RÉGIMEN DE LOS LEGADOS SUPEDITADOS A UN *DIES MORTIS*.

Ana G. Bustelo
Universidad de Santiago

La comunicación que se presenta en este IV Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, constituye un pequeño apartado dentro una investigación más amplia que tiene por objeto el estudio del *dies incertus* en las fuentes jurídicas romanas; y es que precisamente uno de los ejemplos de "término incierto" que los textos nos ofrecen[1] es el *dies mortis*. Nuestro propósito actual no es ni siquiera estudiar el *dies mortis* en su conjunto, sino tan sólo la incidencia que estas cláusulas relativas a la muerte de una persona tienen en materia de legados.

Para llevar a cabo nuestro objetivo estudiaremos aquellos textos del Digesto en los que, en relación con los legados, o bien se procede a una calificación jurídica del *dies mortis*, o bien se establece el régimen jurídico de un legado supeditado a la muerte[2], sea ésta la muerte del heredero gravado con ese legado damnatorio, sea la del legatario beneficiario de esa disposición testamentaria, sea la de una tercera persona distinta.

A) Muerte del heredero y del legatario:

Empezaremos examinando dos pasajes, uno de Papiniano y otro de su discípulo Ulpiano, en los cuales ambos juristas estudian conjuntamente el régimen jurídico del legado supeditado al *dies mortis heredis* y al *dies mortis legatarii.*

1.-El primero de los textos es Papiniano 1 *def.*-D.35,1,79pr.-1:

> *"Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato". purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur: non potest enim condicio non existere. (1) "Heres meus, cum ipse morietur, centum Titio dato", legatum sub condicione relictum est: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo. dies legati non cedit, et non est certum ad heredem eum legatum perventurum.*

Aparecen en el texto de Papiniano dos legados damnatorios que, pese a estar supeditados a la misma cláusula, "*cum morietur*", constituyen supuestos distintos: el primero se deja para cuando muera el legatario Ticio ("*cum morietur Titius*"); el segundo, para cuando muera el propio heredero gravado con el legado ("*cum ipse morietur*").

Respecto al primero de los legados –"*Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato*"-, dice Papiniano que *purum legatum est*, porque no se suspende por una condición, sino por *mora*, según el jurista, tal condición *non potest non existere*.

---

1. Además del *dies mortis*, las fuentes nos suministran expresamente los siguientes ejemplos de *dies incerti*: "*cum in familiam nupserit*", "*cum magistratum inierit*", "*cum pubes erit*", "*cum ad annos sedecim pervenisset*", y "*si aliquid factum sit*" *vel* "*cum aliquid factum sit*".

2. Al analizar los textos, nos limitaremos a esos dos aspectos señalados, prescindiendo de otras cuestiones problemáticas que pudieran plantear.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0743

Para Papiniano, pues, el legado supeditado al *dies mortis legatarii* es un *legatum purum*. Sin embargo, a nuestro entender, el legado "*cum morietur Titius*" no se ha dispuesto *pure*, puesto que el legado puro es inmediatamente exigible, y, en el caso presente, la voluntad del testador es clara: el disponente quiere que la adquisición del legado se produzca en el momento en que Ticio se esté muriendo, es decir, su voluntad es que sean los herederos del legatario los que realmente lleguen a adquirir ese legado. Por consiguiente, el legado "*cum morietur Titius*" no es un *legatum purum*. Así las cosas, hay que preguntarse por qué Papiniano afirma que *purum legatum est*. Y es el propio jurista el que nos aclara la razón de esta afirmación: el legado supeditado a la *mors legatarii* es puro, *quia non condicione suspenditur*. Según esto, Papiniano, calificaría este legado como *purum* por el hecho de que, a su juicio, no se ha dejado *sub condicione*; lo que intenta el jurista es, por tanto, resaltar que la *mors legatarii* unida a un legado damnatorio no lo convierte en condicional[3].

En efecto, se afirma a continuación en el texto que "*cum morietur Titius*" es una *condicio quae non potest non existere*[4]; estamos, según Papiniano, ante una *condicio quae omnimodo exstatura est*, condición cierta o necesaria que, por esa certeza de cumplimiento, no convierte al legado en condicional.

Pero, ¿qué efectos produce esta *mors legatarii*, esta *condicio quae non potest non existere*, si se añade a un legado? Cuando el testador dispone un legado "*cum morietur legatarii*", éste se encuenta suspendido por un hecho de seguro cumplimiento. El *dies cedens* del legado, dada la seguridad que existe respecto a que la muerte del legatario se va a producir, tiene lugar *statim*, en el mismo instante de la apertura del testamento, momento en el que, a partir de Augusto, tiene lugar la *delatio*; sin embargo, el *dies veniens* se pospone hasta que la *mors Titii* tenga lugar. En definitiva, el régimen jurídico del legado supeditado al *dies mortis legatarii* –a una *condicio quae non potest non existere*, es idéntico al del legado a término: *dies cedit statim, sed nondum venit* hasta que el término llegue[5]. Por esta razón, los autores afirman que el legado "*cum morietur Titius (legatarius)*" es un legado a término[6]; no obstante, a nuestro entender, esto no es exacto. La cláusula "*cum morietur Titius*" no es un *dies*, sino que, como dice el propio Papiniano, es una *condicio quae non potest non existere* o, si se prefiere, una *condicio quae omnimodo exstatura est*, dado que *dies* (= *dies certus*), como ya hemos tenido ocasión de demostrar[7], es para los juristas romanos simplemente la fecha del calendario o el plazo hasta cuya llegada se retrasa la exigibilidad procesal de los efectos de un acto. Cualquier otra circunstancia futura distinta de la fecha o del plazo, es decir, diferente del *dies certus* a la que se supediten los efectos de ese acto, es condición; si esta condición ciertamente se va a cumplir, no produce más que un retraso en la exigibilidad de tales efectos (*condicio quae omnimodo exstatura est*); si, por el contrario, el acontecimiento que constituye la condición es de realización incierta, ya no sólo se retrasa la exigibilidad de los efectos, sino la propia existencia de la relación jurídica hasta su cumplimiento (*condicio* en sentido estricto). En conclusión, aunque la *condicio quae omnimodo exstatura est* es distinta del *dies certus*, sin embargo, su inclusión en un determinado acto produce los mismos efectos que el término[8].

