a confirmar cuanto veníamos diciendo: al legatario se impone una limitación de disponer para asegurar el cumplimiento de un modo. Limitación y modo son conceptos distintos, pero a nuestro juicio puede ocurrir que el modo consista en una obligación de no disponer.

### 3. Régimen de las prohibiciones de disponer en sentido estricto

#### A) Causa

Cuando en testamento se impone una verdadera prohibición de disponer. ¿Cuál es su eficacia?

La doctrina recuerda que la facultad de disponer de los derechos subjetivos es algo consustancial en la mayoría de ellos, de suerte que la prohibición de disponer de los mismos es en principio inadmisibles, como si fuese contra natura.

Por tanto, sólo cuando haya un motivo justificado puede admitirse. La prohibición de disponer se halla supeditada a una causa motivadora justa y no caprichosa.

Así se desprende de modo claro del artículo 117 de la Compilación de Cataluña, que recoge el espíritu del fragmento de Marciano, Digesto 30, 114, 14. Según este precepto, vigente en Cataluña hasta hace poco, es nula la prohibición de disponer, en que no se exprese la causa, salvo que se encuentre una persona en cuyo favor o beneficio se establece.

En el Derecho castellano, era similar la exigencia de que la prohibición fuera causal. Lo disponía la Ley 44, título V de la Partida



Quinta, y la Ley XII, título XVIII, libro X de la Novísima Recopilación, que no fueron recogidas por el Código civil (45).

Después del Código civil, la doctrina no es unánime. Unos han prescindido del elemento causal (46). Otros, en cambio, siguen exigiendo el interés legítimo digno de protección (47).

Finalmente, dado que el Código civil no lo menciona, algunos autores piensan que basta con que exista esta razón o interés digno de protección, pero que no hace falta que se mencione (48).

El tema ha sido suscitado muchas veces ante el Tribunal Supremo y ante la Dirección General de los Registros, pero la mayor parte de las veces se trataba de la aplicación del Derecho especial de Cataluña.

En general, puede decirse que la Dirección General de los Registros intenta aproximar el régimen del derecho común al especial de Cataluña, exigiendo la causalización y la existencia de un interés legítimo o de un motivo justificado.

Pueden verse las Resoluciones de 25 de junio de 1904, de 9 de septiembre de 1913, de 9 de junio de 1914, de 15 de enero de 1918, de 3 de julio de 1924, de 26 de junio de 1928, de 16 de octubre y 20 de diciembre de 1929, de 25 de abril de 1931, de 11 de marzo de 1932, y otras que citaremos más adelante.

El Tribunal Supremo ha examinado la cuestión, entre otras, en las Sentencias de 6 de febrero de 1884, de 12 de enero de 1907 y de 25 de junio de 1945. En todas ellas aplicaba el Derecho catalán.

En la Sentencia de 24 de noviembre de 1958 (Sala García contra Sala y Sala) establece el principio de interpretación restrictiva y dice que la libre circulación de los bienes económicos, por ser principio general del tráfico, no puede quedar entorpecida fuera de los casos determinados expresamente por el causante de la cuestión y siempre dentro de la medida legal.

La Resolución de 21 de abril de 1949 declaró no inscribible la venta judicial del derecho de usufructo vitalicio de que era titular don Antonio V. L. Z., por tener el usufructuario inscrito su derecho como legatario, con sustitución y prohibición de enajenar y disponer.

En sus considerando decía que "bien supongan las prohibiciones

(45) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo II, 6.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1968, págs. 776 y sigs., 804 y sig. MARTÍNEZ SARRIÓN, *Op. cit.*, págs. 93 a 97. CERES, E.: *Valor de las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, en la R. D. P., núm. 348 (1946), págs. 179 y sigs., 183-184.

(46) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, vol. 1.<sup>o</sup>, Madrid, 1910, pág. 700. VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil*, V, Valladolid, 1916, pág. 202.

(47) ROCA SASTRE, *Ult. loc. cit.*, pág. 787. CASTÁN, *Op. cit.*, págs. 176 y siguientes. CLEMENTE DE DIEGO, *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuos*, pág. 73. LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, cit., 599.

(48) SANZ, *Op. cit.*, pág. 423. ALPAÑES, *Aportación al estudio de las prohibiciones de disponer*, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 188 (1950), págs. 34 y sigs., 74.

de disponer una alteración interna del derecho, una falta de capacidad o una limitación de facultad de disponer de la finca, en cuanto entrañan una restricción sancionada por la ley al ejercicio de un derecho subjetivo, han gozado de escasa simpatía en las modernas leyes civiles, por lo cual los Tribunales solamente admiten su validez cuando *sean temporales y estén justificadas por una finalidad seria y legítima*, sancionando los actos realizados en contra de las mismas con la simple nulidad y *excepcionalmente con la resolución del derecho del favorecido*. En el caso debatido, la venta judicial no podía considerarse como infracción de la prohibición de enajenar, pero la voluntad subrogatoria de la autoridad judicial en el proceso de ejecución no puede traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado ni de su poder dispositivo. Finalmente, exige que los Tribunales declaren cuál sea el alcance y preferencia de la discutida prohibición.

