Fundamentos romanísticos del *legatum rei alienae*

Eva María Polo Arévalo
Prof. Titular de Universidad
Universidad Miguel Hernández de Elche

El legado de cosa ajena se presenta en las fuentes romanas como una materia de estudio compleja debido al tratamiento disperso y difuso que se concede en las mismas. La falta de sistematización de esta figura se materializa en los textos, en los que es abordada, en algunas ocasiones de forma tangencial y en otras de forma central, pero siempre desde una perspectiva eminentemente pragmática que conducirá a soluciones diversas, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada supuesto. El casuismo imperante en esta materia ocasionará que surjan excepciones constantes al régimen previamente establecido y que la resolución de los problemas planteados sufra una permanente evolución en la práctica testamentaria.

Lo cierto es que la ordenación de los legados en general, resulta ya una tarea de una notable complejidad, por la amplísima atención que ofrece el *Corpus Iuris* y que evidencia la extraordinaria relevancia que estos tuvieron en la práctica[1]; pero cuando nos aproximamos al estudio

[1] En efecto, tratan de los legados los libros 30 a 34 del Digesto, ambos incluidos, aparte de las *Instituta* —I. 2,20-24— y el *Codex* —C. 6,37-45—. Quizás por ello la Doctrina romanística haya desplegado un extenso y prolijo debate acerca del origen y función de los legados, su concepto, incluso su propia denominación, cuestiones algunas que todavía hoy son objeto de discusión. Entre otros autores extranjeros, se pueden destacar C. Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il Diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano, 1889; C. L. Arndts y C. Salkowski, *Dei legati e dei fedecommessi* (Continuazione del Commentario alle Pandette del Glück, parte 1.ª y 2.ª) (trad. it. de C. Ferrini), Milano, 1898-1901; G. Segrè, «Note esegetiche sui legati», en *Studi in onore di V. Scialoja,* I, Milano, 1905, pp. 239 y ss.; C. Fadda, «Dell'origine dei legati», en *Studi e questioni di diritto*, Napoli, 1910; M. Wlassak, «Vindikation u. Vindikationslegat», en *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsg.*, núm. 31, 1910, pp. 196 y ss.; M. Pampaloni, «La nuda proprietà nella dottrina dei legati», en *Mélanges Oirard*, Paris, 1912; O. Lenel, «Zur Geschichte der "heredis institutio"», en *Essays in Legal History,* Oxford, 1913, pp. 120 y ss.; F. Messina Vitrano, *Il legato di usufruto*, Palermo, 1913; *id., Sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e dei fedecommessi*, Palermo, 1914-1919 y Perugia, 1921; U. Coli, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano,* Roma, 1920 (= en *Scritti di diritto romano*, I, Milano,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

del legado de cosa ajena, encontramos además que la delimitación de la propia figura requiere ya de por sí una reflexión previa, en tanto que su conceptualización puede llevarse a cabo de forma muy restrictiva, pero también se puede ampliar hasta abarcar supuestos muy heterogéneos. En efecto, el análisis de esta materia puede afrontarse desde un punto de vista estricto, esto es, entendiendo el legado de cosa ajena como aquel dispuesto por el testador cuyo objeto es una cosa que se encuentra fuera de su patrimonio —bien porque es propiedad de un tercero extraño a la herencia, bien porque es propiedad del heredero o de otro legatario favorecido en la misma—, pero también se pueden englobar en esta figura una multitud de supuestos cuyo denominador común sería que el objeto de la obligación impuesta al gravado tuviera que ver con cosas, derechos u obligaciones ajenos al caudal relicto. Así, una visión amplia del legado de cosa ajena permitiría estudiar el legado de cosas fungibles que no estuvieran en el patrimonio hereditario[2], el legado de cosas futuras, en tanto

---

1973, pp. 65 y ss.); E. Albertario, *Sulla revoca tacita dei legati e dei fedecommessi nel diritto romano,* Pavia, 1919; U. Coli, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma, 1920; S. Romano, *Sull'acquisto del legato per vindicationem*, Padova, 1933; A. Magdelein, «Les mots Legare et hères dans la loi des XII Tables», en *Hommages à Robert Schilling*, Paris, 1983, pp. 159-173 (= en *Ius Imperium Auctoritas. Etudes de droit romain*, CEFR, 133, Roma, 1990, pp. 659-677); G. Grosso, *I legati nel diritto romano*, *Parte generale*, Torino, 1962; B. Biondi, voz «Legato», en *Novissimo Digesto Italiano,* IX, Torino, 1963, pp. 597 y ss.; P. Voci, voz «Legato (diritto romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, núm. 23, Torino, 1973, pp. 707 y ss. En la doctrina española, se pueden citar, entre otros, los trabajos de A. Murillo Villar, *El riesgo en el legado (del Derecho romano al Código Civil)*, Burgos, 1993; F. Cuena Boy, «Sobre el riesgo en los legados en Derecho romano», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 82, 1992-1993, pp. 267-284; A. Murillo Villar, «El dinero como objeto de un legado específico en Derecho romano», en R. Sánchez Domingo (coord.), *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español: libro conmemorativo del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Burgos, 1996, pp. 153-168; A. Gómez-Iglesias Casal, «Legados con encargo de manumisión», en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, núm. 1, 1999, pp. 305-316; M. Salazar Revuelta, «Regulación jurídica de los intereses moratorios en el fideicomiso y en los legados durante época clásica», en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, núm. 2, 1999, pp. 239-248; B. Malavé Osuna, «La prohibición de legar materiales unidos a los edificios y partidas 6,9,13», en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, núm. 2, 1999, pp. 85-92; A. Murillo Villar, «Responsabilidad derivada del incumplimiento de un legado alternativo», en A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilidad civil: de Roma al Derecho moderno*, Burgos, 2001, pp. 573-588; J. A. Tamayo Errazquin, «Algunas consideraciones sobre un legado de usufructo gravado con un fideicomiso de alimentos en Derecho clásico romano», en A. Torrent Ruiz (coord.), *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (los derechos reales)*, Madrid, 2001, pp. 759-769; T. Vicente Jordá, *El legado de alimentos en Derecho romano*, Valencia, 2002; L. Salomón Sancho, «*Sine vitio nancisici possessionem*»: *la adquisición de la posesión de los legados en el Derecho romano clásico*, Madrid, 2003; C. Ortín García, *La vacante en los legados: a propósito de la Ley única de caducis tollendi (C. 6,51)*, Madrid, 2006; A. Murillo Villar, «La enajenación como supuesto de revocación del legado: del Derecho romano al Derecho actual», en *O direito das sucessoes: do direito romano ao direito actual, Studia Iuridica*, núm. 88, 2006, pp. 249-275; J. M. Blanch Nougués, «El legado de usufructo a favor de las personas jurídicas en el Derecho romano», en *Revista General de Derecho Romano,* núm. 14, 2010 [= en P. I. Carvajal (coord.), *Estudios de Derecho romano en homenaje al prof. Francisco Samper*, Santiago de Chile, 2007, pp. 165-178].

[2] D. 33,6,3 pr. (Ulpianus*, libro XXIII. ad sabinum*). «*Si cui vinum sit legatum centum amphorarum, cum nullum vinum reliquisset, vinum heredem empturum et praestaturum, non acetum, quod vini numero fuit*». El legado de cosas fungibles que no se encuentran en el patrimonio hereditario entraría dentro del legado de cosa ajena puesto que la referencia al *genus* o, como establecían los juristas romanos, al peso, cantidad o medida de las cosas, haría que el objeto del legado se encontrara determinado, siendo válido el mismo. *Vid.,* a este respecto, G. Grosso, *I le-*

que no se encontrarían presentes en el patrimonio del testador y, si comprendemos que el término «cosa» puede referirse también a derechos, el legado de cosa ajena se extendería también al legado de derechos reales[3] o de créditos no comprendidos en la herencia[4] y, por supuesto, al denominado legado de liberación de deuda, siempre que la deuda fuera ajena[5]. En definitiva, una visión amplia del legado de cosa ajena podría llegar a abarcar cualquier obligación con la que el testador gravara al heredero o a algún legatario cuyo objeto consistiera en realizar o abstenerse de realizar alguna actividad que se refiriera a cosas o derechos que no formaran parte del patrimonio hereditario[6].

