

PROYECCIÓN POSTJUSTINIANEA DEL RIESGO EN EL LEGADO

*Post-Justinian projection
of legacy-related risk*

ALFONSO MURILLO VILLAR

Universidad de Burgos

Resumen: el objetivo de este trabajo es conocer quién y por qué ha de soportar el detrimento del objeto legado en todos aquellos supuestos de pérdida, deterioro o menoscabo englobados bajo el concepto de riesgo. Para ello nos centraremos en la recepción del *periculum legatarii* desde su definitiva regulación en el Derecho justiniano hasta llegar al último cuerpo legal vigente en que ha sido contemplado, el Código Civil de Cataluña. Por sus efectos jurídicos, los legados pueden ser reales u obligacionales. En ambos supuestos, toda pérdida, deterioro o menoscabo que sufra la cosa legada y de la cual no deba responder el heredero o gravado con el legado lo asumirá el legatario. Dicho principio ha quedado recogido definitivamente en la locución justiniana: *Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit*.

Palabras clave: Legados. Tipos de legados. *Periculum legatarii*. Riesgo en el legado.

Abstract: the objective of this study is to know who has to bear any damage to the object of the legacy under all those circumstances of loss, deterioration, or detriment that are encompassed under the concept of risk. To do so, we centre on the reception of the *periculum legatarii* from its definitive regulation in Justinian Law up until the most recent legal text in which it is contemplated: the Civil Code of Catalonia. Legacies can, because of their legal effects, be real or in the form of obligations. Under both assumptions, the legatee will assume all losses, deterioration or detriment affecting the object of the legacy, to which the heir or person encumbered with the legacy is not obliged to respond. That principle has been definitively expressed in the Justinian phrase: *Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit*.

Keywords: Legacies. Types of legacies. *Periculum legatarii*. Legacy-related risk.

SUMARIO: I. Introducción. II. El *periculum legatarii* en las *Instituciones* de Justiniano. III. El riesgo de la cosa legada en los precedentes inmediatos del Código Civil español. IV. El riesgo de la cosa legada en el Código Civil. V. El riesgo en los legados en el Código Civil de Cataluña. VI. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Volvemos de nuevo en esta sede sobre una cuestión que abordamos hace ya un tiempo,¹ pues, aunque no ha sufrido especiales modificaciones, ni tampoco ha habido muchos estudios doctrinales al respecto, sin embargo, ha sido introducida en el Código Civil catalán por medio de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Ello nos ha llevado a analizar si su actual plasmación legal se corresponde con aquella que se estableció en el ordenamiento jurídico romano o ha sufrido alguna variación. El objetivo de este trabajo, por lo tanto, es conocer quién y por qué ha de soportar el detrimento del objeto legado en todos aquellos supuestos de pérdida, deterioro o menoscabo englobados bajo el concepto de riesgo.

Es de todos conocido, que el objeto legado, en el tránsito que soporta desde el fallecimiento del causante hasta la plena efectiva disposición por parte del legatario, puede sufrir pérdidas o deterioros inimputables, en atención a los criterios habituales de imputación de la responsabilidad (dolo, culpa, custodia, mora, caso fortuito), a los sujetos intervinientes en dicha relación jurídica y que, sin embargo, alguien tendrá que asumir, originando, a nuestro entender, la figura del riesgo y su correspondiente asunción.

La expresión *periculum* deriva de *perire* que constituye la forma pasiva de *perdere*,² sinónimo, a su vez, de *destruere*, *evertere*, *amittere*, *interire* y *perimere*.³ Así, pues, *periculum*, riesgo, converge siempre en la idea de pérdida, destrucción, desaparición, muerte, aniquilamiento, etc., que experimenta un patrimonio, un conjunto de cosas o, simplemente, una sola cosa.⁴ En suma, cuando una *res* perece, se menoscaba

1. MURILLO VILLAR, A., *El riesgo en el legado (Del Derecho romano al Código Civil)*, Burgos, Caja de Ahorros Municipal de Burgos, 1993.

2. Vid. ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, II, (ristampa), Napoli, Jovene, 1980, pp. 250 y ss.

3. FORCELLINI, A., *Lexicon opera et studio*, IV, 1868, s.v. *perdere* y *perire*, citado por ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, Montecorvo, 1972, p. 91.