Así, puede verse que la existencia de un motivo serio sigue exigiéndose por la Dirección General de los Registros, como presupuesto de eficacia de la prohibición de enajenar.

¿Qué ocurre cuando una determinada disposición prohibitiva no puede tener eficacia como auténtica limitación de enajenar? Del artículo 27 de la Ley Hipotecaria podría llegar a deducirse que valdrá como obligación de no enajenar. Pero ello entraña un grave defecto de lógica y de sistemática. Partiendo de la distinción entre ambas figuras, antes expuesta, hemos de concluir, que cuando una prohibición de enajenar no reúne los requisitos de validez, es simplemente nula, y no se convierte en obligación de no enajenar (49).

## B) Límites

Además de cuanto hemos dicho, las prohibiciones de enajenar se hallan sometidas a los límites establecidos por los artículos 785, 2.º y 781 del Código civil. No podrán pasar del segundo grado, a menos que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo de fallecimiento del testador.

El límite del segundo grado ha sido aclarado, por la Jurisprudencia más moderna y por la doctrina, en el sentido de que grado es igual a llamamiento, y parece lo más probable que se refiera a los sustitutos, dejando aparte al instituido. Así se desprende de los antecedentes (Partidas, Leyes de Toro, artículo 629 del Proyecto de García Goyena) y de la atenta lectura de los preceptos de los artículos 781, 785, 3.º y 787. Y así lo ha dicho el Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de junio de 1940, de 6 de marzo de 1944 y de 28 de febrero de 1949 (50).

(49) En este sentido, ROCA SASTRE, *Derecho Hipot.*, cit., II, pág. 811.

(50) Vide LACRUZ, *Op. cit.*, págs. 620-621. OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, 286 y sigs. ALPAÑES, *Op. cit.*, 71 a 73.

### C) *Inscripción registral*

Rige lo dispuesto en los artículos 26, 3.º y 27 de la Ley Hipotecaria. La prohibición que reúna los requisitos que hemos examinado es plenamente eficaz dentro de los límites antes expuestos. En consecuencia, será nula la disposición efectuada contra la prohibición, y, una vez inscrita, se producirá un efecto muy semejante al del cierre registral, e impedirá el juego del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (51).

### 4. *Régimen de las obligaciones de no disponer*

Como hemos visto, las obligaciones de no disponer, distintas de las auténticas prohibiciones de disponer, pueden ser obligaciones contenidas en un modo, o bien reflejo de la eficacia de un derecho concurrente (prohibiciones impropias).

En realidad, cuando se impone una obligación de no disponer típica, estamos en presencia, generalmente, de un modo, y hay que referir su régimen de eficacia al del modo.

### A) *El cumplimiento del modo*

Sabemos que la obligación contenida en el modo puede haberse establecido, a diferencia de lo que ocurre con el legado, en favor de un grupo o clase de personas, de un tercero determinado o del propio favorecido e incluso, del mismo testador. Pero cuando haya un sujeto determinado beneficiario, parece que siempre estaremos en presencia de un legado (52).

Y ello, a menos que pudiéramos decir que el tercero beneficiario no puede, en ese caso, reclamar el cumplimiento. Es decir, que no cabe diferenciar modo de legado por razón del derecho que asista al beneficiario para reclamarlo, porque en principio tanto en un caso como en otro el beneficiario lo puede reclamar, y únicamente nos podríamos apartar del legado si en un determinado supuesto, no pudiera. Pero entonces, más que a la figura del modo nos acercaríamos a la de la recomendación o "nudum praeceptum".

El único supuesto en que, a nuestro juicio, cabría ver un modo y no un legado, a pesar de encontrarnos con un tercero beneficiario determinado, sería el de que la responsabilidad por incumplimiento de la obligación no recayese en la herencia, sino en el patrimonio del gravado.

Ahora bien, esto supuesto, la doctrina se ha planteado siempre quiénes son los legitimados para exigir el cumplimiento de la obliga-

(51) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., págs. 790 y 803 y sigs. LACRUZ, *Sucesiones*, cit., pág. 599.

(52) LACRUZ, *Loc. cit.*, págs. 590-591. LÓPEZ VILAS, *Op. cit.*, 597. OSSORIO MORALES, *Manual de la sucesión testada*, cit., pág. 231. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., V-2, pág. 334.

ción “ex modo”. Este es un problema conexo con la difícil cuestión, antes esbozada, de la exigencia de un sujeto determinado que puede reclamar la prestación, ya que tampoco la obligación modal podría funcionar con normalidad sin un acreedor (o varios acreedores).