---

gati..., *cit.,* p. 336. Sin embargo, no entrarían dentro del legado de cosa ajena aquellos que tuvieran por objeto cosas genéricas, ineficaces por falta de determinación en su objeto, como pone de manifiesto D. 30,71 [73.V. 70.H.], *pr*. (Ulpianus*, libro LI. ad edictum*). «*Si domus alicui simpliciter sit legata neque adiectum quae domus, cogentur heredes quam vellent domum ex his, quas testator habebat, legatario dare: quod si nullas aedes reliquerit, magis derisorium est quam utile legatum*». En efecto, el texto hace referencia a un caso en el que el testador lega una casa, sin especificar cual, distinguiendo el mismo que existieran casas en la herencia —en que el heredero podría elegir cuál de ellas dar para cumplir el legado— o, por el contrario, que no existieran, porque entonces se califica el legado como ineficaz por falta de determinación en su objeto. Por tanto, este fragmento resulta decisivo en orden a la exclusión del legado de cosas genéricas ajenas al patrimonio hereditario, ya que, lejos de haberse establecido el mismo régimen jurídico para el caso de que la cosa esté en el patrimonio hereditario, esto es, que el heredero estuviera obligado a adquirir una casa, pudiendo elegir las características y calidad, lo cierto es que se dispone la ineficacia del mismo. El distinto régimen establecido es coherente con el régimen general de las obligaciones, porque si estas deben tener una prestación específica y determinada o, al menos, estar establecidas las bases para su determinación, este requisito también debe ser aplicable en materia sucesoria. La presencia de casas en el caudal relicto convertiría el objeto del legado en determinado, mientras que en el supuesto de que no existan esas casas, el objeto del legado se convertiría en indeterminado, al abrirse un campo de características, cualidades y calidades amplísimo, que dejaría al arbitrio del heredero el cumplimiento de esa obligación, lo que no está admitido en Derecho. También D. 30,37 hace referencia al legado de cosas no especificadas pero que se hallan en el caudal relicto, quedando el heredero obligado a entregar una a su elección: D. 30, 37, *pr*. (Ulpianus*, libro XXI. ad Sabinum*). «*Legato generaliter relicto, veluti hominis, gaius cassius scribit id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur: quae sententia rescripto imperatoris nostri et divi severi iuvatur, qui rescripserunt homine legato actorem non posse eligi*».

[3] Además, en el caso del legado de un derecho real ajeno, la problemática también podría extenderse no solo a los supuestos en que el testador dispusiera de un derecho real perteneciente al heredero, a otro legatario o a un tercero extraño a la sucesión, sino también a los casos en que se ordenara la constitución de un derecho real sobre bienes que no fueran de su propiedad.

[4] Tendrían cabida en este supuesto, los legados de créditos pertenecientes al heredero, a un legatario distinto del favorecido y a terceros ajenos a la herencia. Pero si el crédito que se lega pertenece al propio legatario, según B. Biondi, *Successione testamentaria e donazione*, Milano, 1955, p. 459, se estaría ante un legado de liberación de deuda, contemplado en D. 34,3,8 pr., que permite la liberación de un deudor del heredero o de cualquier otra persona y que las fuentes presentan con un régimen respecto del legado de cosa ajena. En contra B. Windscheid, *Diritto delle Pandette* (trad. italiana C. Fadda y P. E. Bensa), III, Torino, 1925, p. 512.

[5] En este caso, se analizarían la liberación de una deuda u obligación que un tercero mantuviera con el causante, heredero, de cualquier legatario favorecido en la sucesión o, incluso, que lo que se ordenara fuera el pago una deuda o liberación de una obligación que el tercero mantuviera, no del causante, sino con otra tercera persona ajena a la sucesión. *Vid.,* para el legado de liberación de deuda, B. Biondi, *Successione*..., *cit.,* p. 462.

[6] En una visión amplia de la figura que nos ocupa, incluso tendrían cabida los fideicomisos en los que se imponía la carga de entregar cosas propiedad del heredero, de un legatario, de un tercero, si bien con el límite de que la carga no podía exceder el beneficio de estos en la herencia. En caso de que el testador hubiera dispuesto por fideicomiso que se entregara una cosa que no pertenecía ni al testador ni al gravado, este también debía adquirirla y entregarla al fideicomisario, existiendo discusión entre los propios juristas romanos en torno al supuesto en

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

Teniendo en cuenta la amplitud desbordante a la que se puede reconducir el tema del legado de cosa ajena, conviene advertir que en este trabajo abordaremos el análisis del mismo desde una perspectiva estricta, esto es, ciñéndonos al supuesto de que el testador legue una cosa específica y determinada que no era de su propiedad, puesto que la problemática generada y las cuestiones que surgen en torno al mismo resultan ya de por sí complejas y variadas y no siempre se encuentran resueltas en las fuentes[7].

Centrado pues el objeto de estudio, pasamos a continuación a la delimitación del régimen jurídico inicial del *legatum rei alienae* en Derecho romano y su evolución posterior; esta seguirá en paralelo al de los legados en general, toda vez que, en su origen, predominó el rígido formalismo del *Ius civile* que dará paso con posterioridad a una concepción opuesta en la que se otorgará primacía a la voluntad del testador y en la que se intentará buscar también el punto equidistante entre la satisfacción de los intereses del legatario y la búsqueda de lo menos gravoso para el heredero u obligado[8].

No debemos olvidar que, en definitiva, el legado, como afirma Biondi[9], respondía a la exigencia de los testadores para que personas individuales se vieran favorecidas en sus testamentos con derechos singulares, sin que ello conllevara la atribución de la cualidad de heredero, que suponía subentrar en las relaciones jurídicas, posición y complejo patrimonial del *de cuius*, cosa que a estos podía no interesar[10]. La famosa definición de

---

que ello no fuera posible, ya que algunos entendían que se debería pagar la *aestimatio* y otros, sin embargo, defendían la nulidad de la disposición. *Vid. Gai, Inst*., II, 262. «*Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere et praestare aut aestimationem eius soluere, sicut iuris est, si per damnationem aliena res legata sit. sunt tamen, qui putant, si rem per fideicommissum relictam dominus non uendat, extingui fideicommissum; sed aliam esse causam per damnationem legati*».

[7] Se plantean en este supuesto numerosas interrogantes desde la perspectiva estricta del legado de cosa ajena, entre otras muchas, el significado que se debe otorgar al término «ajeno» y el momento en que la ajenidad de la cosa podía tener lugar, la forma que debía adoptar la disposición testamentaria para que fuera válida, la obligación que tenía el gravado, el conocimiento o no de la ajenidad de la cosa, etc. Incluso se ha llegado a cuestionar el propio encuadre de la figura dentro de los legados, puesto que, como ya manifestara C. Fadda, *Concetti fondamentale del Diritto ereditario romano*, I. *Eredita e legato*, Napoli, 1900, el legatario se veía beneficiado con cosas o derechos que no formaban parte del caudal relicto y, por tanto, la idea de sucesión era del todo extraña en estos casos, no pudiendo predicarse del mismo que fuera sucesor del difunto a título particular como en el resto de los legados.

[8] Como apunta M. Gérardin, «Le legs de la chose d'autrui», en *Nouvelle Revue Historique De Droit Français Et Étranger*, núm. 11, 1887, pp. 709-724, en concreto pp. 709-710, a la hora de descubrir la voluntad del difunto, jurídicamente existen dos maneras para interpretarla, una, concediendo validez al sentido literal y términos empleados por el testador, y la otra, intentar indagar y profundizar en lo que de verdad quiso este al formular sus disposición. El primer sistema es más antiguo que el segundo y es la consecuencia lógica del rígido formalismo de la época arcaica de Roma, en la que la voluntad jurídica debía revestirse de una forma precisa y rigurosa. Este sistema va perdiendo terreno en el Derecho romano clásico, porque sus inconvenientes comienzan a ser mayores que sus ventajas y lo que se intenta sobre todo es que se dé cumplimiento a la voluntad del difunto.