---

3. El mismo Papiniano, en D.36,2,26,1, utiliza también el adverbio *pure* para poner de relieve que el fideicomiso no se ha dispuesto *sub condicione*.

4. SIBER, rec. a Appleton, *Aperçus nouveaux sur le terme certain ou incertain en droit romain et moderne*, en *SZ.* 48(1928)763 n.2, para quien el legado es absoluto, pero sólo se adquiere en el último momento de la vida del legatario, censura la frase final *non potest* – fin. Vid., en este mismo sentido, GIOFFREDI, "*Pendere*": *per la storia di un dogma*, en *Studi Giuridici in memoria di F. Vassalli* I (Turín 1960) p.833 n.19; y GROSSO, *I legati nel Diritto Romano*2 (Turín 1962) p.430.

5. En opinión de GROSSO, *Legati*2, p.430, "é evidente che lo spostamento del *dies cedens* no aveva effetto pratico nel legato *cum legatarius morietur*, perché era intrinsecamente esclusa una premorienza del legatario". Sobre el régimen jurídico del legado a término, vid. BUSTELO, *Dies incertus* I, en *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano* nº 8 (Santiago de Compostela 1996) p.186 n.17.

6. Vid., en este sentido, GLÜCK, *Commentario alle Pandette* 28 IV (Milán 1904) p.202; BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni* (Milán 1943) p.565; y VOCI, *Diritto Ereditario Romano* II2 (Milán 1963) p.619.

7. Vid. BUSTELO, *Dies Incertus* I, en *C.C.D.R.* 8 cit., p.188.

8. Cfr., en sede de obligaciones, Ulpiano 47 *ad Sab.*-D.12,6,18, sobre el cual vid. BUSTELO, *Dies incertus* I, en *C.C.D.R.* 8 cit., p.142ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0743

Esta equiparación, en cuanto a su régimen jurídico y efectos, de la *condicio quae omnimodo exstatura est* con el *dies* (*certus*), podría entenderse que se oculta detrás de la palabra *mora*, que es utilizada por Papiniano para explicar que el legado no es condicional: el legado ya es firme –este es el sentido que el jurista da en el texto al vocablo *purum*-, pero su adquisición queda aplazada (*mora*) hasta la *mors legatarii*. En ese momento "viene el día" y pueden los herederos del legatario exigir su cumplimiento.

Por último, la primera afirmación de Papiniano según la cual el legado *non condicione suspenditur* y su posterior consideración de la *mors legatarii* como una *condicio quae non potest non existere*, que llevó a varios autores a considerar compilatoria la mención de la segunda[9], no son en absoluto contradictorias: Papiniano niega que el legado se haya dejado bajo condición *–non condicione suspenditur-*, porque aquí no existe ninguna duda respecto a al realización del acontecimiento previsto, ya que la muerte del legatario antes o después se va a producir *–non potest enim condicio non existere-*. Papiniano recoge, en definitiva, por una parte, el concepto estricto y técnico de condición (*condicione suspenditur*), y, por otra, el más amplio, que englobaría también al anterior y que comprendería cualquier hecho futuro al cual se supeditan los efectos de un acto distinto del *dies certus*; en este caso, la condición prevista por el testador es un acontecimiento absolutamente cierto (*condicio quae omnimodo exstatura est*).

En el § 1 el supuesto es distinto: el testador dispone que su herdero, cuando muera (*"cum ipse morietur"*), dé a Ticio cien mil sestercios. Nos encontramos, por tanto, con el mismo acontecimiento del pr. –la muerte de una persona-, pero, en este caso, se trata de la *mors* del gravado con la disposición: la *mors heredis*. A juicio de Papiniano, estamos ante un legado *sub condicione relictum*, porque, aunque es cierto que el heredero ha de morir, es incierto si el legatario estará vivo en ese momento; por este motivo, *dies legati non cedit* y no es seguro que el legatario Ticio llegue a adquirir ese legado[10].

La *mors heredis*, al igual que la *mors legatarii* o la muerte de cualquier persona, es cierto que va a llegar. Lo que sucede aquí, y en esto radica precisamente su diferencia con el caso anterior, es que no se sabe si el legatario vivirá el *dies mortis heredis* y, para que el legado sea válido, es imprescindible que el legatario viva cuando la muerte del heredero se produzca; por consiguiente, a un hecho cierto en sí mismo –como es la muerte- se le une de forma implícita un hecho incierto: la no-premoriencia del *legatarius* al *heres*. En consecuencia, ese acontecimiento cierto deja de serlo, ya que predomina sobre él la incertidumbre en relación con la supervivencia del legatario al heredero.

Así, en el legado "*cum heres morietur*" está implícita la condición de que el legatario no premuera al heredero; por esta circunstancia, el legado es condicional. La cláusula "*cum heres morietur*" individualmente considerada no es una condición, sino que se transforma en tal por su dependencia de ese otro hecho que es la posibilidad de premoriencia del legatario al heredero; la *mors heredis* determina entonces el momento en que esa *condicio superviventiae* tiene que cumplirse. Por todo ello, el *dies cedens* del legado se retrasa hasta que, muriendo el heredero, el legatario continúe con vida, coincidiendo con el *dies veniens*; si el legatario muere antes que el heredero, la *condicio legati* –la *condicio superviventiae*- se frustra y, *deficiente condicione*, el legatario nada transmite a sus propios herederos. En conclusión, el legado "*cum heres morietur*" es un legado *sub condicione*[11].

---

9. Vid., *supra* n.4.

10. BESELER, *Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*, en *SZ.* 45(1925)449, considera espuria la frase *dies legati* – fin.