La doctrina dominante, empero, entiende que la aceptación de la liberalidad o atribución “sub modo” produce una obligación del gravado, cuyo cumplimiento puede exigirse coactivamente (53).

Esta opinión puede resultar clara y sólida en los casos en que el beneficiario del modo está determinado (si es que entonces no estamos ante un legado, como hemos dicho). Pero la cuestión se complica cuando se trata de un modo en favor de un grupo de personas e incluso puede decirse que no queda claro si el beneficiario del modo es el único legitimado para reclamar su cumplimiento. La doctrina apunta diversas soluciones: para unos (54), precisamente el beneficiario es quien no tiene acción para reclamar el cumplimiento, porque de entender lo contrario se estaría ante un legado, mientras que el modo sólo provoca una legitimación formal de ciertos sujetos para pedir el cumplimiento (de modo semejante a lo que ciertos autores alemanes dicen comentando el parágrafo 2.194 del BGB). Tales personas serían los coherederos del heredero gravado, los albaceas, las personas expresamente facultadas por el testador, los propios herederos y, en ciertos casos, las autoridades administrativas.

Para otros autores, están legitimados para pedir el cumplimiento las personas antes citadas, y también el beneficiario si se halla individualizado, sin que requiera previa aceptación, como en el contrato en favor de tercero, “dada la sustantividad y fuerza vinculante de las obligaciones testamentarias una vez muerto el testador, y la posibilidad de aceptación tácita” (55).

Según otro sector de opinión, pueden pedir el cumplimiento el interesado, en cuyo favor se estableció la obligación modal, y otros interesados (como los herederos del beneficiario) (56).

Finalmente, con base en el artículo 798, párrafo 2.º (“el interesado en que se cumpla”) se ha defendido la opinión de que sólo pueden pedir la realización de la obligación “ex modo” los interesados, es decir, los que tengan un interés propio y no los herederos, ni los sustitutos, ni en general los que recibirían una ventaja de la decadencia del derecho gravado, pues no tienen ningún interés en el

(53) LACRUZ, *Sucesiones*, cit., 59. L. TORRALBA SORIANO, *Op. cit.*, 208 y 211. ALBALADEJO, *Op. cit.*, pág. 94, si bien este último autor entiende que no cabe el cumplimiento forzoso, sino solamente la revocación. Vide la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1961, en el sentido del texto.

(54) PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, 334. OSSORIO MORALES, *Loc. cit.*, pág. 231.

(55) VALLET DE GOYTISOLO, *Loc. cit.*, 173. Le sigue LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 592.

(56) ALBALADEJO, *Op. cit.*, pág. 94. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español*, III, Madrid, 1932, pág. 136 “aquellas personas a quienes interese”. SCAEVOLA, *Op. cit.*, t. XIII, pág. 849.

cumplimiento, salvo cuando sean interesados por otra razón, como, por ejemplo, como parientes del testador (57).

Cuando el modo se ha establecido en favor de una categoría de personas, algunos autores se inclinan por aplicar las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el "juicio de adjudicación de bienes a que están llamadas varias personas sin designación de nombres", contenidas en los artículos 1.101 y siguientes. Concretamente podrían promover este juicio las personas citadas en el artículo 1.103 LEC: "los que se crean con derecho a los bienes, o cualquiera de ellos y el Ministerio Fiscal en representación del Estado" (58).

Los esfuerzos que realiza la doctrina para aproximar el régimen de la obligación modal al de la obligación normal no se ven perfectamente correspondidos. No hay, en general, un derecho de crédito ni un acreedor típico que pueda pedir el cumplimiento. Parece aceptable la legitimación formal de las personas que están encargadas de ejecutar la voluntad del testador, para pedir el cumplimiento del modo, aunque no actúen en virtud de un derecho de crédito, en ningún caso. Y parece también aceptable que pueda pedir el cumplimiento el interesado. Pero en ocasiones, determinar quién es el interesado se presenta como un grave problema. Sobre todo cuando se impone una obligación de no hacer y, más aún, cuando el gravado ha transmitido la atribución "sub modo" por ejemplo, a sus herederos por sucesión mortis causa.

Es el supuesto de una obligación de no disponer, en general, y de todas las obligaciones "ex modo" cuando pasa la cosa que fue transmitida "sub modo" a los sucesores del gravado.

¿Quién tiene interés en que se cumpla una obligación de no disponer?