4. Esta misma impresión nos ofrece Marcelo cuando nos define *periisse*: D.50.16.9 (Ulp. 5 ad ed.). *Marcellus apud Iulianum notat verbo «perisse» et scissum et*

o destruye, perece, se menoscaba o destruye para alguien, provocando el problema de la imputación de la disminución del patrimonio, ya sea una realidad ya sea una expectativa.

Conviene precisar que el término *periculum* en las fuentes romanas no es un concepto unitario, reconducible a una única significación jurídica, sino que por el contrario ofrece una diversidad de matices, con un variado significado que depende del contexto en que se utilice, bien como lenguaje legal, bien como lenguaje ordinario.⁵ Soslayamos el estudio del riesgo en la compraventa y en otras relaciones contractuales, para centrarnos en destacar quién soportará el riesgo en las sucesiones testamentarias con liberalidades de legado, desde que el causante fallezca hasta que el legatario tenga plena disposición, en aquellos casos en que lo legado perezca o se menoscabe sin intervención directa de quienes forman parte en la actividad sucesoria, heredero y legatario. Y ello, porque cuando un legado no se puede cumplir por acontecimientos ajenos a la voluntad de las partes intervinientes, heredero o gravado y legatario, en principio no surge ninguna responsabilidad directamente imputable, sino más bien una situación de asunción de los daños derivados del deterioro o pérdida del legado, lo cual significa hacer frente al *periculum*.

Por sus efectos jurídicos, los legados pueden ser reales u obligacionales. Producirán efectos reales cuando sea un legado traslativo de propiedad o constitutivo de un derecho real, y será un legado de efectos obligatorios si constituye relaciones obligatorias.⁶ Entre los primeros, el legado *per vindicationem* y su forma secundaria, el legado *per*

fractum contineri et vi raptum. Esta *nota* de Marcelo debía formar parte de una exposición que comprendía también la *nota* contenida en D.19.2.41, pues ambas están tomadas del mismo contexto ulpiano. Vid. VOCI, P., «“Diligentia”, “custodia”, “culpa”. I dati fondamentali», *SDHI*, 56, 1990, pp. 77 y ss.

5. Vid. MACCORMACK, G., «Periculum», *ZSS* 96, 1979, pp. 129-172; del mismo autor *Further on periculum*, en *BIDR* 82, 1979, pp. 11-37. MIQUEL, J., «Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale», *ZSS*, 81, 1964, pp. 134 y ss.; breve resumen en *Curso de derecho romano*, Barcelona, PPU, 1987, pp. 358 y ss.

6. FERRINI, C., *Teoria generale dei legati e dei fedecomessi secondo il diritto romano*, ristampa, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1976, pp. 1 y ss. BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 1955, pp. 269 y ss.; también en s.v. «legato (Diritto romano)», en *Noviss. Dig. it.* IX, Torino, 1963, (ristampa 1982), p. 603. GROSSO, G., *I legati nel diritto romano. Parte generale*, 2.^a ed., Torino, Giappi-

praeceptionem, tienen eficacia real. En estos tipos de legados la adquisición del legatario tiene carácter inmediato desde el instante mismo de la aceptación de la herencia por parte del heredero, pues será cuando podrá ejercitar legalmente ya la *vindicatio*.⁷ Por lo tanto, en los legados reales se determina a cargo del heredero una responsabilidad semejante a aquella que deriva del ejercicio de una acción real, lo cual significa que la pérdida, deterioro o menoscabo es por cuenta del legatario, pues es el propietario, lo que significa que a partir del mismo momento en que el heredero acepta la herencia ya no existe posibilidad de *periculum*, pues si el objeto legado es propiedad del legatario este soportará el riesgo. En suma, nunca se podrá responsabilizar al heredero de la pérdida de la cosa, salvo en aquellos supuestos dolosos o culposos sobre la misma. En definitiva, desde el momento de la aceptación de la herencia por el heredero, tratándose de legados reales, no existe posibilidad de *periculum*.

Sin embargo, por lo que respecta a los legados con efectos obligatorios, el legado *per damnationem* y su variante, el legado *sinendi modo*, originan una *obligatio* de *dare e in faciendo*, respectivamente, al heredero,⁸ y un derecho de crédito a favor del legatario al que no se transfiere la propiedad sino la posibilidad de ejercitar una acción personal para hacer valer su crédito contra el heredero y hacerse así transmitir el *dominium* de la cosa legada.