[9] B. Biondi, voz «Legato», *cit.*, p. 598.

[10] El legado debía estar contenido en el testamento y estar formulado *civilibus verbis* en los términos solemnes establecidos legalmente y redactado en lengua latina, como se ordena en *Gai*, *Inst*., II,281 y *Ep*. *Ulp*. 25,9. Se inserta después de la institución de heredero porque la *heredis*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

Florentino del legado contenida en D. 30,116 pr. como *delibatio hereditatis, quae testador ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*[11], no resulta tan desacertada, toda vez que, efectivamente, con el legado, el testador disponía, a título particular, de alguna cosa o derecho que favorecía a una persona, disminuyendo así la cuota que le correspondería al heredero[12]. En las palabras del jurista se atisba que el testador lo que pretendía era que el legatario obtuviera un beneficio a título particular, contraponiéndose así al *heres*, cuyo título entrañaba una sucesión universal. Es cierto que con el legado se puede obligar, no solo al heredero, sino también a cualquier persona que se viera favorecida en la herencia e igualmente que el legado puede ordenarse a favor de uno de los coherederos y no solo a un extraño, y en este sentido la definición de Florentino adolecería de imprecisión, no siendo en puridad correcta, pero, a nuestro juicio, sí que resume en general, la esencia y fundamento del legado[13].

El legado en Derecho romano no encontraba, sin embargo, una sistematización como categoría única; muy al contrario, comprendía diversas figuras que, aun presentando elementos comunes, tenían estructura y efectos distintos. Los *genera legatorum*, como apunta Biondi[14], no son formas diversas del mismo acto, sino tipos específicos con su propia estructura, efectos, defensa jurídica, etc. Su reconducción a cuatro únicas figuras cuando se sintió la necesidad de distribuir en los *genera legatorum* la difusa regulación ofrecida por el *Ius civile*, resulta claramente insuficiente para reflejar una realidad tan compleja y variada como el legado. Así, en *Inst*. II,192, Gayo nos deja constancia de los cuatro tipos de legados —*per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo* y *per praeceptionem*— que, posteriormente, tenderán a la unificación, alcanzándose la misma definitivamente en el Derecho justinianeo[15]. Con anterioridad

---

institutio era el *caput et fundamentum totius testamenti* y, según Gayo, ninguna disposición podía precederla bajo sanción de nulidad: *Gai, Inst*., II,229. «*Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta uim ex institutione heredis accipiunt, et ob id uelut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.* 230. *Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari potest*». G. Grosso, *I legati..., cit.,* p. 69.

[11] D. 30,116 [119. V. 113. H.], pr. (Florentinus, *libro XI. Institutionum*). *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*.

[12] La afirmación de Biondi según la cual esta definición serviría para el legado *per vindicationem*, pero no para el resto —porque en ellos existe más bien una sustracción económica que jurídica—, a nuestro juicio, no resulta acertada, en tanto que, si bien es cierto que en el legado *per vindicationem* realizado a un tercero ajeno a la sucesión, el sufrimiento patrimonial del heredero resulta más patente que en los otros, al suponer una atribución directa de la propiedad de una cosa perteneciente al caudal relicto, en el resto de los legados también existe esa disminución patrimonial por tener que ceder derechos a otra persona, realizar actividades en su favor o, como en el legado de cosa ajena, adquirir una cosa a fin de entregarla al legatario. *Vid.* B. Biondi, voz «Legato», *cit.,* p. 600.

[13] La definición de Modestino de D. 31,36 como *donatio testamento relicta*, sin embargo, al resaltar el elemento de la liberalidad, como apunta B. Biondi, voz «Legato», *cit.,* p. 600, no pone de manifiesto la esencia del legado, toda vez que es perfectamente válido un legado sin liberalidad. D. 31,36[37] (Modestinus, *libro III. Pandectarum*). *Legatum est donatio testamento relicta*. *Vid.* también la definición de Ulpiano en *Ep. Ulp*. 24,1 e I. 2,20,1.

[14] B. Biondi, voz «Legato», *cit.,* p. 598.

[15] *Gai, Inst*., II,192. «*Legatorum itaque genera sunt quattuor: aut enim per uindicationem legamus aut per damnationem aut sinendi modo aut per praeceptionem*». El camino hacia la uni-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

a esta unificación, lo cierto es que el rígido formalismo presente en el *Ius civile* imponía la formulación de palabras específicas para cada tipo de legado, cuya inobservancia ocasionaba irremediablemente su nulidad; además, si el testador no había escogido la fórmula correcta para su legado, vería frustrada su voluntad por motivos exclusivamente formales[16]. Esta evolución hacia criterios no formalistas en la interpretación de los legados afectó directamente al legado de cosa ajena, ya que, en origen, las fuentes dan muestra que no todos los *genera legatorum* admitían que se legara una cosa que no formaba parte del patrimonio del testador ni, en aquellos en los que se admitía, se otorgaba siempre validez y eficacia a tal disposición.

La validez del legado de cosa ajena es proclamada por Gayo en Instituciones, II,202, en el que se afirma que, a través del legado *per damnationem*, *etiam aliena res legari potest*:

> *Gai, Inst*., II,202. «*Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres rem redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat*».

En efecto, de los cuatro *genera legatorum*, el *legatum per damnationem* se presentaba como el más idóneo para llevar a cabo el legado de cosa ajena, ya que el *legatum per vindicationem* exigía para su validez que el testador ostentara el *dominium ex iure quiritum* de las cosas en el momento del fallecimiento[17] y, adicionalmente, para las cosas no fungibles,

---

ficación de los cuatro tipos de legados fue progresivo, pero se acentuó sobre todo en la época postclásica, tras el senadoconsulto Neroniano. Así, Constancio, en el año 339 declara que en los legados y fideicomisos *verborum necessaria non sit observantia*, siendo indiferentes las palabras que se hayan empleado para manifestar la voluntad del testador (C. 6,37,21 y en relación con la institución de heredero, *vid.* también C. 6,23,15). Con posterioridad Teodosio, en el año 439, permite emplear el griego en las disposiciones testamentarias (*Nov. Theod*. 16,8). Ya con Justiniano se produce la unificación de los diversos tipos de legados junto con los fideicomisos y las donaciones *mortis causa* (entre otros textos, *vid.* C. 6,43,1; I. 2,20,2 y *Gai, Inst*., II,268-284, donde se afirma que los legados y fideicomisos eran distintos en su origen y luego sus diferencias se van atenuando, permaneciendo la eficacia real u obligacional de las distintas disposiciones. Como afirma Biondi, en caso de que el legado tenga por objeto una cosa propiedad del testador nacería un derecho real de propiedad para el legatario derivado del testamento y, por tanto, tendría a su favor la acción reivindicatoria para exigir el mismo. En caso de que la cosa no fuera propiedad del testador, el legatario tendría una acción personal contra el heredero. En definitiva, los diversos efectos se deducen del contenido y voluntad del disponente más que de la fórmula empleada, si bien de los antiguos *genera* subsistieron tanto la estructura como los efectos. *Vid.* B. Biondi, voz «Legato», *cit.,* p. 600.

[16] Por ello, la Doctrina romanística ha afirmado de forma unánime que era costumbre entre los testadores emplear lo que se ha venido en denominar la *repetitio legatorum*, esto es, repetir el legado con las distintas fórmulas que existían a fin de que resultara válido en cualquiera de ellas, previendo que pudiera ser nulo en alguna, incluso insertando una cláusula final en la que se rogaría que si no pudiera ser eficaz como legado, lo fuera como fideicomiso. Así, Ulpiano en D. 30,19 afirma que «*legata inutiliter data, Papinianus putat libro Quaestionum, confirmari per repetitionem*», y Papiniano en D. 31,66,5 manifiesta que «*qui pluribus speciebus iuris uteretur, non saepius eandem rem eidem legare, sed loqui saepius*». Se lograba así que la voluntad del testador se llevara a la práctica y que no se anulara por cuestiones de forma. *Vid.* a este respecto, A. Masi, «D. 30,33 e la duplicità di forma dei legati», en *Arch. Giur*., núm. 154, 1958, pp. 112 y ss.