Cuando se trata de una obligación de las que hemos llamado "prohibiciones impropias o reflejas" los titulares del derecho correlativo. Pero cuando es una verdadera obligación de no disponer, sólo puede reconocerse un interés "per officium" en las personas encargadas de ejecutar la voluntad del testador (aunque no les alcance una mejora o beneficio patrimonial, tal como ha dicho GIORGIANNI y hemos apuntado anteriormente) o bien un interés en aquellas personas que recibirían la cosa en el supuesto de la decadencia del derecho del actual titular. Y con ello concretamos con una cuestión delicada: si el incumplimiento del modo da lugar a revocación de la atribución. Porque si el incumplimiento no da lugar a revocación, tampoco habrá ese interés. Y no vale decir que los interesados podrán siempre pedir indemnización por daños, porque precisamente

---

(57) TORRALBA SORIANO, *El modo*, cit., pág. 211. Se apoya, entre otros, en GIORGIANNI, *Il modus*, cit., pág. 903. LACRUZ, sobre la base de lo dispuesto en el art. 911 del C. c. cree legitimados en todo caso a los herederos. *Ibidem*.

(58) TORRALBA, *Op cit.*, pág. 216. De la misma opinión era ya SCAEVOLA, *Código civil*, XIII, cit., págs. 849-850.

se trata de saber si hay alguien a quien el incumplimiento pueda dañar.

En todos estos supuestos, cuando no haya un interesado, verdaderamente no se podrá hablar de obligación en sentido estricto, y estaremos ante una recomendación o "nudum praeceptum", ya que nadie podrá exigir el cumplimiento.

Cuando la obligación "ex modo" tenga por contenido una prestación positiva (de dar o hacer) en favor de sujetos no determinados o de sujetos individualizados (en la hipótesis de que no sea un legado), la cuestión se plantea en la subsistencia de un acreedor interesado.

Desde luego, son aplicables a todos estos supuestos los límites del artículo 785 del Código civil.

Y en el caso de las obligaciones negativas, como antes decíamos, de la posibilidad de revocación depende el que haya o no un interesado en el cumplimiento e, incluso, el que pueda haber una obligación sentido técnico.

#### B) *La revocación de la disposición modal*

Ahora bien, que la atribución "sub modo" puede ser revocada o resuelta ni está claro en el Código, ni la doctrina se muestra unánime al respecto.

Parece correcta la opinión de quienes señalan que la obligación modal no se puede llevar al terreno de las obligaciones sinalagnáticas o recíprocas, ni regirse por el artículo 1.124 del Código civil. Ni, de otra parte, la relación de interdependencia entre liberalidad y modo es tal que pueda verse en el incumplimiento del modo una causa suficiente para la revocación a la manera del artículo 647 del Código civil.

De ahí que sea lógico pensar que la revocación, en principio, no es admisible. Sin embargo, algunos autores la aceptan cuando concurren causas que la justifiquen, como son: que lo haya dispuesto así el testador, o que el gravamen haya sido motivo determinante de la disposición principal (59).

Pero en estos casos, como ha señalado certeramente OSSORIO MORALES respecto de la primera de las causas citadas, el testador ha impuesto una condición resolutoria (60).

Algún autor cree que la revocación es posible en los casos de culpa cualificada y dolo y que pueden pedirla quienes recibirían los bienes como consecuencia de la ineficacia de la institución modal

(59) TORRALBA SORIANO, *El modo*, cit., pág. 250. LÓPEZ VILAS, *Op. cit.*, pág. 611.

(60) OSSORIO MORALES, *Loc. cit.*, págs. 231-232. Le siguen los autores citados en la nota anterior. El párrafo final del art. 111 de la *Compilación Catalana* niega la posibilidad de efectos resolutorios del modo. LÓPEZ VILAS (*Ibidem*) cree inaplicable el art. 647 al modo testamentario, por las especiales características de los negocios mortis causa.

y —acaso— los interesados en el cumplimiento de la obligación modal (61).

Ya conocemos la opinión de ALBALADEJO, quien defiende que la revocación se dará siempre (y no el cumplimiento forzoso).

Finalmente, LACRUZ cree que el artículo 647 del Código civil es aplicable, porque así lo da a entender el artículo 797 del Código civil. Por ende, será revocable la atribución, y podrán pedirla quienes ocupan el puesto del causante y deben vigilar el cumplimiento de su voluntad y quienes, eventualmente, pueden llegar a ser herederos o aumentar sus emolumentos.

No la podrían pedir, en cambio, los terceros favorecidos, que ni pueden alegar interés en la revocación ni pueden apoyar su derecho en texto alguno (62).

Ahora bien, observemos que el artículo 647 habla de “condiciones” y que el artículo 797, 2.º del Código civil establece la “fianza” como presupuesto para que los herederos del gravado puedan adquirir los bienes transmitidos “sub modo”, dejando entrever que su obligación deriva más de la misma caución que del hecho de suceder al gravado. Parece cierto que, como ha puesto de relieve VALLET, en el texto del anteproyecto se obligaba a prestar caución también al gravado, y que la diferencia gramatical que se observa en el texto vigente obedece a la supresión de un gerundio.