Del legado con efectos obligatorios nace a cargo del gravado una *obligatio ex testamento* análoga a aquella naciente de la *stipulatio*, respecto de la cual, como en toda obligación, surge el problema de la responsabilidad en caso de incumplimiento. Según Gayo 2.204 lo legado *per damnationem*, cuando es aceptada la herencia, no se hace inmediatamente propiedad del legatario, sino que continúa siendo propiedad del heredero,⁹ a diferencia, contrariamente, de lo que sucede en los legados reales. De ello se infiere que, si el objeto legado sigue

chelli, 1962, pp. 74 y ss. VOCI, P., *Diritto ereditario romano, II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 1963, pp. 223 y ss.

7. Vid. Gayo 2.194 y ss. y 2.216.

8. ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2.^a ed., Napoli, Jovene, 1958, p. 20.

9. GINESTA, J., *El legatum per damnationem*, Barcelona, 1989, p. 12, admite esto mismo, sin embargo, p. 38, mantiene que los principios que se deducen de D.31.80 son

siendo propiedad del heredero, y el beneficiario último es el legatario, a quien se deberá transmitir la propiedad, se ha creado una *obligatio* incuestionable en la que el supuesto del riesgo recibe perfecta acogida, ya que en aquellos supuestos de perecimiento o menoscabo en los que no se pueda imputar una responsabilidad subjetiva será preciso argumentar el criterio del *periculum* al objeto de imputar las desventajas. Es decir, en los legados obligatorios, la asunción del riesgo se extiende desde el *dies cedens* hasta el instante mismo en que el legatario tenga la disponibilidad efectiva de lo legado, que se producirá tras la preceptiva y previa transmisión por parte del heredero gravado. Entendemos, pues, que el riesgo comienza para el legatario, excluida su propia responsabilidad, donde termina la responsabilidad del heredero. Como en tema de *stipulatio*,¹⁰ el heredero responderá de la imposibilidad de la ejecución del legado siempre y cuando dicha imposibilidad le sea imputable. De donde se colige que no existirá riesgo cuando el heredero deudor actúa con dolo.

Toda obligación, por su propia naturaleza, origina un estado de inseguridad en el acreedor que perdura hasta el instante mismo de su cumplimiento. Si la obligación se cumple a satisfacción del acreedor, hablando en términos jurídicos, la actividad propia del deudor ha finalizado; sin

perfectamente aplicables al legado *per damnationem* soslayando, a nuestro entender, lo expuesto por Gayo 2.204.

10. Con frecuencia se han equiparado los efectos obligatorios de la *stipulatio* y el legado *per damnationem*, dado que en ambos casos se trata de una *obligatio rem dandi*, en la que hay un deudor (heredero) y un acreedor (legatario) que podrá dirigir contra aquel la *actio ex testamento* análoga a la *actio ex stipulatu*. No detenemos nuestras mientes en este punto, pues al objeto de analizar el *periculum legatarii* resulta en cierto modo irrelevante y superflua su comparación para extraer conclusiones. No obstante, no opina igual CUENA BOY, F., «Sobre el riesgo en los legados en Derecho romano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 82, 1992-1993, pp. 267-284. Sobre el debate de la cuestión apuntada *vid.* FERRINI, C., «Osservazioni sulla responsabilità dell'erede nel legato "per damnationem" di una res certa» en *Opere* IV, Milano, 1930, pp. 207 y ss. MITTEIS, L., «Stipulation und Legat», *ZSS*, 32, 1911, pp. 1 y ss. ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità...*, *cit.*, pp. 9 y ss. VOCI, P., «I limiti della responsabilità nell'adempimento dei legati per damnationem e dei fedecommissi», *SDHI*, 1, 1935, pp. 48 y ss. BIONDI, B., *Successione testamentaria...*, *cit.*, pp. 270 y ss. BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, vol. II, parte I, Padova, Cedam, 1962, pp. 133 y ss. TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Madrid, Edisofer, 2008, p. 652. GINESTA, J., *El «legatum per damnationem»...*, *cit.*, pp. 24 y ss.