[17] El legado *per vindicationem*, como afirma Gayo en Instituciones II,196, «*hae autem solae res per uindicationem legantur recte, quae ex iure quiritium ipsius testatoris sunt*» y tanto al tiempo de realizar el testamento como al tiempo del fallecimiento, porque, en otro caso, *inutile est legatorum: Gai, Inst*., II,196. «*Eae autem solae res per uindicationem legantur recte, quae ex iure*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

en la perfección del testamento[18]. Sin embargo, en el *legatum per damnationem*, el testador podía imponer una obligación nacida de su propia voluntad expresada en el testamento, haciendo que este se constituyera en título idóneo generador de la misma[19]. La obligación podía gravar al heredero o a otra persona favorecida en la sucesión y su objeto podría consistir, bien en hacer o no hacer algo, bien en dar alguna cosa específica y determinada que, en caso de que no fuera de su propiedad, como dice Gayo en Instituciones II,202, «*ita ut heres rem redimere et praestare aut estimationem eius dare debat*»[20].

En este sentido, es cierto que la fórmula que resultaba más adecuada para llevar a cabo el legado de una cosa ajena era la damnatoria y, quizás por ello, así también se ha entendido por la Doctrina romanística, que ha reducido el examen de esta figura a este tipo de *legatum*, dejando de lado el análisis del resto de supuestos que, a nuestro juicio, aportan una luz considerable en torno al régimen jurídico general de esta materia[21]. No podemos, por tanto, circunscribir el legado de cosa ajena al damnatorio porque las fuentes presentan la posibilidad de llevarlo a cabo mediante los otros tipos de *genera legatorum*, a excepción, como ya se ha mencionado, del vindicatorio.

Quiritium ipsius testatoris sunt; sed eas quidem res, quae pondere, numero, mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris, ueluti uinum, oleum, frumentum, pecuniam numeratam; ceteras res uero placuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium esse debere, id est, et quo faceret testamentum, et quo moreretur; alioquin inutile est legatum». *Vid.* también *Ep. Ulp*. 24,7.

[18] El testador debía consignar el nombre del beneficiario en dativo junto a las fórmulas *do lego*, *do*, *lego*, *sumito*, *sibi habeto* o *capito*, a las que se añadía el objeto del legado en acusativo, como se manifiesta en diversos textos: *Gai, Inst*., II,193 y ss.; *Ep. Ulp*., 24,3; *Pauli Sent*., 3,6,6 y *Frag. Vat*., 47,57,83 y 87. *Vid.* respecto a este legado, entre otros autores, G. Baviera, *Le due scuole dei giureconsulti romani,* Firenze, 1898 (repr. Roma, 1970), pp. 105-108; M. Voigt, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Stuttgart, 1899 (repr. *Aalen,* 1963), pp. 222-229; M. Wlassak, «Vindikation und Vindikationslegat», en *SZ*, núm. 31, 1910, pp. 196-321; S. Romano, *Sull'acquisto del legato «per vindicationem»*, Padova, 1933, pp. 4 y ss.; P. Voci, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano,* Milano, 1936; F. Bozza, «Gai. II 194-196 e la validità del legato per vindicationem», en *Annali Macerata*, núm. 18, 1951, pp. 3 y ss.; L. Amirante, «In tema di acquisto del legato "per vindicationem"», en *Iura*, núm. 3, 1952, pp. 249 y ss.; B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni,* Milano, 1955, pp. 344 y ss.; G. Grosso, *I legati..., cit.,* pp. 361 y ss.

[19] *Gai, Inst*., II,201. «*Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEVS STICHVM SERVVM MEVM DARE DAMNAS ESTO; sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum es*». *Vid.* también *Ep. Ulp*. 24,4 y 8; *Ep. Gai*, 2,5,3.

[20] P. Voci, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1996, p. 612, y G. Grosso, *I legati..., cit.,* pp. 74 y ss.

[21] Doctrinalmente, siempre se ha circunscrito al legado damnatorio el que tuviera por objeto cosas que no fueran propiedad del testador porque su fórmula permitía la creación del vínculo entre gravado y legatario, ampliando el campo de actuación del testador a bienes y derechos futuros o que no estuvieran dentro de su patrimonio: *Gai, Inst*., II,203. «*Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, uelut fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit*». *Vid.*, entre otros autores, B. Biondi, *Successione testamentaria..., cit.,* pp. 460 y ss.; C. Ferrini, *Teoria generale..., cit.,* pp. 2 y ss.; G. Grosso, *I legati..., cit.,* pp. 252 y ss.; J. Iglesias, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1999, pp. 703 y ss.; E. Volterra, *Instituciones de Derecho privado romano* (trad., prólogo y notas a la edición española de J. Daza Martínez), Madrid, 1991, p. 749; J. Arias Ramos y J. A. Arias Bonet, *Derecho romano,* II. *Obligaciones-Familia-Sucesiones*, Madrid, 1981, p. 807; M. Gérardin, «Le legs de la chose d'autrui», *cit.,* pp. 710 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

Así, por lo que respecta al *legatum sinendi modo*, se debe recordar que a través del mismo el testador también podía imponer una obligación a su heredero, si bien consistente en llevar a cabo una conducta pasiva, de abstención, ordenándole que permitiera al legatario apoderarse de alguna cosa perteneciente al caudal relicto o al patrimonio del *heres*[22] y que, como afirma Gayo, este legado es más amplio que el vindicatorio y más restrictivo que el damnatorio, toda vez que permitía disponer de cosas pertenecientes al heredero y no al testador, pero nunca permitía que tuviera por objeto cosas pertenecientes a un tercero extraño a la sucesión:

> *Gai, Inst*., II,210. «*Quod genus legati plus quidem habet quam per uindicationem legatum, minus autem quam per damnationem: nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui, cum alioquin per uindicationem nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cuiuslibet extranei rem legare potest*».

Según la afirmación gayana, por tanto, con la fórmula *sinendi modo* el testador podía legar cosas que pertenecieran a la persona que instituía heredera, obligando al mismo a permitir que, en el momento de su fallecimiento, el legatario tomara posesión de la misma. Así, aunque lo cierto es que el testador estaba disponiendo de una cosa que no era de su propiedad y en este sentido se podría afirmar que se estaría ante un caso de legado de cosa ajena, no obstante, a nuestro juicio, teniendo en cuenta la confusión de patrimonios que se originaba con la sucesión[23], entendemos que este supuesto no sería en puridad un legado de cosa ajena.

No obstante, pese a que en el texto anterior consta que mediante este tipo de legado no se podían disponer de cosas propiedad de un tercero, lo cierto es que su fórmula sí permitía que el testador legara cosas que en el momento de testar no le pertenecieran ni a él ni al heredero, puesto que al generarse tan solo una obligación que tendría su efecto tras su muerte, resultaría suficiente para que fuera eficaz que la propiedad de la cosa fuera adquirida por ellos con anterioridad a ese momento:

> *Gai, Inst*., II,211. «*Sed si quidem mortis testatoris tempore res uel ipsius testatoris sit uel heredis, plane utile legatum est, etiamsi testamenti faciendi tempore neutrius fuerit*».

Se podría entender conforme a lo anterior que la disposición testamentaria estaría sometida a condición suspensiva, porque para que esta desplegara plena efectividad, debía verificarse la adquisición de la cosa antes del fallecimiento. En tanto la *condictio pendet,* existiría incertidum-

---

[22] *Vid.* por todos, N. O-D. Bammate, *Origine et nature du legs sinendi modo,* Lausanne-Paris, 1947; A. Pezzana, *Contributi allo studio del legato sinendi modo,* Milano, 1958, y en la doctrina española, M. J. García Garrido, «La concepción clásica del legado *"sinendi modo"* y su probable estructura originaria», en *AHDE*, núm. 29, 1959 (= en *Studi Betti*, núm. 3, 1962, pp. 231 y ss.).