11. La condicionalidad del legado "*cum heres morietur*" es mantenida, entre otros, por SAVIGNY, *Sistema deDerecho Romano actual* II (Madrid 1879) p.290s.; BRUNETTI, *Il "dies incertus" nelle disposizioni testamentarie* (Florencia 1893) p.52s.; BIONDI, *Successione*, p.565; y VOCI, *DER.* II2, p.619. Para todos ellos la condición del legado es la supervivencia del legatario al heredero, o, lo que es lo mismo, la premoriencia del *heres* al *legatarius*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0743

2.-El segundo de los textos es de Ulpiano 19 *ad Sab.*-D.36,2,4 y en él el jurista, al igual que Papiniano, explica y contrasta el régimen de ambos legados:

> Si "cum heres morietur" legetur, condicionale legatum est: denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. si vero "cum ipse legatarius morietur" legetur ei, certum est legatum ad heredem transmitti[12].

En relación con el primero, dice Ulpiano que, si se lega "*cum heres morietur*", *condicionale legatum est*, pues si el legatario muere en vida del heredero, *ad heredem non transfert*. Coincide, por tanto, Ulpiano en su solución con Papiniano: el legado "*cum heres morietur*" es condicional, no por que la cláusula en sí sea una condición, sino porque está implícita la condición de que el legatario sobreviva al heredero.

A continuación, afirma Ulpiano que, por el contrario, si se lega "*cum ipse legatarius morietur*", *certum est ad heredem transmitti*. A diferencia del caso anterior –en el que el jurista calificaba de *condicionale* el legado "*cum heres morietur*", explicando después su régimen jurídico-, en este supuesto se limita a describir el régimen del legado subordinado a la *mors legatarii* sin calificarlo expresamente. Lo que sí es evidente es que para Ulpiano este legado para cuando muera el legatario no es *condicionale*, primero, porque lo está contraponiendo al legado anterior, y, segundo, porque, según el régimen jurídico que el jurista le atribuye, el *dies cedens* de ese legado ya se ha producido, aunque su exigibilidad quede aplazada hasta la *mors legatarii* (*dies veniens*); en ese momento los herederos del legatario podrán exigir su cumplimiento. Para Ulpiano, pues, los efectos del legado "*cum ipse legatarius morietur*" son los de un legado a término. Sin embargo, conviene insistir en que Ulpiano no lo califica de *legatum in diem*, mientras que sí hablaba de *condicionale legatum* en el supuesto anterior.

Ante esta situación, parece conveniente recordar cuál era la solución que Papiniano otorgaba a este mismo supuesto. A juicio de Papiniano, este legado es *purum*, porque no se suspende por una condición, sino por *mora*, ya que *non potest condicio non existere.*

En nuestra opinión, ambos fragmentos, de Papiniano y Ulpiano, se complementan: Papiniano nos da la calificación jurídica de la cláusula "*cum legatarius morietur*"; Ulpiano, por su parte, nos describe el régimen jurídico del legado con una cláusula de este tipo. "*Cum legatarius morietur*" no es una condición en sentido estricto, sino una *condicio quae omnimodo exstatura est* o *quae non potest non existere*, que, precisamente por esa seguridad de realización, no retrasa más que la exigibilidad del legado –*mora suspenditur*- y, por ello, *certum est legatum ad heredem transmitti*. En definitiva, los efectos de esta "condición necesaria" son los mismos del *dies certus*; si embargo, no puede considerase como tal, ya que *dies certi* –repetimos- no son para los juristas romanos más que los plazos.

B) Muerte del heredero:

3.-El texto que pasamos a examinar en tercer lugar es de Pomponio 3 *ad Q. Mucium* –D.35,1,1,2; en él el jurista se ocupa tan sólo del legado subordinado a la *mors heredis*:

> Dies incertus est, cum ita scribitur "heres meus cum morietur, decem dato": nam diem incertum mors habet eius. et ideo si legatarius ante decesserit, ad heredem eius legatum non transit, quia non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem.

En primer lugar, admite Pomponio la validez del legado "*cum heres morietur*". En las fuentes se interpreta que, en este caso, el legado se ha dispuesto, no para después de la muerte, sino para el

12. Beseler, *Romanistische Studien*, en *TR*. 10(1930)229, reconstruye el texto de la forma siguiente: -[*condicionale – denique*] <*suum legatum*> -.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0743

último instante de la vida y, en consecuencia, se considera válido; por el contrario, es nulo el legado *post mortem heredis*[13].

En segundo lugar, en la cláusula "*heres meus cum morietur, decem dato*" hay, según Pomponio, un *dies incertus*, puesto que la *mors heredis* implica (*habet*) un *dies incertus*. Pero, ¿qué quiere decir el jurista con la frase *nam diem incertum mors habet eius*?. A nuestro juicio, lo que Pomponio quiere explicar con esta frase es que en el legado "*cum heres morietur*" hay un *dies incertus*, porque la *mors heredis*, que por sí misma es, como toda muerte, cierta, lleva implícita la incertidumbre respecto a la supervivencia del legatario al heredero, y es precisamente esa incertidumbre la que da lugar a que esta muerte *habet diem incertum*. No compartimos, por tanto, la opinión de Ferrini[14], para quien las palabras *nam diem incertum mors habet eius* son un glosema, supresión que es también propuesta por Beseler[15].

En tercer lugar, Pomponio, después de haber afirmado que el *dies mortis heredis* encierra un *dies incertus*, comenta el régimen jurídico del legado damnatorio "*cum heres morietur*". Según el jurista, *si legatarius ante decesserit, ad heredem eius legatum non transit*, porque el *dies cedens* del legado no se produjo en vida del legatario, *quamvis certum fuerit moriturum heredem*[16]; muerto el *heres*, si el legatario sigue vivo, el día cede y viene a la vez; pero, *si legatarius ante decesserit*, sus herederos no podrán exigir el legado. La *mors heredis* determina el momento en que se tiene que comprobar si el legatario vive o se ha muerto; si ha dejado de existir, nada podrán reclamar sus herederos.