embargo, en aquellos supuestos de incumplimiento, de cualesquiera obligación, se hace necesario precisar la responsabilidad de las partes en orden a depurar las posibles consecuencias perjudiciales imputables a aquel que incumplió; es decir, en las obligaciones, si el deudor cumple la prestación, paga o entrega, se cierra su ciclo normal y se extingue la obligación, pero si esta se incumple, no se paga o no se entrega, entonces entra en juego la responsabilidad del deudor. Nos encontramos, pues, ante lo que generalmente se denomina por la doctrina romanística responsabilidad contractual, cuya complejidad es de una extraordinaria magnitud.¹¹ No obstante, soslayamos dicha cuestión para centrarnos en la recepción del *periculum legatarii* hasta llegar al último cuerpo legal vigente en que ha sido contemplado, el Código Civil de Cataluña (CCCat.), a cuya cuestión no se le ha dedicado por la doctrina una especial atención.

II. EL *PERICULUM LEGATarii* EN LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO

Frente a la amplia y variada casuística que nos ofrece Justiniano en el *Digesto*, recogiendo la práctica totalidad de los supuestos que engendran una situación de riesgo para el legatario, nos encontramos con que en sus *Instituciones* (I.2.20.16), se limita a enunciar una regla general y el

11. Reconocemos que hablar de responsabilidad contractual en Roma es un convencionalismo que surge de aplicar conceptos dogmáticos actuales al Derecho romano; sin embargo, ha sido utilizado frecuentemente por los romanistas con finalidad docente y como adecuación al pensamiento moderno, porque, efectivamente, los juristas romanos, conforme a su método casuístico, no teorizaron al respecto, ni elaboraron una teoría general de la responsabilidad contractual. Desde luego, el término responsabilidad contractual es inexacto por cuanto se trata de un problema que concierne a todas las obligaciones, no solamente a aquéllas que tienen como fuente un contrato. Aun siendo ciertas estas premisas, sin embargo, consideramos conveniente utilizar el término responsabilidad contractual, con todas las matizaciones que se quiera, al referirnos a la obligación que surge en los legados productores de efectos obligatorios, pues de ellos nace a cargo del heredero una *obligatio ex testamento*, encuadrada por Justiniano entre las *obligationes quasi ex contractu* (I.3.27.5 y D.44.7.5.2), lo que permite aplicar a las circunstancias testamentarias los principios generales de las *obligationes*.

desarrollo de un evento concreto, la manumisión. Sorprende la contundencia y brevedad con que el emperador se expresa queriendo resumir en pocas palabras lo que los juristas clásicos dijeron en largos discursos.

I.2.20.16. «*Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit. et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. si vero heredis servus legatus fuerit et ipse eum manumiserit, teneri eum Iulianus scripsit, nec interest, scierit an ignoraverit a se legatum esse. sed et si alii donaverit servum et is cui donatus est eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse*».

Este texto es el único de las *Instituciones* que permite extraer la concepción justiniana del riesgo en los legados. Aunque su concisión es abrumadora, en comparación con la casuística de los *Digesta*, esto no debe asombrarnos, pues se trataba de un manual elemental con fines escolásticos, en el que, tal vez, se prefirió la exactitud del principio general a lo abigarrado y complejo que resulta el casuismo clásico.

Para una exégesis provechosa de I.2.20.16 es necesario dividirlo en cuatro partes perfectamente delimitadas, resaltando que el emperador distingue entre cosas y esclavos, lo cual justifica nuestra organización del estudio, pues ambos reciben un tratamiento jurídico, si no diferente, si por lo menos parcialmente distinto.

Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit.

Si se nos preguntase una definición de lo que entendemos por riesgo, seguramente, la más exacta y acertada, la acabamos de transcribir. Justiniano perfila perfectamente las esferas de delimitación del riesgo; si la cosa legada parece sin intervención del heredero, parece para el legatario; es decir, *periculum* es la pérdida de las cosas legadas sin mediación directa del heredero, e imputable al legatario; por consiguiente, *periculum est legatarii*, en el sentido, como dice Betti,¹² de que el acreedor legatario no puede ejercitar la *actio ex testamento*, y por ello soporta el riesgo del perecimiento.

Resulta, pues, que la cosa legada está determinada en su individualidad concreta, y el perecimiento se produjo con ausencia de un

12. BETTI, E., *Istituzioni...*, cit., p. 346.

comportamiento positivo y causativo del heredero, de donde se deduce que la pérdida será asumida por el legatario por no ser imputable al heredero.¹³ El principal argumento en favor de la afirmación justiniana, que sigue en este tema a la jurisprudencia clásica, es el análisis minucioso de la pérdida imputable; desde el instante mismo en que la pérdida no sea imputable al heredero en atención a los criterios habituales de responsabilidad, la misma se atribuye al legatario.