[23] En el momento en que tiene lugar la *successio*, los patrimonios de causante y heredero se confunden y este deviene titular único de todas las relaciones jurídicas que tengan lugar a partir de ese momento, por lo que los dos patrimonios confundidos en uno solo se tornan en garantía de los créditos existentes, tanto del *de cuius* como del *heres*. *Vid.* P. Bonfante, *Corso di Diritto romano*, VI. *Le succesioni. Parte generale,* Milano, 1974, pp. 150 y ss., y 423 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

bre sobre si se producirán o no los efectos del legado, pero si se cumple la condición, el legado desplegará plena efectividad. A este respecto, conviene aclarar que, pese a la discrepancia de opiniones, parece que era dominante la corriente que mantenía que no se hacía necesario que la propiedad se obtuviera *ex iure quiritium*, porque, como se afirma Gayo en Instituciones, II,214, el heredero no estaba obligado a transmitir la cosa mediante *mancipatio*, sino tan solo *legatarium rem sibi habere*[24]. Por tanto, bastaría que la cosa se tuviera *in bonis* para que el legado pudiera cumplirse y, si la cosa era *res mancipi*, al legatario le asistiría la *usucapio* para poder convertirse en propietario civil[25].

Por lo que respecta al legado *per praeceptionem*, la propia estructura del mismo hacía muy difícil que pudiera legarse una cosa que no perteneciera al caudal relicto, porque su particularidad residía en que el testador beneficiaba a una de las personas que había instituido heredera, correspondiéndole, por tanto, una porción adicional de la propia herencia[26]. Además, la acción para hacer efectiva el legado era la *actio familiae erciscundae*[27], que permitiría dividir el patrimonio familiar y adjudicar la parte correspondiente de la herencia a cada uno de los herederos, por lo que, difícilmente una cosa que no se hallara en ese patrimonio podría ser objeto de concesión[28]. Así, para el *Ius civile*, tendríamos que concluir en

---

[24] *Gai, Inst*., II,214. «*Sunt tamen, qui putant ex hoc legato non uideri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur; quia nihil ultra ei testator imperauit, quam ut sinat, id est patiatur, legatarium rem sibi habere*».

[25] Gayo no elude las dudas que se planteaban en torno a este supuesto, si bien admite que la mayoría de juristas optaban por declarar la ineficacia del legado de cosa ajena al testar, que lo sea también ajena al morir el testador, aunque con posterioridad a ese momento se produzca la adquisición por parte del heredero. *Gai, Inst*., II,212. «*Quodsi post mortem testatoris ea res heredis esse coeperit, quaeritur an utile sit legatum. Et perique putant inutile esse*».

[26] *Gai, Inst*., II,216. «*Per praeceptionem hoc modo legamus: Lvcivs Titivs Hominem Stichvm Praecipito.* 217. *Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus esset. praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit*». En el caso del *legatum per praeceptionem*, según P. Voci, *Istituzioni..., cit.,* p. 613, solo podían ser objeto del mismo cosas del testador, habiendo disparidad de criterios, entre la escuela Sabiniana y Proculeyana, acerca de la exigencia de propiedad por parte del testador de la cosa legada. En efecto, según la teoría sabiniana este legado debía por objeto cosas del testador y si este hubiera legado una cosa propiedad de un tercero, sería nulo, pero podría ser convalidado como legado *per damnationem* por el senadoconsulto Neroniano. Sin embargo, según los proculeyanos, en caso de que la cosa fuera solo *in bonis* del testador, el heredero-legatario tendría a su favor la *actio familiae erciscundae* y el legatario no heredero, en virtud del senadoconsulto Neroniano, podía exigir el legado por *actio ex testamento* (tesis seguida también por Juliano y Sexto, según consta en *Gai, Inst*., II,218). Lo anterior se aplicaba también cuando se trataba del legado de cosa ajena. *Vid.* respecto a las discrepancias de opinión entre las escuelas sabiniana y proculeyana, P. Stein, «The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate», en *CLJ*, núm. 31, 1972, pp. 26 y ss.; G. L. Falchi, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani,* Milano, 1981, pp. 133-141; M. G. Scacchetti, «Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani», en *Studi A. Biscardi*, V, Milano, 1984, pp. 369 y ss.; E. Stolfi, «Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio», en *SDHI*, núm. 63, 1997, pp. 49-50.

[27] *Gai, Inst*., 219-220. D. 30,17,2 (*Ulpianus libro XV. ad Sabinum*). «*Si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio iudicis familiae herciscundae manifestum est: sed et si abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat*».

[28] *Gai, Inst*., II, 216-217 y ss. *Vid.* K. Bernstein, «Zur Lehre vom römischen Voraus (legatum per praeceptionem)», en *ZSS*, núm. 15, 1894, pp. 26 y ss.; E. Volterra, *Instituciones..., cit.,*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

principio que el legado de cosa ajena efectuado *per praeceptionem* sería ineficaz.

No obstante lo anterior, en *Gai, Inst*., II,220 consta una excepción a la prohibición de legar una cosa ajena *per praeceptionem* en el supuesto de que su objeto fuera una cosa transmitida por *mancipatio* a un acreedor en garantía de una deuda del testador:

> *Gai, Inst*., II, 220. «*Aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur: ueluti si quis eam rem legauerit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is, cui ita legatum sit*».

En efecto, el testador estaría realizando el legado sobre una cosa que no era de su propiedad en el momento de testar y que, además, podía ocurrir que ni siquiera llegara a serlo con anterioridad a su fallecimiento. Sin embargo, es sabido que por *pactum fiduciae*, al deudor le correspondía la *actio fiduciae*, acción personal restitutoria transmisible a los herederos, por la que, una vez satisfecha la deuda, se podía exigir la devolución de la cosa[29]. Por tanto, si bien la cosa entregada por *fiducia* no pertenecía al testador, lo cierto es que en el momento del cumplimiento, el acreedor transmitiría de nuevo la cosa por el mismo medio que se le entregó, recuperando este su propiedad. Si el fallecimiento del testador acontecía en un momento anterior al cumplimiento, los herederos, al suceder al causante en todas sus relaciones, ocuparían la posición de obligado, debiendo cumplir la misma, consiguiendo la reintegración de la cosa en el patrimonio hereditario y permitiéndose así el cumplimiento del legado.

---

pp. 751-752. G. Grosso, *I legati..., cit.,* pp. 86 y ss.; J. F. Leuba, *Origine et nature du legs per praeceptionem,* Lausanne, 1962; G. Galeno, «Per praeceptionem», en *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz,* I, Napoli, 1964, pp. 206 y ss.; V. Giuffrè, «"Convalescere" in Gai 2.218», en *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz,* II, Napoli, 1964, pp. 623-638; *id., L'utilizzazione degli atti giuridici mediante «conversione» in diritto romano*, Napoli, 1965; F. P. Magliocca, «Sul legato "uni ex heredibus"», en *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, IV, Torino, 1972, pp. 285-349; y más recientemente los estudios de M. D'Orta, *Il «legatum per praeceptionem». Dal dibattito dei giuristi classici alla riforma giustinianea,* Torino, 2004, y «*Sterilis beneficii conscientia*». *Dalla «praeceptio» al «legatum per praeceptionem*», Torino, 2005.

[29] Respecto a la *Fiducia* existe una literatura prolija en la Doctrina romanística, destacando, entre otros, C. Longo, *Corso di diritto romano. La fiducia,* Milano, 1933; W. Erbe, *Die Fiduzia in röm. Recht,* Weimar, 1940; N. Bellocci, «La tutela de la fiducia nell'epoca republicana», en *Studi Senesi*, núm. 85, 1973, pp. 321 y ss.; L. Migliardi Zingale, «In tema di "fiducia cum creditore": i documenti della prassi», en *Labeo*, núm. 46, 2000, pp. 452 y ss.; G. Tomás Martínez, «Fiducia: posible influencia de su sentido jurídico en otros contextos», en A. Torrent Ruiz (coord.), *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano: Derechos reales,* Madrid, 2001, pp. 911 y ss.; *id.,* «Fiducia, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia», en *Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto,* núm. 1, 2004, pp. 289 y ss.; M. L. López Huguet, «Una aproximación a la problemática romanista en torno al instituto de la *fiducia cum creditore*», en *Revista General de Derecho Romano*, *Iustel*, núm. 2, 2004; P. Fuenteseca, «Líneas generales de la *fiducia cum creditore*», en F. J. Paricio Serrano (coord.), *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 387 y ss.; C. Gómez Buendía, «La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución», en M. Garrido Melero y S. Nasarre Aznar (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust (III Congreso de Derecho civil catalán)*, Tarragona, 2006, pp. 157-172; J. Belda Mercado, «La *mancipatio fiduciae* causa como garantía crediticia», en *Revista General de Derecho Romano*, *Iustel*, núm. 9, 2007.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

En definitiva, era potestad de los herederos recuperar la cosa para poder entregar el legado dispuesto en el testamento. Esta excepción resulta de interés al permitir que el testador disponga *per praeceptionem* de una cosa que no era de su propiedad, seguramente por considerar que su derecho se encontraba en una situación de suspensión, a la espera del cumplimiento de la obligación por parte de los herederos.