Así las cosas, es claro que Pomponio a ese *dies incertus* que se contiene en la cláusula "*heres meus cum morietur*", precisamente por esa imprescindible supervivencia del *legatarius* al *heres*, le otorga el mismo tratamiento que a una condición: retraso del *dies cedens* del legado hasta el momento en que, en vida del legatario, se haya producido la muerte del heredero. Parece, en definitiva que, para Pomponio, *dies incertus* es igual a condición y, por esa razón, el régimen del legado con un *dies incertus* es el del legado *sub condicione*[17].

Como se puede fácilmente comprobar, Pomponio coincide con Papiniano y Ulpiano en el régimen jurídico del legado damnatorio supeditado al *dies mortis heredis*; en lo que se separa de los dos

---

13. Cfr. Gayo 2,232; *Epitome Ulpiani* 24,16; *Pauli Sententiae* 3,6,5-6; e Inst.2,20,35.

14. Ferrini, *Sull "dies incertus" nei legati*, en [otras sedes menos accesibles y, con supresiones y añadidos referentes a nuevos trabajos sobre el tema, en] Glück, *Commentario alle Pandette* 30-32 (Milán 1898) p.795 = *Opere di C. Ferrini* IV (Milán 1930) p.341. En adelante, la página del artículo en *Opere* IV irá entre paréntesis.

15. Beseler, art. cit., en *SZ.* 45(1925)475.

16. Beseler, art. cit., en *SZ.* 45(1925)475, propone la siguiente reconstrucción: [*Dies incertus – scribitur*] – [*nam – ideo*] – [*non*] *transit, quia* [*non*] - <*cum*>[*quamvis*] -, reconstrucción que no puede aceptarse.

17. En la consideración de este legado como condicional a causa de la posibilidad de que el legatario premuera al *heres*, coinciden todos los autores (vid. Savigny, *Sistema* II cit., p.290 y n.e; Biondi, *Succesione*, p.565; y Voci, *DER.* II2, p.619); no obstante, sus argumentos discurren por caminos diferentes, según consideren que sólo el que ellos califican de *dies incertus an* es condición, o incluyan dentro de éste al llamado *dies incertus quando*. Así, ,Boistel, *Du "dies incertus" et de ses effets dans les dispositions testamentaires*, en *Revue générale du droit* 9(1885)406ss., para quien únicamente el *dies incertus an* es condición, afirma que en el *dies mortis heredis* hay, no sólo un *dies incertus quando*, sino un auténtico *dies incertus an*, en cuanto que no se puede prever si el legatario sobrevivirá al heredero. A la misma conclusión de que sólo el *dies incertus an* es condición parece llegar Ferrini, *Dies Incertus*, .p.796 (p.341). Brunetti, *Dies* Incertus, p.24, en cambio, considera que este texto de Pomponio constituye un claro ejemplo de que también el *dies incertus quando*, en sede de testamentos, es una auténtica condición, tesis que es también mantenida por Segrè, *Gli effetti del "dies incertus quando" nelle disposizioni di ultima volontà*, en [*RISG.* 18(1894) =] *Scritti Giuridici* II (Turín 1973) p.317s. Por nuestra parte, no entramos en la discusión de si sólo el *dies incertus an* es condición, o si también lo es el *dies incertus quando*, porque en la mente, en este caso, de Pomponio no estaba el establecer tal distinción. Pomponio se limita a afirmar que en la cláusula "*cum morietur heres*" hay un *dies incertus*, porque puede ocurrir que el legatario premuera al heredero.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0743

textos anteriores es en la calificación que otorga a la cláusula "*cum heres morietur*": la *mors heredis,* que para Papiniano y Ulpiano es una *condicio*, para Pomponio es un *dies incertus.*

4.- El mismo Pomponio 6 *ad Sab.*-D.36,2,13 vuelve a comentar el régimen jurídico del legado damnatorio "*cum heres morietur*" estableciendo un paralelismo entre éste y el legado "*sive illud factum fuerit sive non fuerit*":

> Huiusmodi legatum: "sive illud factum fuerit sive non fuerit, illi do lego", ad heredem non transit, nisi alter casus vivo legatario exstiterit, quoniam causa, ex qua debeatur, praecedere semper debet. nec, quia certum est alterutrum futurum, omnimodo debebitur: nam tale legatum "cum morietur, heres dato" certum est debitum iri et tamen ad heredem legatarii non transit, si vivo herede decedat[18].

Nos encontramos, en primer lugar, con un legado vindicatorio supeditado a la cláusula "*sive illud factum fuerit sive non fuerit*". Entendemos que "si se hiciera algo o si no se hiciera" hace referencia a un *facere* o a un *non facere* de persona distinta del legatario, es decir, a un comportamiento de un tercero: el hecho positivo –"*si illud factum fuerit*"- podrá ese *tertius* cumplirlo en cualquier momento mientras viva; el negativo –"*si illud factum non fuerit*"- solamente se sabrá que se ha cumplido cuando ese tercero muera. Por consiguiente, la cláusula "*sive illud factum fuerit sive non fuerit*" encierra un hecho de segura realización[19], dado que uno u otro de los acontecimientos previstos por el testador se tiene necesariamente que cumplir (*certum est alterutrum futurum*). Pese a ello, la fecha en que la condición se va a cumplir se encuentra indeterminada[20], ya que, como hemos dicho, el tercero goza de todo el tiempo que dure su vida para *facere illud* y sólo se podrá asegurar que *illud factum non est* a su muerte. Existe, pues, una absoluta certeza respecto al cumplimiento de la condición, pero es incierto el momento en que sucederá, y como *causa ex qua debeatur praecedere semper debet*, resulta imprescindible que el legatario viva cuando el tercero haga *illud*, o ya "no pueda hacer" por haber muerto. En definitiva, en la cláusula "*sive illud factum fuerit sive non fuerit*" está implícita la necesidad de supervivencia del legatario al hacer o no hacer –cuyo cumplimiento vendrá determinado por la *mors tertii*- de ese tercero; en realidad, lo que se precisa es que el *legatarius* no muera antes que ese tercero o, por lo menos, que su *mors* no se produzca antes del *facere illud* de éste.