La fianza podrá ser exigida por las mismas personas que están legitimadas para pedir el cumplimiento (63).

El artículo 647 funciona “inter vivos”, por otra parte, el donante es quien ejercita la acción dirigida a la revocación. El artículo 797, 2.º, si se interpreta como precepto que establece la revocación o resolución, puede dar lugar a enormes complicaciones cuando el incumplimiento del modo se verifique mucho después de recibir el gravado los bienes, y acaso por parte de los sucesores del primer heredero o legatario obligado, pues en tal caso habría que remontar hasta el causante la titularidad, para después atribuirla a sus herederos, o a los herederos de los herederos, según sus cuotas. Si añadimos a esto lo que antes hemos dicho sobre el carácter “condicional” de la resolución, tendremos como más ajustada la opinión de quienes admiten —si acaso— la revocación, pero sólo por causa justificada, y siempre con un matiz condicional, que cuando no es expreso será difícil de probar (el “motivo determinante”).

Digamos, además, que ese “motivo determinante” habrá de ser serio y legítimo, como decíamos al hablar de la “causa” o, mejor dicho, del interés legítimo, en las prohibiciones de disponer.

Por tanto, sólo cuando se den estas circunstancias habrá ese “interesado” que antes tratábamos de terminar a efectos de considerarle

(61) LUNA SERRANO, *Loc. cit.*, pág. 123.

(62) LACRUZ, *Sucesiones*, cit., pág. 596.

(63) Sobre el tema, TORRALBA SORIANO, *El modo*, cit., págs. 231 y sigs. OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 232.

legitimado para instar el cumplimiento de los modos que contengan una obligación negativa.

El artículo 798 del Código civil contiene las reglas aplicables para los supuestos de imposibilidad de cumplimiento no imputable al gravado.

Recordemos, finalmente, que en los casos de incumplimiento imputable al gravado, la doctrina intenta aplicar las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones. LACRUZ cree que los interesados pueden obtener un resarcimiento, incluso la mayor parte de los autores cree que es posible instar el cumplimiento forzoso (64).

El problema, como siempre, es la cualidad de "interesado". En los supuestos de incumplimiento muy lejano en el tiempo, desaparecidas de escena los "legitimados "per officium", los modos que consistan en prestaciones negativas podrán interesar a pocas personas.

Finalmente, en tema de cumplimiento del modo, hay que decir que cuando se trata de un único heredero gravado (y más cuando no hay albaceas) deviene prácticamente ilusoria toda regla sobre exigencia del cumplimiento, de fianza, etc. Y lo mismo ocurre con el prelegado "sub modo". No cabe recurrir al heredero o herederos abintestato porque, como se ha señalado, su presencia requerirá previamente la declaración de herederos abintestato en los términos de la L. E. C., lo que es imposible cuando hay por delante un heredero testamentario que ha aceptado la herencia (65).

### C) *El modo y el Registro de la Propiedad*

Hay fuertes obstáculos dogmáticos para admitir la inscripción registral del modo, que no tiene efecto real propiamente dicho. No constituye una limitación real de las facultades dominicales del adquirente "sub modo", que ni se reserva el disponente ni tampoco se atribuye directamente al eventual beneficiario del cumplimiento del deber modal.

Luego deberían ser de aplicación los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 9 y 51, 6.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario (66).

Sin embargo, de alguna manera el modo ha podido penetrar en el Registro, gracias a las expresiones desafortunadas del artículo 2.<sup>o</sup>, regla 3.<sup>a</sup> de la Ley Hipotecaria y de la propia regla 6.<sup>a</sup> del artículo 51 del Reglamento. El primero de los preceptos citados se refiere a "los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen algunos bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de trans-

(64) LACRUZ, *Loc. cit.*, pág. 592. TORRALBA SORIANO, *El modo*, cit., páginas 243-244. GIORGIANNI, *Loc. cit.*, pág. 915. De acuerdo la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1961. Lo niega la S. de 4 de junio de 1965.

(65) SCAEVOLA, *Código Civil*, XIII, cit., pág. 853.

(66) MEZQUITA DEL CACHO, *La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad*, en la R. D. P., 1960, págs. 21 y sigs., 22. TORRALBA SORIANO, *Op. cit.*, págs. 161 y sigs.



mitirlos a otros o de invertir su importe en objetos determinados". El artículo 51, 6.<sup>a</sup> del Registro, se refiere a las "condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias".

ROCA SASTRE, que critica duramente el artículo citado de la ley, cree que se refiere al "modo causaiizado o condicionante", que operaría como carga o gravamen de trascendencia real "per se" (67).