Como se ha podido comprobar, las fuentes presentan supuestos de legado de cosa ajena en todos los *genera legatorum* y no solo en el damnatorio —al que generalmente se ha reconducido por la Doctrina romanística— lo que pone de manifiesto, a nuestro juicio, que esta figura no solo era empleada habitualmente en la práctica testamentaria, sino que generaba una problemática compleja que es tratada en los textos de una forma específica, haciendo referencia a casos concretos a los que se daba solución dependiendo del tipo de legado a través del cual el testador lo hubiera dispuesto. De lo expuesto, queda claro que, de los cuatro *genera legatorum*, el damnatorio era el tipo idóneo para disponer de una cosa que no era propiedad del testador, pero que también era posible llevarlo a cabo a través de las fórmulas *sinendi modo* y *per praeceptionem*, si bien en circunstancias muy específicas.

Igualmente, se ha podido comprobar que, fuera de los casos descritos, el legado de cosa ajena se tornaba ineficaz porque habría sido realizado bajo una forma incorrecta, quedando así la voluntad del testador irremediablemente frustrada. No obstante, y pese a los inconvenientes que este exceso de rigidez podía acarrear en cuanto al incumplimiento de la voluntad del testador por motivos exclusivamente formales, tenía sin embargo la virtud, como pone de manifiesto Gerardin[30], de conceder una extraordinaria seguridad jurídica: si el testador legaba una cosa ajena empleando la formulación correcta, el legado era válido y se debía cumplir, pero si utilizaba las palabras erróneas, el legado devendría en todo caso ineficaz, sin más complicaciones adicionales.

La tendencia a la unificación de los *genera legatorum* —que, como se ha mencionado al inicio de este trabajo, concluye con Justiniano— va a suponer en nuestra figura la aparición de numerosas cuestiones de fondo que con anterioridad no se producían dado el rigor que imperaba en el *Ius civile* y que hacía depender la validez o no de la disposición en los aspectos meramente formales. Y, a este respecto, la publicación del senadoconsulto Neroniano[31] —dictado entre los años 54-68 d. C.—[32] cobra un extraordinario valor para nuestro tema de estudio. Las fuentes traen a colación el senadoconsulto en relación con los distintos tipos de legado y se puede decir en general que se aplicaba a los casos en que existiera un

[30] M. Gérardin, «Le legs de la chose d'autrui», *cit.,* pp. 712 y 713.

[31] A. Ascoli, «Sul Senatoconsulto Neroniano», en *Arch. Giur.*, núm. 40, 1888, pp. 329 y ss.; P. Ciapessoni, «Sul Senatoconsulto Neroniano», en *Studi Bonfante*, III, Milano, 1930, pp. 649 y ss.; R. Piaget, *Le Sénatus-consulte Néronien,* Lausanne, 1936; B. Biondi, *Successione..., cit.*, pp. 280 y ss.; G. Grosso, *I legati..., cit.,* pp. 93 y ss.

[32] P. Ciapessoni, «Sul Senatoconsulto Neroniano», *cit.,* p. 651, n. 1.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

vitium verborum[33], pretendiéndose que los defectos formales en los que había incurrido el testador no anularan la disposición testamentaria y se pudiera mantener el legado cumpliendo así su voluntad. Así, los legados que no fueran eficaces porque se hubiera empleado una fórmula incorrecta pero que sí lo hubieran sido de haberse empleado otra distinta de las admitidas, en virtud del senadoconsulto se considerarían válidos, debiendo cumplirse[34].

En efecto, como apunta Gerardin[35], durante mucho tiempo, para saber si el heredero debía ejecutar el legado ordenado en el testamento, el derecho romano no se había preocupado por el conocimiento o la ignorancia de lo que deseaba el testador. Así, en caso de que este hubiera empleado la fórmula correcta, el legado sería válido y, en caso contrario, siendo libre de escoger la forma para legar y habiendo escogido la incorrecta, su legado devendría ineficaz[36]. La atención a la fórmula empleada por el testa-

---

[33] *Gai, Inst*., II,218. «*Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum, adeo ut Sabinus existimauerit ne quidem ex senatus consulto Neroniano posse conualescere: "nam eo", inquit, "senatus consulto ea tantum confirmantur, quae uerborum uitio iure ciuili non ualent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur". sed Iuliano et Sexto placuit etiam hoc casu ex senatus consulto confirmari legatum; nam ex uerbis etiam hoc casu accidere, ut iure ciuili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis uerbis recte legaretur, uelut per uindicationem, per damnationem, sinendi modo; tunc autem uitio personae legatum non ualere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit uelut peregrino, cum quo testamenti factio non sit. quo plane casu senatus consulto locus non est*».

[34] No nos ha llegado el texto del senadoconsulto Neroniano, sino tan solo unos textos referidos a sus efectos, además de en las *Instituciones* de Gayo, en *Fragmenta Vaticana* y en el *Tituli ex corpore Ulpiani*, cuyo tenor reproducimos a continuación: *Fragm. Vat*., 85. «*Si tamen per damnationem usus fructus legetur, ius adcrescendi cessat non inmerito, quoniam damnatio partes facit. Proinde si rei alienae usus fructus legetur et ex Neroniano confirmetur legatum, sine dubio dicendum est ius adcrescendi cessare, si modo post constitutum usum fructum fuerit amissus. Quod si ante et socius amittat, erit danda totius petitio. Idemque et si sinendi modo fuerit legatus usus fructus. An tamen in Neroniano, quoniam exemplum vindicationis sequimur, debeat dici utilem actionem amisso usu fructu ab altero alteri dandam, quaeri potest; et puto secundum Neratium admittendum. In fideicommisso autem id sequimur quod in damnatione*». Este pasaje se inserta en el desarrollo de un tema más general sobre el derecho de acrecimiento entre colegatarios, donde se hace referencia al legado de usufructo sobre una cosa ajena que es confirmado por el senadoconsulto. También existe otro texto, como se ha citado anteriormente, que menciona el senadoconsulto en *Ep. Ulp*. 24.11a). «*Si ea res, quae non fuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium, per vindicationem legata sit, licet iure civili non valeat legatum, tamen senatus consulto Neroniano firmatur, quo cautum est, ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo iure legatum esset: optimum autem ius legati per damnationem est*». En este texto se hace referencia a que el legado de cosa ajena sería ineficaz en la forma vindicatoria por ser inadecuada para ello, pero por el senadoconsulto se considera que es válido en el *otimum ius legati* que es la fórmula *per damnationem*.

[35] M. Gérardin, «Le legs de la chose d'autrui», *cit.*, p. 711.

[36] En palabras de Gérardin, «*le problème est beaucoup plus simple: ce à quoi il faut uniquement s'attacher, c'est à la forme extérieure, au vêtement donné par le testateur à son legs, à la formule par lui employée. Libre à lui de choisir, pour faire sa libéralité, entre la formule per vindicationem et la formule per damnationem; mais, quand il aura fait son choix, l'effet se produira inévitablement, parce qu'il sera réputé avoir opté en connaissance de cause, après examen et réflexion [...] Le tesateur, dont la volonté ne sera pas exécutée, devait mieux se renseigner sur le siège, la résidence de la propriété de la chose léguée: il fait choix dúne formule non appropriée, verbis minus aptis: le légataire en supportera les conséquences, et l'héritier en bénéficiera. C'est en vain que le premier demanderait à établir que l'intention du défunt était de faire la libéralité à tout événement, que s'il avait su la vérité, il aurait pris une formule convenable: le légataire ne sera pas reçu à faire cette preuve: il faut empêcher les procès. C'est en vain que la chose léguée serait, depuis*

dor, haría que únicamente tuviera que existir certeza acerca de quién era el propietario de la cosa, porque dependiendo de este extremo, el testador debería haber utilizado la formula *per vindicationem* o *per damnationem*. No habría ninguna discusión adicional, ya que el cumplimiento del legado dependía de la fórmula empleada[37], pero también es verdad que en caso de error del testador, el legado quedaría sin efecto: si había creído legar una cosa suya empleando la fórmula *per vindicationem* y no lo era, el heredero no tendría que cumplir su legado, pero si empleaba la fórmula *per damnationem*, aunque desconociera que la cosa no le pertenecía, el heredero debería cumplir siempre.