Así las cosas, este legado supeditado a un hecho de seguro cumplimiento (*quia certum est alterutrum futurum*) vienen a ser de realización incierta por esa posibilidad de premoriencia del legatario. El cumplimiento de lo indicado en la cláusula sirve entonces para señalar el momento en que el legatario tienen que seguir con vida para que el legado sea eficaz. El *dies cedens* del legado se producirá si, habiéndose hecho *illud* o no pudiéndose ya hacer por haber muerto el tercero, el legatario sigue viviendo; si la *mors legatarii* tiene lugar antes de que *alter casus exstiterit*, el *dies non cedit* y, en consecuencia, el legado *ad heredem non transit*[21]. Se trata, por tanto, de un legado condicional.

A continuación, Pomponio recoge el caso de un legado damnatorio supeditado al *dies mortis heredis* y entiende que aquí, igual que en el legado vindicatorio "*sive illud factum fuerit sive non*

---

18. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* IV (1920) p.153, y art. cit., en *TR.* 10(1930)229, propone la siguiente reconstrucción: - [*quoniam – debet*] -: *nam <et>* - [*certum – tamen*] – *si <is>*

19. Ennecerus, *Rechtsgeschäft Bedingung und Anfangstermin* (Marburg 1888-89), citado por Brunetti, *Dies Incertus*, p.45, habla aquí de condición necesaria (vid. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I2 (Bolonia 1874) p.107: condición necesaria o *quae omnimodo exstatura est*). En opinión de Ennecerus, la condición necesaria "*sive illud factum fuerit sive non fuerit*" contiene un *dies*, precisamente como la condición necesaria "*cum morietur*".

20. En este sentido, y de acuerdo con Ennecerus y Brunetti, rechazamos la tesis de Ferrini, *Dies Incertus*, p.799s. (p.347ss.), para quien las palabras "*sive illud factum fuerit sive non fuerit*" no aluden sólo a acontecimientos de fecha incierta, ya que si el testador hubiese dicho "sea que Ticio cumpla veinte años, sea que no los cumpla" o "sea que llegue a ser cónsul, sea que no llegue", la decisión de Pomponio en estos dos casos sería también la misma. Sin embargo, a nuestro entender, si el testador se hubiese referido a alguno de estos ejemplos puestos por el autor, el *dies cedens* del legado se produciría inmediatamente después de la apertura del testamento, quedando simplemente retrasado el *dies veniens,* hasta que una u otra de las alternativas se cumpliese.

21. Vid. Siber, rec. a Appleton cit., en *SZ.* 48(1928)764.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0743

fuerit", aunque es cierto que se va a deber (*certum est debitum iri*), tampoco hay transmisión del legado al heredero del legatario *si vivo herede decedat*. En efecto, se sabe que esa *mors heredis* antes o después va a suceder, pero se ignora el día concreto en que el *heres* va a morir. La muerte del heredero es, lo mismo que "*sive illud factum fuerti sive non fuerit*", un hecho de realización cierta pero de fecha incierta, pues se desconoce si el legatario va a seguir con vida en le momento en que esa muerte se produzca. La *mors heredis* lleva implícita la condición de supervivencia del legatario al *heres*, sirviendo para determinar el momento en que esa *condicio superviventiae* se tiene que cumplir. En consecuencia, el *dies cedens* del legado "*cum heres morietur*" tendrá lugar si, *mortuo herede*, el legatario vive, en cambio, *si legatarius ante decessit*, es decir, si premuere al *heres*, la *condicio* se ha frustrado y con ella el legado (*ad heredem legatarii non transit*). En definitiva, es la posible premoriencia del legatario la que en uno y otro caso retrasa el *dies cedens* del legado y lo convierte en condicional.

Por último, adviértase que en este pasaje Pomponio no califica ni de *sub condicione* ni de *in diem incertum* a ninguno de los dos legados de los que se ocupa en el mismo, mientras que en D.35,1,1,2 sí había afirmado que la cláusula "*cum heres morietur*" *habet diem incertum*; no obstante, del régimen jurídico que el jurista atibuye, tanto al legado vindicatorio "*sive illud factum fuerit sive non fuerit*", como al damnatorio "*cum heres morietur*", se deduce con claridad que, para Pomponio, ambos legados son *sub condicione*.

5.- Paulo explica también el régimen de un legado damnatorio supeditado al *dies quo heres morietur*: 2 *ad Vit*.-D.31,12,1:

> *Quod ita legatum est: "heres cum morietur Lucio Ticio dato decem", cum incerta die legatum est, ad heredes legatarii non pertinet, si vivo herede decesserit.*

Coincide, por tanto Paulo con Pomponio 3 *ad Q, Mucium* –D.35,1,1,2 en la consideración del *dies mortis* del heredero como un *dies incertus* –si bien Paulo utiliza la forma femenina *incerta die*-. Y, al igual que en el texto de Pomponio, la *mors heredis* es una *dies incerta* porque existe una total incertidumbre respecto a quien de los dos, *heres* o *legatarius*, morirá antes. La posible premoriencia del legatario Ticio respecto al heredero hace que el hecho cierto que es la *mors heredis -quia certum fuerit moriturum heredem*, decía Pomponio- se convierta en incierto: la muerte del heredero determina así el momento en que, si el legatario vive, se dará cumplimiento al legado; en cambio, *si vivo herede decessit legatarius*, el legado se frustra y *ad heredes legatarii non pertinet.*

Así, pues, a este legado a término incierto, tanto Paulo como Pomponio le otorgan los efectos de un legado condicional[22]: retraso del *dies cedens* hasta el momento en que, muerto el *heres*, el legatario continúe con vida. En definitiva, se vuelve a producir una total equiparación entre el *dies incertus* –que contiene (*habet*) la *mors heredis*- y la condición.