Aparece en el texto el debatido tema del *factum heredis* (*debitoris*), superando los conceptos de *dolus et culpa*, como criterios de responsabilidad subjetiva. El *factum heredis* plantea serias dudas sobre la naturaleza de esta responsabilidad y su pretendida naturaleza culposa, pero esto no es óbice para defender que el *factum heredis* es un criterio de imputación de responsabilidad, que se concreta en la pérdida, deterioro o cambio legal de la cosa debida, de manera que la imputabilidad del heredero por la imposibilidad sobrevenida causada por un comportamiento suyo voluntario es visto como un *factum*,¹⁴ el cual produce una *perpetuatio obligationis*.¹⁵ Por lo tanto, cualquier evento extraño al *factum heredis*, que haga imposible el cumplimiento del legado comporta la liberación del heredero.¹⁶

Prescindimos de la realización de un estudio en profundidad del *factum heredis*, ateniéndonos a las conclusiones de Torrent,¹⁷ ya que, si bien es un criterio de imputación de responsabilidad, si nos ceñimos a la literalidad del texto la cosa legada pereció *sine facto heredis*, es decir, exonerado el heredero de toda responsabilidad, el riesgo lo asume el legatario. Esta máxima justiniana se compadece con la visión del *periculum* que tuvieron los juristas clásicos. La regla *periculum est legatarii* sirve absolutamente para las cosas,¹⁸ y en parte, según los textos

13. BETTI, E., *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Anno accademico 1957-58, Roma, Edizioni «Ricerche», 1957, p. 43.

14. Sobre el *factum heredis* vid. el concluyente trabajo de TORRENT, A., «Factum debitoris, culpa debitoris, scientia debitoris», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. U. Álvarez Suárez*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1978, pp. 493-517.

15. BETTI, E., *Istituzioni...*, cit., p. 140 n. 30.

16. BIONDI, B., *Successione testamentaria...*, cit., p. 356.

17. TORRENT, A., *Factum debitoris, culpa debitoris, scientia*

18. D.30.108.10 (*Afric. 5 quaest.*); D.30.26.1 (*Pomp. 5 ad Sab.*); D.32.16 (*Pomp. 1 fideic.*); D.35.2.73 pr. (*Gai. 18 ad ed. prov.*); D.32.15 (*Maec. 2 fideic.*);

del *Digesto* y como expone I.2.20.16, para los esclavos,¹⁹ lo que explica la constante distinción *res-servus*, ya que en caso contrario resultaría superfluo todo el resto del texto.

Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres.

Exceptuada la primera frase de I.2.20.16, la parte restante viene referida a la manumisión del esclavo legado, y a las posibles consecuencias perjudiciales para el heredero o el legatario, según de qué supuesto se trate. Resulta llamativo que Justiniano no recoja en sus *Instituciones* la amplia casuística de supuestos que engendran riesgo: circunstancias de fuerza mayor; actos ilícitos de personas ajenas al heredero; ejercicio legítimo de potestades por parte del heredero; fuga del esclavo legado etc., concentrándose en un estudio específico y preciso en torno al riesgo que origina una manumisión.

Si se hubiera legado un esclavo ajeno y este hubiera sido manumitido sin intervención del heredero, este queda exonerado de responsabilidad, es decir, el legatario no percibirá el esclavo. La manumisión del esclavo por su legítimo dueño es un supuesto clarísimo de *periculum*, del que se excluye toda responsabilidad imputable al heredero y al legatario, aunque este será quien sufra el perjuicio. Destaca en el fragmento como preocupación constante del emperador aquella de verificar si ha existido un *factum heredis*, es decir, un comportamiento voluntario del heredero obligado *ex testamento*. Cuando el objeto legado *per damnationem* es un esclavo ajeno, y la prestación sobreviene imposible porque su dueño le ha