El senadoconsulto Neroniano vendría a suponer una clara reacción contra el rigor del *Ius civile*, que dejaba por completo al margen la voluntad del difunto para poner todo el acento en la fórmula escogida por este. Así, prioritariamente, esta norma tenderá a resolver aquellos supuestos de errores padecidos por el testador al formular los legados *minus aptis verbis*, otorgando valor a la disposición dentro del tipo para el que fuera eficaz[38]. En relación con esta norma, la Doctrina ha discutido si lo que en realidad suponía era una conversión de un legado nulo en otro válido[39] o simplemente, como afirma Biondi, no se producía una modificación del legado —que continuaba siendo legado— sino que el legado, nulo para un determinado tipo, se consideraba como si fuera otro, para la cual sí tenía validez[40]. También en esta línea, Ciapessoni ha afirmado que el legado, en caso de *vitio verborum* por falta de idoneidad de la fórmula empleada, no se transformaba en *legatum per damnationem*, sino que el pretor, con base en el senadoconsulto daba validez al legado *iure praetorio* conforme al *ius civile*[41].

Prescindiendo ahora de las polémicas doctrinales, lo cierto es que el senadoconsulto supuso un avance extraordinario para la eficacia de los legados, poniendo el acento en la voluntad del testador y dejando a un lado la forma que había empleado para revestirla. Así, y por lo que se refiere al legado de cosa ajena, las fuentes contienen supuestos en que legados ineficaces para uno de los tipos del *Ius civile* adquieren eficacia *ex senatusconsultum*, siempre que la disposición permitiera su encaje en

---

la confection du testament, devenue la propriété du testateur, on qu'elle appartiendrait á l'héritier, ou qu'appartenant á autrui, elle serait possédée par l'héritier». M. Gérardin, «Le legs de la chose d'autrui», *cit.,* p. 712.

[37] Como afirma Gérardin, este sistema tiene sus ventajas evidentes, porque al reducirse el debate a la fórmula empleada, la solución venía rápidamente y de una forma sencilla. Y, además, en cierto modo, se podía entender que se daba plena satisfacción a la voluntad del difunto, en tanto que él había sido libre para escoger una fórmula para realizar su legado. M. Gérardin, «Le legs de la chose d'autrui», *cit.,* pp. 713-714.

[38] M. Gérardin, «Le legs de la chose d'autrui», *cit.,* p. 715. Es cierto que el senadoconsulto no dispensa de emplear una fórmula sacramental para llevar a cabo el legado pero si es cierto que su finalidad primordial es auxiliar a los legatarios que sufrieran un error en la fórmula elegida por el testador.

[39] E. Betti, *Istituzioni di Diritto romano,* I, Padova, 1942, p. 343, y G. Grosso, *I legati*..., *cit.,* p. 96.

[40] B. Biondi, *Istituzioni di Diritto romano,* Milano, 1972, p. 278, y voz «Legato», *cit.,* p. 600.

[41] P. Ciapessoni, «Sul Senatoconsulto Neroniano», *cit.,* p. 659.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

otro tipo de los *genera legatorum*. De esta forma, como consta en *Gai, Inst*., II,197, si el testador había dispuesto por legado *per vindicationem* de una cosa que nunca había sido de su propiedad, era nulo como tal legado, pero debía tener validez como legado *per damnationem*[42]:

> *Gai, Inst*., II,197. «*Sed sane hoc ita est iure ciuili. postea uero auctore Nerone Caesare senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legauerit, quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset. optumum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit*».

Igualmente, en virtud de este senadoconsulto, en caso de un legado *sinendi modo* de una cosa ajena al testar y ajena al morir el testador, pero que, tras el fallecimiento de este, el heredero la hubiera adquirido, sería ineficaz *sinendi modo* pero válido como legado *per damnationem* y, por ello, el heredero estaría obligado *ex testamento*:

> *Gai, Inst*., II,212. «*Licet aliquis eam rem legauerit quae neque eius umquam fuerit neque postea heredis eius umquam esse coeperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde uidetur ac si per damnationem relicta esset*».

Finalmente, también en el caso de que el testador legara *per praeceptionem* una cosa que no le pertenecía, según *Gai, Inst*., II,220, el legado no tendía efectos civiles como tal, pero se podía confirmar en virtud del senadoconsulto:

> *Gai, Inst*., II, 220. «*Itaque si non suam rem eo modo testator legauerit, iure quidem ciuili inutile erit legatum; sed ex senatusconsulto confirmabitur*».

En relación con el legado *per praeceptionem*, hay un texto que, a nuestro juicio, tiene relevancia, toda vez que se manifiesta que si el testador legaba una cosa de la que era propietario civil o incluso la poseía *in bonis*, bien a un extraño bien a un coheredero, el legado adquiría validez *ex senadoconsulto* y solo se debía dilucidar la acción que correspondería en cada uno de los casos para que el legatario pudiera exigir su derecho:

> *Gai, Inst*., II,222. «*Secundum hanc igitur opinionem, si ea res ex iure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario uindicari, siue is unus ex heredibus sit siue extraneus; quod si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatus consulto utile erit legatum, heredi uero familiae herciscundae iudicis officio praestabitur; quod si nullo iure fuerit testatoris, tam heredi quam extraneo ex senatus consulto utile erit*».

En el texto mencionado se da validez *ex senatusconsultum* al legado en el supuesto de que la cosa perteneciera a un extraño ajeno a la herencia por lo que debería llevare a cabo aunque el testador lo hubiera dispuesto sin dar cumplimiento a ninguno de los requisitos establecidos por el *Ius civile*, esto es, que ni el beneficiario fuera heredero ni la cosa fuera propiedad del testador. Entendemos que este es el testimonio más ilustrativo que pone de relieve la atenuación de la distinción de los *genera legatorum*.

---

[42] En el mismo sentido en *Ep. Ulp*. 24,11,*a)*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

Los textos anteriores ponen de manifiesto que los distintos tipos de legados, que para el *Ius civile* existían encorsetadas en palabras específicas de tal modo que su inobservancia daba lugar a la invalidez del legado, quedan absolutamente desnaturalizadas con la aprobación del senadoconsulto Neroniano, al declararse su validez del legado fueran cuales fueran las palabras empleadas. A partir de ahora, se puede afirmar que se produce la agrupación de los distintos *genera legatorum*, diferenciándose únicamente por la acción personal o real que correspondería en cada caso ejercitar al legatario para exigir su derecho: *actio ex testamento*, *familia erciscundae* o *reivindicatio*. Además, se observa que el senadoconsulto Neroniano supuso que el legado de cosa ajena adquiriera validez con independencia de la fórmula empleada para llevarlo a cabo, obligando así al gravado a cumplirlo en claro beneficio de los legatarios que verían posibilitado la exigencia y cumplimiento del legado dispuesto a su favor.

No obstante, el supuesto en el que el senadoconsulto cobraría, a nuestro juicio, un extraordinario valor era cuando el testador llevara a cabo *per vindicationem* un legado de una cosa de la que no tuviera la propiedad *ex iure quiritum* sino *in bonis*[43], porque, efectivamente, siendo nulo en la forma utilizada, sería válido como legado damnatorio, debiendo el gravado entregar la cosa que el testador tenía *in bonis*. En este supuesto, no habría problema porque la cosa se halla en poder del testador, si bien no como propietario *ex iure quiritium*, pero sí como bonitario. Así, el testador habría llevado a cabo un legado *vindicationem*, que no tendría eficacia como tal, pero que en virtud del senaconsulto el heredero debería cumplir porque tendría validez como legado damnatorio.