MEZQUITA justifica el precepto diciendo que el modo no es concretamente equiparable a la obligación personal crediticia, sino que más bien que un débito es fundamento de un eventual derecho de rescate. Y por ello cree que no carece de trascendencia real, a efectos de lo dispuesto en la reg.<sup>a</sup> 6.<sup>a</sup> del artículo 51 del Reglamento.

Sin embargo, después de lo que hemos dicho en páginas anteriores, las referencias de nuestra legislación hipotecaria deben ser interpretadas como referidas exclusivamente a aquellos supuestos en que el modo pueda tener eficacia resolutoria, y no a los demás casos.

VALLET (68) admite también la inscripción del modo ordenado testamentariamente, siempre que se refiera a la cosa o sea inherente a su titularidad.

El fundamento de la inscripción sería siempre el eventual derecho de rescate y debería quedar fuera del Registro el modo típico —obligación personal del gravado—, por impedirle la entrada los preceptos analizados anteriormente.

Cuando injustificadamente haya tenido acceso, pueden y deben ser cancelados a instancia de parte, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley.

La resolución de la Dirección General de Registros de 7 de julio de 1949 declaró que podía cancelarse la cláusula de una escritura de compraventa, transcrita en la inscripción correspondiente, según la cual era condición del contrato que los edificios que se construyeran habían de ser destinados a Seminarios... Por aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, ya que la referida estipulación no se reputa condición resolutoria "erga omnes", ni es constitutiva de un derecho real (aunque es claro que se trata de un negocio inter vivos y oneroso, creemos interesante citar el dato).

Cuando el modo vulnere los límites del artículo 785, la Dirección General, en ocasiones por lo menos, ha declarado no inscribible la disposición (así la Resolución de la Dirección General de 25 de junio de 1904) (69).

---

(67) *Derecho Hipotecario*, cit., II, págs. 643-644 y 649.

(68) VALLET, *Op. cit.*, pág. 170.

(69) DE LA RICA MARITORENA, *Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad*, en la R. C. D. I., núm. 490 (1972), págs. 513 y sigs., 532-534.

### III. EL CONTENIDO DE LA DISPOSICION Y LOS DERECHOS PREFERENTES (PROHIBICIONES IMPROPIAS DE ENAJENAR)

Respecto de las prohibiciones de disponer que antes hemos llamado "impropias", esto es reflejo del derecho correlativo de que es titular otra persona, subsisten fuertes dudas en la doctrina sobre el carácter real de este tipo de derechos, cuando son establecidos por la voluntad de los particulares (tanteo convencional), y la polémica en torno a su carácter no se ha cerrado (70).

#### 1. *Los derechos de adquisición preferente como derechos reales. Requisitos*

Sin entrar en la polémica, ni siquiera en el terreno terminológico, digamos que nos parece más correcta la opinión de quienes creen, sobre la base de las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1958 y de 30 de abril de 1964 y el artículo 14 del Reglamento Hipotecario vigente, que es posible configurar como derecho real el de tanteo convencional, cuando se cumplen los requisitos que el artículo citado establece para la opción. Y ello porque, dada la inaplicabilidad al tanteo convencional de los artículos 1.506 y siguientes del Código civil, que regulan un pacto de retro o condición resolutoria en favor del vendedor, y no un derecho de adquisición preferente, parece lógico la aplicación analógica de las reglas sobre la opción, derecho de mayor similitud que los tanteos legales, y que en último término viene regido por unos preceptos que en nada contradicen los de los tanteos legales, sino que aclaran y especifican la regulación del tanteo legal, pudiendo, en último término, combinarse.

En efecto, de los tanteos legales se podrían inferir dos —acaso únicas— reglas básicas: el plazo fijo de ejercicio, y la preferencia entre titulares concurrentes, pero esto último no en todos los casos (71).

En realidad, la diversidad de figuras englobadas en la rúbrica de

---

(70) Sobre el tema puede verse ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo III, 6.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1968, págs., 646 y sigs., especialmente págs. 648-649 y 651. Cree este autor que la doctrina y la Jurisprudencia se muestran adversas a admitir ningún derecho real de adquisición "simplemente porque constituye un obstáculo para ello, insalvable, el hecho de que la denominada facultad o poder de disposición *no forma parte* del derecho subjetivo, sea real o personal". VALLET DE GOYTISOLO cree, en cambio, inscribibles y reales estos derechos, partiendo de un distinto concepto de la categoría "derecho real". Vide, de este autor: *Determinación de las relaciones jurídicas susceptibles de trascendencia respecto a tercero*, en Estudios sobre Derecho de Cosas y Garantías Reales. Barcelona, 1962, págs. 97 y sigs., 176-177. La naturaleza real de estos derechos parece ser, en este momento, la opinión mayoritaria. Vide, BADENES GASSET, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*. Barcelona, 1958, págs. 25 y 26.