D.35.2.30.4 (*Maec. 8 fideic.*); D.36.3.18 pr. (*Scaev. 29 dig.*); D.30.58 (*Pap. 9 resp.*); D.31.65.1 (*Pap. 16 quaest.*); D.33.7.3 pr. (*Pap. 8 resp.*); D.36.1.60(58).1 (*Pap. 9 resp.*); D.36.1.60 (58).6 (*Pap. 9 resp.*); D.36.2.26 pr. (*Pap. 9 resp.*); D.31.49 pr. (*Paul. 5 ad leg. Iul. et Pap.*); D.30.47.6 (*Ulp. 22 ad Sab.*); D.30.53.5 (*Ulp. 25 ad Sab.*); D.30.53.7 (*Ulp. 25 ad Sab.*); D.33.6.13 (*Ulp. 23 ad Sab.*); D.33.1.17.1 (*Lab. II. Post. a lav. epitom.*); D.33.6.5 (*Iul. 15 dig.*); D.36.1.23(22).3 (*Ulp. 5 disput.*); D.36.1.34(33) (*Marc. 8 instit.*).

19. D.30.84.10 (*Iul. 33 dig.*); D.30.108. pr. (*Afric. 5 quaest.*); D.30.36.3 (*Pomp. 6 ad Sab.*); D.30.45.1-2 (*Pomp. 6 ad Sab.*); D.30.67 pr. (*Gai. 1 de leg. ad ed. praet.*); D.30.69.5 (*Gai. 2 de leg. ad ed. praet.*); D.30.35 (*Paul. 3 ad Sab.*); D.30.39 pr. (*Ulp. 21 ad Sab.*); D.30.53.3-4-8-9 (*Ulp. 25 ad Sab.*); D.36.1.23(22).3 (*Ulp. 5 disp.*); D.32.22.2 (*Hermog. 4 iur. epit.*).

conferido la libertad, el heredero no responde de esta imposibilidad sobrevenida, porque no depende de un comportamiento suyo.²⁰

El esclavo, como tal esclavo, al haber sido manumitido por su legítimo dueño, no existe; es decir, el objeto de la prestación se ha extinguido y, por tanto, es imposible su cumplimiento. Se observa, pues, que el heredero no era propietario del esclavo, la manumisión no dependía de una actividad positiva u omisiva suya, es un evento alejado de sus potestades legítimas, de donde se colige que el gravado no será responsable de la concesión de la libertad al esclavo y de la consiguiente pérdida perjudicial para el legatario. En consecuencia, la prestación es imposible para el heredero, el cual no responderá frente al legatario porque se halla ante una imposibilidad sobrevenida ajena a cualquier intervención suya.

Curiosamente, Justiniano no utiliza la misma decisión para el primero que para el segundo de los casos que recoge en I.2.20.16, aun cuando las consecuencias para el legatario sean las mismas: la pérdida del objeto legado. En el primer supuesto decide el emperador que ante el perecimiento de la cosa legada *sine facto heredis, legatario decedit*, mientras que en el segundo caso, si el esclavo ajeno legado hubiese sido manumitido *sine facto heredis, non tenetur heres*. Las consecuencias de la imposibilidad, aun cuando son iguales en ambos casos, resultan ser más contundentes y directas en el primero, *legatario decedit*, que en el segundo, *non tenetur heres*, como si se quisiera comenzar a abrir una puerta a la esperanza del legatario en orden a buscar posibles responsabilidades en las actuaciones del tercero. En conclusión, mientras en la primera hipótesis imputa la pérdida directamente al legatario, en la segunda se limita a excluir de toda posible responsabilidad al heredero, intentando dejar un mayor margen de maniobrabilidad al legatario en orden a depurar responsabilidades antes de asumir la pérdida.

Mucho se ha discutido en torno al origen de I.2.20.16, fijándose con cierta exclusividad en el tercer supuesto que se recoge en el texto, obviando cuanto antecede,²¹ sin tener en cuenta, a nuestro entender, un texto

20. BETTI, E., *Istituzioni...*, cit., p. 346 n. 13.

21. Según FERRINI, C., «In torno ai passi comuni ai digesti ed alle Istituzioni», en *Opere II*, Milano, 1929, p. 195, I.2.20.16 proviene de D.30.112.1, opinión rechaza por VOCI, P., «I limiti della responsabilità nell'adempimento dei legati...», cit., pp. 68 y ss.,

paulino cuya similitud con la segunda frase de I.2.20.16 es palpable; se trata de D.30.35 (*Paul. 3 ad Sab.*). *Si heres alienum hominem dare damnatus sit et hic a domino manumissus sit, nihil ex hoc legato debetur*. El supuesto es el mismo: el heredero obligado a dar un esclavo ajeno que ha sido manumitido queda exonerado de responsabilidad. La legítima manumisión del esclavo imposibilita el cumplimiento del legado al gravado como si de un caso de fuerza mayor se tratase, transmitiendo al legatario todas las consecuencias perjudiciales de aquel acto del tercero.²²

Si vero heredis servus legatus fuerit et ipse eum manumiserit, teneri eum Iulianus scripsit, nec interest, scierit an ignoraverit a se legatum esse.