C) Muerte de un tercero:

6.- Javoleno 2 *ex post. Lab*.-D.35,1,40,2, comparte la opinión de Labeón (*Labeonis responsum probo*) respecto a la naturaleza del legado subordinado a la *mors tertii*:

> *Quidam Titio centum legaverat, deinde infra ita iusserat: "quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato": mortuo patre familias Titius vixerat et viva matre familias decesserat. mortua matre heredibus Titii legatum deberi Ofilius respondit, quoniam non sub condicione esset legatum, sed ante legatum pure, deinde dies solvendi adiecta. videamus, inquit Labeo, ne id falsum sit, quia nihil intersit, utrum scribatur: "quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato" an ita : "nisi mater mea moritur, ne dato": utrubique enim sub condicione vel datum vel ademptum esse legatum. Labeonis responsum probo.*

---

22. Cfr. Ulpiano 20 *ad Sab*.-D.36,2,5,2: *Sed si sub condicione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam condicio fuerit impleta.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0743

El tema objeto de discusión que se plantea en este texto es si un legado al cual se ha unido una cláusula del tipo "*si mater mea moritur*", esto es, un legado supeditado a la *mors tertii* (en este caso, la muerte de la madre del testador), es condicional o no.

Como puede apreciarse, las opiniones de los juristas citados en el fragmento, se encuentran divididas en relación con la condicionalidad o no de un legado dispuesto en esos términos: Ofilio, por una parte, y Labeón y Javoleno, por otra, hacen interpretaciones diferentes de la *voluntas testatoris*.

Así, Ofilio mantiene que, en un principio, ese legado se ha dejado *pure*, y que la cláusula general que el testador ha establecido posteriormente para todos los legados de cantidad que ha dispuesto –"*quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato*"- no es otra cosa que un *dies solvendi*, un plazo que se ha añadido para el pago del legado. En definitiva, a su entender, el legado que inicialmente era puro, se convierte *deinde* en un legado, no *sub condicione*, sino a término: el *dies cedens* sería el de la muerte del testador, y el *dies veniens*, el *dies mortis matris testatoris*; por consiguiente, aunque Ticio haya muerto *viva matre*, una vez que ésta muera, el legado se transmite a los herederos de Ticio.

Contrario a la opinión de Ofilio es Labeón, y con él Javoleno. Afirma Labeón que *id* –el *responsum* de Ofilio- *falsum est*, y, para demostrar que este legado es condicional, utiliza el jurista el siguiente razonamiento: no importa que se diga "*quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato*", o "*nisi mater mea moritur, ne dato*", ya que en ambos casos el legado es (*vel datum vel ademptum*) *sub condicione*.

Sin entrar ahora en las distintas opiniones doctrinales[23], a nuestro entender, el legado supeditado a la muerte de una tercera persona –*mater testatoris*- es condicional, porque, para que el legado sea eficaz, es necesario que el legatario sobreviva al tercero. Esta supervivencia del legatario Ticio a la madre no es posible asegurarla a priori, sino que es preciso esperar hasta el momento de la *mors matris testatoris*. Hay, pues, una total incertidumbre, no sobre la realización del evento previsto –dado que la *mors matris* con toda seguridad se va a producir-, sino sobre quien de los dos, legatario o madre del testador, morirá antes. La condicionalidad del legado radica, por tanto, en la incertidumbre de que Ticio logre sobrevivir a la madre, y no en la muerte misma; ésta, la *mors matris*, simplemente señala el momento en el cual la *condicio superviventiae* del legatario tiene que cumplirse: si Ticio muere *viva matre* (caso que contempla el texto), el legado no se transmite a sus herederos, ya que, al premorir a la madre, la *condicio legati* se ha frustrado[24]. La supervivencia del legatario se requiere para la adquisición misma del legado y no sólo para el pago[25], por lo que debe rechazarse la tesis de

---

23. Brunetti, *Dies Incertus*, p.43, considera que la forma particular de la disposición testamentaria parece ser el pretexto de Ofilio para mantener su opinión y plantear la posibilidad de que el *dies incertus* no unido inmediatamente al legado, sino establecido en una disposición separada, como *dies solvendi*, no tieneefecto condicional, opinión que ha sido rechazada por Labeón, Javoleno y Justiniano (p.167 n.4); según Brunetti, el razonamiento de Labeón, "sebbene alquanto oscuro", habría sido el siguiente: cuando el *dies incertus* afecta sólo a la ejecución, esto es, cuando es un *dies incertus solvendi*, desplegará su eficacia condicional sobre la ejecución misma, sobre el pago, es decir, deberá considerarse como *condicio solvendi*; como la condición aquí es la *condicio superviventiae* del legatario respecto a la madre del testador, no podrá exigirse el pago si no se produce la premoriencia de ésta: "*nisi mater mea moritur, ne dato*". Por su parte, Ferrini, *Dies Incertus*, p.798s. (p.346s.), para quien el texto es "molto istruttivo", entiende que la decisión de Ofilio es de gran importancia, ya que demuestra que el jurista no tiene dificultad alguna para considerar como simple término el *dies mortis matris testatoris*; en su opinión, el argumento de Labeón, en contra del de Ofilio, se apoya exclusivamente en la específica voluntad del testador, que se deduce del empleo de la conjunción *si*. A juicio de Segrè, *Dies Incertus quando*, p.344s., la interpretación de Labeón tiene su apoyo en los términos en que el testador ha dispuesto el legado: el causante aquí ha querido supeditar el legado a la condición de premoriencia de la madre, y no prorrogar el legado *post mortem matris*, como entendía, en cambio, Ofilio. También Grosso, *Legati*2, p.426s., piensa que Ofilio y Labeón hacen del problema una "questione di interpretazione".

24. Vid., en este sentido, entre otros, Brunetti, *Dies Incertus*, p.43s.; y Voci, *DER*. II2, p.619 n.16.

25. Vid. Segrè, *Dies Incertus quando*, p.344s.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0743

Brunetti, según la cual la cláusula "*si mater mea moritur*" es una *condicio solvendi*[26]; en nuestra opinión, la cláusula afecta, no al pago del legado, sino a su propia existencia, lo que da lugar a que se retrase el *dies cedens* del mismo hasta que se cumpla la *condicio superviventiae* del legatario a la madre.