(71) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, Derecho de Cosas, Barcelona, 1964, pág. 575.

“tanteos legales” hacen parecer más viable reconducir la construcción del derecho de tanteo convencional al derecho de opción.

En tal caso, parece que los requisitos, dada la exigencia de depuración y limpieza que impone el principio de especialidad, deberían ser más o menos los del artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Tales serían:

- a) Plazo de duración cierto y no indeterminado.
- b) Precio de la adquisición onerosa.
- c) Forma de ejercitar el derecho de tanteo: notificaciones, plazos, etc.

AMORÓS, que ha estudiado detenidamente el problema, llega a la conclusión de que sin tales requisitos, no puede ser inscrito en el Registro el tanteo convencional (72).

Con todo, las dudas sobre la posibilidad de inscripción, aun contando con estos requisitos, subsisten en la doctrina y, sobre todo, en la Jurisprudencia.

Se ha dicho, con razón, que en la configuración obligacional del tanteo no se producirá jamás el montaje de un puro y firme derecho de adquisición, sino el de una esperanza de adquirir, pendiente de una condición “si volet” o engarzada en dilema con una cláusula penitencial, lo que en definitiva sería un derecho de adquirir nonnato. Y se recuerda que el principio de especialidad impone que se trate de derechos perfectamente límpidos y diferenciados (73).

## 2. Doctrina de la Dirección General de Registros

La trayectoria histórica de las Resoluciones de la Dirección General de Registros demuestra claramente la exigencia de los requisitos apuntados, y un cierto trato de desfavor a la inscripción del tanteo convencional.

La Resolución de 4 de enero de 1927 permitió la inscripción de una escritura de compraventa otorgada por el propietario que había adquirido una casa mediante un legado en que se le imponía la prohibición de venderla “mientras no cumpla veinticinco años y, caso de hacerlo, serán preferidos mis dos hijos A. y F., por la cantidad de 30.000 reales de vellón...” El registrador denegaba la inscripción porque “no aparece hecho el ofrecimiento de venta a estos interesados, ni consta la renuncia de los mismos a comprar la casa por la expresada cantidad”. El recurrente alegaba que la preferencia

(72) AMORÓS GUARDIOLA, *Op. cit.*, págs. 980 a 984. De acuerdo, por último, ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil*, II, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1968, páginas 490.

(73) DEL MORAL, A., *Los derechos de adquisición y el problema de su rango*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 8 (1954), págs. 328 y sigs., 358-359. CÁNOVAS COUTIÑO, *Comentario a la Resolución de 20 de octubre de 1966*, en la R. C. D. I., núm. 458 (1967), págs. 91 y sigs., 95.

sólo llegaba a la venta realizada por esta cantidad —o inferior— y sólo duraba hasta que el legatario cumpliera los veinticinco años (la venta era posterior).

El presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador.

La Dirección General revoca el acto apelado, y en sus considerandos establece:

“Que contra la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de preferencia... militan gravísimas razones que imponen una interpretación restrictiva, como son:

- 1.º El silencio de nuestra legislación hipotecaria sobre tal preempcio.
- 2.º La duración indefinida que se le atribuye.
- 3.º Los vínculos que impondría a la propiedad frenando las mejoras y estimulando el abandono de las fincas.
- 4.º Las dificultades que su desenvolvimiento judicial y extra judicial presentaría, por la indeterminación de los plazos en que haya de hacerse la oferta, etc.”.

La Resolución de 27 de marzo de 1947 declaró procedente cancelar la mención de la estipulación pactada en una escritura de compraventa de finca urbana, practicada al inscribir dicho título y según la cual, si el vendedor o sus herederos tuviesen que vender en lo sucesivo otra casa y los compradores de la misma les exigieren la adquisición de la transmitida en la primera escritura, vendrán obligados el comprador de ésta o sus herederos a cederla al vendedor o a los sucesores del mismo. A juicio del Centro Directivo se trataba de un derecho personal y era de aplicación lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

El Registrador, que había denegado la cancelación, aducía que “se trataba de un reserva de derechos a favor del vendedor que condiciona o limita las facultades del adquirente” y citaba en su apoyo los artículos 9 de la Ley y 61 del Reglamento.

El presidente de la Audiencia confirmó la nota.