Esta parte de I.2.20.16, de incierta procedencia, tal vez de D.30.112.1, sin descartar D.36.1.26(25).2 y todos los textos de origen juliano que abordan la manumisión del esclavo legado,²³ antes que tratar un supuesto evidente de riesgo para el legatario se refiere más bien a la atribución objetiva al heredero de una determinada porción de riesgo. Dice el final del texto que si legado un esclavo del heredero este lo hubiera manumitido queda obligado, con independencia de que supiera o ignorara que había sido legado a su cargo.²⁴ Podría parecernos, en principio, que esta decisión justiniana, por otro lado, de estricto

pero aceptada por TORRENT, A., *Factum debitoris, culpa debitoris, scientia debitoris*, cit., p. 494, que lo compagina con D.36.1.26.2 de origen juliano y toda la cadena de textos que derivan de este jurista, y que tratan de la manumisión del esclavo.

22. La manumisión del esclavo ajeno realizada por su legítimo dueño es un caso de fuerza mayor que exonera al heredero de cualquier responsabilidad, habida cuenta de la imposibilidad de injerirse en los actos de disposición legítima de un tercero. A los efectos del incumplimiento del legado, la manumisión equivale a la muerte natural del siervo, y no es de extrañar que los juristas afirmen que *haec manumissio morti similis sit*. En este sentido se manifiesta Pomponio 9 *epist.*, D.46.3.92 pr.- *Si mihi alienum servum dari promiseris aut testamento dare iussus fueris isque servus, antequam per te staret quo minus dares, a domino manumissus sit, haec manumissio morti similis sit: si autem decessisset, non tenearis*.

23. TORRENT, A., «Factum debitoris, culpa...», cit., pp. 493 y ss. Vid. KASER, M., *Das Römische Privatrecht, I; Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2. Auflage, München, 1971, p. 506 n. 19.

24. BETTI, E., *Istituzioni*, vol. II, parte I, cit., p. 346.

origen clásico,²⁵ no se compadece con la teoría del riesgo que venimos exponiendo, ya que el heredero ha ejercitado una potestad legítima y, sin embargo, no es razón suficiente para exonerarle de responsabilidad.²⁶ La razón, tal vez, deba buscarse en que la manumisión es un *factum* imputable por cuanto se trata de un comportamiento voluntario que produce un daño que hay que reparar,²⁷ y que, en nuestra opinión, no encaja estrictamente dentro del concepto de riesgo, sino que más bien se sitúa en las esferas que lo delimitan.

Se trata, en resumen, de buscar el elemento decisivo que haga factible la imputación de la imposibilidad; como la hipótesis plantea la transferencia de una concreta *res*, el único criterio válido es el *factum* del obligado, es decir, un comportamiento voluntario como causa misma de la imposibilidad, comportamiento que el emperador tiene en cuenta en las dos primeras hipótesis para eximir de responsabilidad al heredero. El heredero, claro está, tiene que responder por la manumisión del esclavo, de donde se desprende un riesgo compartido; riesgo para el legatario que se aprecia en la consecuencia perjudicial de privación del esclavo legado aun cuando se le satisfaga su *aestimatio*; y riesgo para el heredero derivado de la manumisión ya que, aun tratándose del ejercicio de una potestad legítima, esta le va a acarrear unos perjuicios por cuanto va a tener que responder del *pretium* del esclavo.

Esta solución justinianea, que en principio pudiera sorprendernos, no es ajena a la *ratio* clásica de imputación compartida del riesgo; baste recordar las consecuencias que para el heredero supone la fuga del esclavo legado en orden a su búsqueda y, si culmina satisfactoriamente, su posterior entrega, cuyos gastos debe sufragar, independientemente del futuro éxito o fracaso de la persecución. En consecuencia, y con más razón, no se puede privar al heredero de responsabilidad cuando la imposibilidad de la prestación es debida a un hecho suyo voluntario, la manumisión.