A nuestro juicio, Labeón, mediante la comparación de la cláusula "*si mater mea moritur, dato*" con la inversa "*nisi mater mea moritur, ne dato*", intenta precisamente demostrar que este legado es *sub condicione*: si el testador quiere que su hereder dé, si su madre muere (antes que el legatario), es obvio que su voluntad es que no dé en el caso contrario, esto es, si su madre no muere (antes que el legatario)[27].

Por consiguiente, rechazamos la opinión de Ofilio[28] y admitimos la de Labeón y Javoleno: los legados supeditados a la muerte de un tercero son, con independencia de que la conjunción utilizada por el testador en la cláusula sea *si* o *cum*[29], condicionales, no por el hecho de la muerte de ese tercero, sino por la necesidad de que el beneficiario de la disposición le sobreviva. En consecuencia, no podemos admitir que el razonamiento de Labeón aprobado por Javoleno, se apoye en la voluntad específica del testador, manifestada en este caso concreto por el empleo de la conjunción *si*, sino que en todo caso, y con independencia de cual sea la *voluntas testatoris*, los legados que ven suspendidos sus efectos hasta el día de la muerte de un tercero son siempre *sub condicione*.

D) *Dies mortis* del usufructuario:

Dentro de los legados supeditados a la *mors legatarii*, debe hacerse una mención especial del legado de usufructo para cuando muera el usufructuario.

7.- El primero de los textos es Papiniano 1 *def.*-D.35,1,79,3:

> *Quamvis usus fructus, cum morieris legatarius, inutiliter legetur, tamen cautionis Mucianae remedium usu fructu quoque sub condicione alicuius non faciendi legato locum habet*[30].

---

26. Vid. *supra* n.23.

27. En realidad, ambas cláusulas, "*si mater mea moritur, dato*" y "*nisi mater mea moritur, ne dato*" son una sola: el heredero gravado con un legado, si muere la madre del testador, queda ciertamente liberado de su obligación si la madre del testador no muere antes que el legatario.

28. Probablemente, como ya señaló Brunetti, la opinión de Ofilio era debida a la peculiar forma de la disposición testamentaria. Cabe conjeturar, por tanto, que si la cláusula "*si mater mea moritur*" estuviese incluida en la misma disposición del legado, Ofilio le hubiese reconocido valor condicional.

29. Vid., en este sentido, BRUNETTI, *Dies Incertus*, p.43s. y 163 n.7, quien censura la opinión de Maasen, *Veber die Rechtregel: "Dies incertus condicionem in testamento facit"*, en *Civilistische Erörtegungen* I, 2(1854), citado por Brunetti, según el cual no se aplica la regla *Dies incertus* sino cuando el término incierto se ha unido *per verba condicionem importantia*, esto es, usando la conjunción *si* u otra equivalente. Cfr., en contra, Juliano 1 *ad Urs. Fer.*-D.30,104,6, en el cual la muerte de la madre a la que se supedita la institución de heredero convierte a esa institución en condicional, y la conjunción que introduce la cláusula no es ni *si* ni *cum*, sino *quandoque*. Cfr., también, Ulpiano 50 *ad Sab.*-D.45,1,45,3: "*Cum morieris*" *sed etiam* "*si morieris*".

30. Son varios los autores que se inclinan por considerar compilatoria la segunda parte del fragmento, *tamen* – fin: LEVY, *Zur Lehre von der Muciana cautio in klassischen römischen Recht*, en *SZ.* 24(1903)126 n.1, para quien la expresión *condicio non faciendi* que aparece en éste y otro fragmento del mismo Papiniano (D.31,76,7), no está utilizada en sentido técnico. DE RUGGIERO, *Il "dies impossibilis" nei contratti e nei testamenti*, en *BIDR.* 15(1903)45 n.2, considera esa segunda parte del texto "stranamente collegata colla prima parte". KRÜGER, *Cautio Muciana*, en *Mélanges Girard* II (París 1912) p.28, cita, como posibles indicios de interpolación, la palabra *remedium* que, a su juicio, es siempre sospechosa, y la frase *sub condicione alicuius non faciendi*, pues, aunque reconoce que la utilización de la preposición *sub* con el acusativo *condicionem* carece de importancia, sin embargo, le resulta extraño el empleo del genitivo *alicuius*. BESELER, art. cit., en *SZ.* 45(1925)449, propone la siguiente reconstrucción: <*Cum*> [*Quamvis*] – [*tamen*] *cautio*[*nis*] *Muciana*[*e remedium*] – [*quoque – faciendi*] - <*non*> *habet*, reconstrucción que posteriormente corrige, en *Romanistische Studien*, en *SZ.* 47(1927)64, dejando el texto como sigue: [*Quamvis*] - <*legatur*>[*legetur*]. Sin embargo, a nuestro entender, los argumentos de los autores citados no son suficientes para justificar la interpolación, ya que la comparación y

https://doi.org/10.55104/FRDC_0743

Dejando al margen los problemas de interpretación que suscita el texto de Papiniano para centrarnos en la cuestión que ahora nos ocupa, este pasaje pone de relieve que el régimen general del legado "*cum morietur legatarius*" sufre un cambio sustancial cuando lo que se lega es el usufructo, por el carácter personalísimo e intransmisible del derecho de usufructo y su propia extinción por la muerte de su titular, Papiniano afirma que *inutiliter legetur*, pues, en realidad, se estaría legando el usufructo para un momento en el cual no puede más que finalizar.

8.- La misma solución se recoge en Paulo 3 *ad Sab.*-D.33,2,5:

> *Usum fructum "cum moriar" inutiliter stipulor: idem est in legato, quia est constitutus usus fructus morte intercidere solet.*

Como acabamos de ver al comentar el texto anterior de Papiniano, la causa de que se estipule o se legue *inutiliter* un usufructo "*cum morietur*" (o "*cum moriar*") el usufructuario, debe buscarse en las características propias y peculiares del derecho de usufructo; constituir el usufructo para el día de la muerte del usufructuario es un contrasentido, ya que se estaría constituyendo y extinguiendo a la vez[31].