La Dirección General revoca y en sus considerandos dice:

“Que la posible analogía que pudiera guardar dicha relación jurídica con el retracto convencional queda descartada desde el momento en que carece de los dos elementos esenciales exigidos por el Código civil en su artículo 1.507 y 1.508, que son: la consignación expresa del derecho a retraer, cumpliendo lo prevenido en el artículo 1.518 y el establecimiento de un plazo para su ejercicio...” La Dirección General entiende que guarda más similitud el pacto establecido con la opción, pero configurada como promesa de venta, y concluye diciendo que “más bien que una mención, en el verdadero sentido técnico hipotecario, el caso discutido constituye una modalidad o condicionamiento de la relación jurídica inscrita que afecta al derecho objeto de la inscripción y cuya expresión registral es lógica consecuencia

de lo establecido en la regla 9.<sup>a</sup> del artículo 61 del Reglamento (sic) y que estas modalidades deben tener pleno acceso al Registro *cuando revistan trascendencia real...*" (en este caso se estima sólo la eficacia obligacional).

La Resolución de 13 de diciembre de 1955 declaró no inscribible una prohibición de enajenar contenida en un acto inter vivos y a título oneroso. La actual propietaria se comprometía a no enajenar, ni gravar, ni disponer de otro modo sin consentimiento de la optante, mientras se halle vigente el plazo de ejercicio del derecho de opción establecido.

La Dirección General exigía el cumplimiento taxativo de los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario y decía que "los efectos de la opción inscrita implican, más que una prohibición de enajenar, una facultad preferente de adquirir por parte de la optante, y si bien nada impide que en el contrato se pacte una prohibición de enajenar para robustecer el derecho de la persona favorecida por la opción, el Registrador al calificar deberá distinguir cuidadosamente entre uno y otra, a fin de que cuando la prohibición de enajenar no reúna los requisitos exigidos por la ley, se deniegue su inscripción".

Esta doctrina parece clara: la prohibición de enajenar no deriva directamente del derecho de adquisición preferente (sería una prohibición impropia), pero puede establecerse (aunque no por contrato oneroso como dice esta Resolución, ya que entonces estaríamos ante una obligación de enajenar, que jamás sería objeto de inscripción, según dispone el artículo 27 de la Ley Hipotecaria) como garantía del derecho de adquisición preferente, y entonces habrá que ver si reúne los requisitos legales.

Finalmente, presenta gran interés el examen de la Resolución de 20 de septiembre de 1966, en que se debatía si pueden tener acceso al Registro, en virtud de su carácter real, los pactos en que las partes establecen sendos y recíprocos derechos de adquisición preferente para el caso de que se transmitan las parcelas que habían sido objeto de transferencia, por acto a título en el que no medie dinero o por donación, herencia o legado.

En los citados pactos se establecían el precio (el sistema de fijación del precio), los plazos de ejercicio, el procedimiento —plazo, notificaciones, etc— y la preferencia entre los posibles concurrentes, todo ello dentro de los límites del artículo 781 del Código civil.

La Dirección General admite la inscripción, porque entiende que en el caso debatido "aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real o similar a otras ya admitidas por nuestra legislación —artículo 16, 8 y 9 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos: artículos 20 y 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: artículos 3 y 4 de la Ley de 15 de julio de 1954, etc.— y por la Jurisprudencia, ya que se trata de un derecho de preferente adquisición, que en virtud del negocio jurídico concluido amplía el campo propio de aplicación de tanteo, al extenderlo a

los supuestos de transmisión gratuita y permuta, y en donde los posibles obstáculos aparecen superados en cuanto que:

a) Existe convenio en el que se concede al titular la facultad "erga omnes", sin crear un simple derecho de crédito.

b) El precio no queda fijado de antemano, sino que con las garantías necesarias se determinará por terceras personas en el momento de la transmisión (de modo semejante a lo que disponen el artículo 1.447 del Código civil y el artículo 20 de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada).

c) Se concede un plazo determinado y breve (30 días) para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión.

d) Se respeta el límite del artículo 781 del Código civil.

Por su parte, el Tribunal Supremo, si bien en otras Sentencias ha admitido la posibilidad de un tanteo convencional configurado como derecho real, en la de 12 de noviembre de 1963, entendió que no tenía efectos reales la cláusula contenida en un contrato de arrendamiento, en que se establecía que "en caso de venta de la finca, que no podrá realizarse sin el consentimiento de la arrendataria, ésta será la compradora en análogas condiciones, y desde luego el adquirente vendrá obligado a respetar el contrato". La "ratio" se encuentra en la imposibilidad de que las prohibiciones lícitas de disponer establecidas en actos a título oneroso tengan alcance real, después de la Ley Hipotecaria vigente (artículo 27). La doctrina no es enteramente correcta en su formulación, pero no podemos detenernos en un análisis detallado.

Parece, pues, que un derecho de adquisición preferente configurado sin los requisitos expresados por la Resolución de 20 de septiembre de 1966, no tendrá alcance real ni, por ende, acceso al Registro de la Propiedad, aunque se trate de establecer en un acto "mortis causa". Por otra parte, la prohibición de enajenar que derive de él, debe también seguir su suerte.