Ahora bien, esta norma, que vendría a poner fin a los problemas de los legatarios que vieran frustrado su beneficio porque el testador no hubiera escogido la fórmula adecuada, presentó problemas para los herederos en los casos en que este creyera que estaba legando una cosa propia cuando en realidad no lo era, es decir, en los casos de desconocimiento de que la cosa legada era ajena. En este supuesto, por disposición del senadoconsulto, el legado sería nulo como *legatum per vindicationem*, pero válido *per damnationem*, y, como tal, obligatorio para el heredero, que debería adquirir la cosa legada para entregarla, cuando, si el testador hubiera conocido que la cosa no le pertenecía, con toda probabilidad no hubiera dispuesto el legado. En otras palabras, el testador, que legó *per vindicationem* una cosa porque creía que era suya —y de ahí que empleara tal fórmula—, por aplicación del senadoconsulto, adquiriría validez como legado de cosa ajena, al encajar en la fórmula *per damnationem*. Se estaría dando validez a un legado de una cosa que el testador jamás hubiera dispuesto de saber que no le pertenecía, por lo que la voluntad del mismo se estaría contraviniendo también, esta vez en claro perjuicio del heredero.

[43] Se discute en la Doctrina si el *legatum per vindicatinem* era válido cuando la propiedad era *in bonis* o si en este caso procedería la aplicación del senadoconsulto Neroniano convirtiéndolo en damnatorio. G. Grosso, *I legati..., cit.,* pp. 76-80.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

Este problema no pasó inadvertido a los juristas romanos y de ahí que las fuentes contengan una alusión a la existencia, en tiempos de Trajano, de una Constitución y una sentencia del jurisconsulto Neratius Priscus, que disponía que el heredero no tenía que ejecutar el legado en el caso de que el testador hubiera dispuesto el mismo en la creencia de que la cosa era suya:

> D. 31,67(69),8 (*Papinianus, libro XIX. Quaestiomun*). «*Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto titio legem, non est neratii prisci sententiae nec constitutioni locus, qua cavetur non cogendum praestare legatum heredem: nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit:sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates: quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud heredem*».

Se plantea en el texto un supuesto en que el testador dispone un legado de una cosa propiedad del heredero en la errónea creencia de que le pertenecía; en ese marco, Papinano trae a colación la sentencia de Neratius Priscus para manifestar que en este caso no es posible su aplicación. El fragmento deja entrever que la sentencia había supuesto un auxilio para los herederos, permitiéndoles no cumplir el legado en caso de que el testador hubiera dispuesto de una cosa creyendo que era de su propiedad, es decir, lo que en definitiva venía a establecer era la inaplicabilidad del senadoconsulto en este caso. Con esta solución, en realidad lo que se está haciendo es imponer una exigencia novedosa —el conocimiento de la ajenidad de la cosa por parte del testador— si se quería dar validez al legado en virtud del senadoconsulto. Ese requisito que hasta ahora no se había tenido en cuenta, adquiere relevancia, a nuestro juicio, a partir del senadoconsulto, que no sería aplicable —permitiendo por tanto que el heredero no cumpliera el mismo— salvo que el testador supiera que la cosa no era de su propiedad.

La decisión de Neratius Prisco supone una alteración integral en el régimen del legado de cosa ajena, que pasa de la validez en virtud del senadoconsulto Neroniano a la inaplicabilidad del mismo al presumirse que el testador legó la cosa por creerla de su propiedad. Esta presunción permitiría al heredero exonerarse del cumplimiento del legado, pero, al seguir el régimen de las presunciones *iuris tantum*, también permitiría al legatario demostrar que el testador sabía que la cosa no era suya, recayendo sobre él, al ser el actor en el juicio correspondiente, el *onus probandi*:

> D. 22,3,21 (*Marcianus, libro VI. Institutionum*). «*Verius esse existimo ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam vel obligatam, quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*».

No podemos concluir el nuevo régimen del legado de cosa ajena, sin dejar constancia de que las fuentes presentan dos excepciones al mismo en D. 31,67(69),8 y en C. 6,37,10:

> D. 31,67(69),8 (*Papinianus, libro XIX. Quaestionum*). «*Sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faci-*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

liores voluntates: quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud heredem».

C. 6,37,10 (Imp. *Alexander* A. *Ingenuae*). «*Cum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato quam ex fideicommisso ab eo qui legatum seu fideicommissum meruit peti potest. quod si suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae vel uxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, et si scisset rem alienam esse* (*PP. V. Kal. Febr.* Albino *et* Maximo *conss*.)».

El primer texto muestra la excepción en el supuesto de que la cosa legada, que el testador creía suya, en realidad perteneciera al heredero. Como se afirma en D. 31,67(69),8, se debe cumplir el legado puesto que se considera que si la cosa está en poder del *heres* no habría que ampararle puesto que no le supone ningún esfuerzo la entrega. Esta excepción, según Biondi[44], no se entiende y es difícil presentar una justificación de este diverso tratamiento, pero, a nuestro entender, podría ser fruto de la confusión de patrimonios que se origina con la sucesión y la propia justificación que figura en el texto así lo avala, puesto que afirma que la sentencia de Neracio Prisco auxilia a los herederos solo en el caso que la cosa perteneciera a un tercero extraño y no en el supuesto de que fuera propiedad del heredero, porque en ese caso el cumplimiento del legado era absolutamente posible.

La segunda excepción al nuevo régimen del legado de cosa ajena viene establecida en C. 6,37,10 y sería aplicable cuando el legatario es un pariente próximo del testador, ya que se invierte la presunción a favor del legatario al suponer que el testador hubiera dispuesto el legado en todo caso, incluso aunque hubiera sabido que la cosa no le pertenecía a él sino a un tercero[45]. Por tanto, si se trata de familiares próximos, se suprime la exigencia del conocimiento del testador de la ajenidad de la cosa y el heredero debería cumplir el legado.

En definitiva, como hemos analizado a lo largo del presente trabajo, las fuentes dan muestra de la relevancia del legado de cosa ajena en la práctica testamentaria romana, al constatar la presencia de esta figura en todos los *genera legatorum* —no solo en el damnatorio—, lo que generaba una problemática específica dentro del marco de los legados, cuya evolución general se desarrolló de forma paralela. Así, el rígido formalismo que imperaba en el *ius civile* incidió de forma directa en la eficacia o ineficacia del legado de una cosa ajena, por recaer la validez del mismo única y exclusivamente en el hecho de que la fórmula escogida por el testador hubiera sido la correcta.

Posteriormente, el senadoconsulto Neroniano vendrá a solucionar este problema, al declarar la validez del legado de cosa ajena para la fórmula en la que tuviera cabida, con independencia de las palabras empleadas

[44] B. Biondi, voz «Legato», *cit.,* p. 604.

[45] J. Ramos y J. A. Arias Bonet, *Derecho romano,* II. *Obligaciones-Familia-Sucesiones…, cit.,* p. 807.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754

por el testador, pero se originará un nuevo problema para los herederos, que se verán obligados a cumplir el legado, incluso en el caso de que la voluntad del testador no hubiera sido aquella. Para dar amparo a los herederos, nacerá la exigencia que consta en algunos textos del Digesto respecto a la necesidad de constatar que el testador, al realizar el legado, era plenamente consciente de que la cosa no era de su propiedad, sino que pertenecía a un tercero. De este nuevo régimen surgen otras cuestiones relevantes, como qué ocurría en el supuesto de que la cosa no fuera de un tercero, sino del propio heredero o de un legatario favorecido en la herencia, que sucedía si la cosa legada pasaba a ser propiedad del legatario antes de morir el testador, que acontecía si este posteriormente a efectuar el legado, enajena la cosa o si la cosa ajena al testar se adquiría por el testador antes de morir. Cuestiones igualmente interesantes planteadas en torno al legado de cosa ajena, que esperamos poder abordar en futuras investigaciones.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0754