9.- Y en Modestino 9 *diff.*-D.7,1,51:

> *Titio "cum morietur" usus fructus inutiliter legari intellegitur, in id tempus videlicet collatus, qua a persona discedere incipit.*

Al igual que los dos juristas anteriores, Modestino considera que se lega *inutiliter* el usufructo "*cum morietur*", porque se confiere para un momento en el cual el usufructo comienza a separarse de su titular.

CONCLUSIONES

Después de haber analizado, a la luz de los textos, los efectos, que en materia de legados, produce la inclusión de estas cláusulas que contemplan la muerte de una persona, se pueden hacer, a modo de resumen, las siguientes consideraciones:

1ª.- La muerte, al ser un hecho que inexorablemente se va a producir, no puede ser considerada en sentido estricto una condición, por carecer de la esencial incertidumbre que es inherente a ésta. No obstante, en las fuentes, se la califica a veces de condición; nunca de *dies (certus)*.

---

distinta solución que Papiniano otorga a los dos casos planteados en el texto es perfectamente lógica sin que encontremos nada extraño en la relación de la primera parte del texto con la segunda; pero, el tema excede de nuestro propósito actual.

31. Vid., en este sentido, De Ruggiero, art. cit., en *BIDR.* 15(1903)45, para quien conceder el usufructo para el día de la muerte del usufructuario carece de sentido, de la misma manera que conceder la libertad para el *dies mortis servi*. No obstante, aunque de acuerdo con el autor en este punto, no compartimos su opinión respecto a la consideración de las cláusulas "*cum moriar*" y "*cum morietur*" como *dies impossibilis*. A nuestro entender, las cláusulas "*cum morietur*" y "*cum moriar*" son perfestamente posibles; lo que sucede es que, en este caso concreto, carece de sentido supeditar la concesión del derecho de usufructo a cláusulas de este tipo. En esta misma línea, se había manifestado ya Biondi, *Successione,* p.566, para quien "in realtà il termine mai può essere impossibile, ma è piuttosto l'aggiunta del termine che rende la disposizione inattuabile". Según Grosso, "*Dies Impossibilis*" *e impossibilità della prestazione*, en *LABEO* 1(1950)293; y *Legati*2, p.445, el *dies impossibilis* "e un problema posto dai romanisti, che non trova peró diretta enunciazione e soluzione nelle fonti, senonché lo stesso concetto de termini impossibile é equivoco...".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0743

2ª.- Esto puede explicarse porque el *dies mortis* es, a nuestro juicio, una *condicio quae omnimodo exstatura*[32] esto, como dice expresamente Papiniano, una *condicio quae non potest non existere*[33].

3ª.- Pese a lo anterior, hay ciertos casos en los que su inclusión en un legado da lugar a que éste se convierta en condicional (*sub condicione*).

4ª.- En los legados el *dies mortis* tiene diferentes efectos según que la muerte a la que se supedita sea i) del legatario, ii) del heredero gravado con un legado damnatorio, o iii) de un tercero distinto.

i.- Muerte del legatario. Si la muerte a la que se subordinan los efectos de un legado es la *mors legatarii*, ésta no retrasa más que la exigibilidad del mismo hasta el *dies mortis* del legatario[34].

Dentro de la muerte del legatario hay que hacer una referencia especial al *dies mortis* del usufructuario en el legado de este derecho real de usufructo. En este caso, según nos confirman los textos, tal legado es nulo por las características peculiares y propias del derecho de usufructo[35].

ii.- Muerte del heredero. Cuando la muerte que suspende los efectos, en un legado damnatorio, es la del heredero ("*cum morietur heres*"), esa *mors* encierra la posible premoriencia del legatario respecto al heredero. Por esta razón, los legados supeditados a la muerte del heredero son, según las fuentes, condicionales: el *dies cedens* se pospone hasta el *dies mortis heredis* en vida del legatario; por ello, si éste premuere al heredero, no transmite su derecho a sus propios herederos[36].

No obstante, pese a que en el régimen jurídico y los efectos del legado con un *dies mortis heredis* coinciden todos los juristas que se ocupan del mismo, la terminología a la hora de calificar este legado es oscilante. En uno de los textos, que recogen un supuesto de legado "*cum heres morietur*", no se califica jurídicamente la disposición como condicional, pero el régimen jurídico que se le atribuye es el propio de una condición[37]; en otros textos sí se afirma que tales legados son condicionales[38]; por último, se consideran otras veces supeditados a un *dies incertus*[39]; de todas formas, el régimen de estos legados con un *dies incertus* es idéntico al de un legado condicional.

iii.-Muerte de un tercero extraño. Cuando el legado damnatorio se supedita a la *mors matris testatoris* (una tercera persona) es *sub condicione*[40].

---

32. Ulpiano 47 *ad Sab.*-D.12,6,18, y D.46,2,9,1.

33. Papiniano 1 *def.*-D.35,1 39pr.

34. Papiniano 1 *def.*-D.35,1,79pr.; Ulpiano 19 *ad Sap.*-D.36,2,4.

35. Sobre legado de usufructo "*cum morietur*" el usufructuario, vid. Papiniano 1 *def.*-D.35,1,79,3; Paulo 3 *ad Sab.*-D.33,2,5; Modestino 9 *diff.*-D.7,1,51.

36. Pomponio 3 *ad Q. Mucium* –D.35,1,,1,2; 6 *ad Sab.*-D.36,2,13; Papiniano 1 *def.*-D.35,1,79,1; Ulpiano 19 *ad Sab.*-D.36,2,4; Paulo 2 *ad Vit.*-D.31,12,1.

37. Así ocurre en Pomponio 6 *ad Sab.*-D.36,2,13.

38. Papiniano 1 *def.*-D.35,1,79,1; Ulpiano 19 *ad Sab.*-D.36,2,4.

39. Pomponio 3 *ad Q. Mucium* –D.35,1,1,2; Paulo 2 *ad Vit.*-D.31,12,1.

40. Javoleno 2 *ex post Lab.*-D.35,1,40,2.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0743

https://doi.org/10.55104/FRDC_0743