Lo mismo debe decirse cuando el heredero, ignorando el legado, ha donado el esclavo a un tercero y este lo ha manumitido.

Sed et si alii donaverit servum et is cui donatus est eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse.

25. TORRENT, A., «Factum debitoris, culpa...», *cit.*, p. 496.

26. En sentido semejante, pero hipótesis diferente, D.30.53.4.

27. TORRENT, A., «Factum debitoris, culpa...», *cit.*, p. 517.

Nos encontramos de nuevo ante una pérdida imputable; el cumplimiento de la prestación es imposible para el obligado, y como dicha imposibilidad deriva de un *factum* suyo voluntario, la responsabilidad subsiste, *tenetur heres*. Se observa, pues, que el ejercicio de potestades legítimas que impiden el exacto cumplimiento de la *voluntas testatoris* no eximen de responsabilidad al heredero, lo que representa un intento de evitar un beneficio al gravado en detrimento del beneficiado, pues se estaría contradiciendo frontalmente el *animus* del causante.

En consecuencia, la decisión del emperador responde a la ausencia de razones objetivas que justifiquen una disminución patrimonial en perjuicio del legatario, manteniendo firme el principio de que la cosa debe ser entregada en la situación en que se encuentre cuando se abra la sucesión, evitando cualquier ventaja para el heredero que acarree un daño para el beneficiado con la disposición del legado.

III. EL RIESGO DE LA COSA LEGADA EN LOS PRECEDENTES INMEDIATOS DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

El Código Civil español, en su artículo 882.2, fiel a sus raíces romanas, ordena el traspaso del riesgo de la cosa legada al legatario. Los precedentes legales de este párrafo se podrían justificar, sin violentar las fuentes, en la jurisprudencia clásica romana y en las *Instituciones* de Justiniano; sin embargo, los precedentes inmediatos parecen ser *Partida* 6.9.41; artículo 698 del Proyecto de 1851 y artículo 867 del Anteproyecto del Código Civil de 1882.²⁸

P.6.9.41. «(Como se desata la manda, si la cosa de que es fecha, se pierde, o se muere) [...] Si la cosa que oviese mandada el testador á otro señaladamente, se perdiessse despues, o si se muriesse sin culpa del heredero, desatase por ende la manda, e non seria tenuto

28. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil. Comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*, t. XV, Madrid, 1899, p. 330. RIMBLAS, J., Y MAJADA, A., *Código Civil. Interpretado y anotado, con arreglo a las modificaciones introducidas por ley de 24 de abril de 1958*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 561. ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XII, vol. I, Madrid, EDESA, 1981, p. 279.

el heredero de la cumplir. Pero si dubdassen si se perdiera aquella cosa por su culpa del heredero, o si fuera traspuesta o escondida con su sabiduria, estonce deve el dar tal recabdo, que si paresciesse aquella cosa, que la de a aquel a quien fue mandada. E dezimos que estonce se pierde la cosa por culpa del heredero, quando non la guardasse, o non la fiziesse guardar, assi como las otras sus cosas, o se perdio detardando á sabiendas de la dar, por non querer ó por negligencia del. E por ende la deve pechar el heredero a aquel a quien fue mandada: fueras ende, si el testador ovisse fecha manda a otro de algun siervo, e despues le fallase, el heredero con su muger, o con su fija e lo matasse. Ca estonce non seria tenuto de cumplir la manda, nin de pechar ninguna cosa por el, aquel quien fue mandado tal siervo».

Las reminiscencias romanas se constatan con una claridad meridiana. El código alfonsino no hace una especial distinción entre los distintos tipos de mandas (legados) a diferencia del Derecho romano o de nuestro C. C. En la P.6.9.41 no se especifica con claridad si los supuestos de pérdida o extinción de la cosa legada se refieren a un legado *per vindicationem* o a un legado *per damnationem*; sin embargo, de una lectura atenta de las *Partidas* se obtiene como resultado el subyacente conocimiento alfonsino de la doble distinción. Por ello, no aflora ninguna dificultad en admitir que en P.6.9.34 se regula un legado de efectos reales.

P.6.9.34. «[...] E decimos que luego que el testador es muerto, pasa el señorío de la cosa mandada á aquel á quien es fecha la manda. E maguer muera ante que el heredero del testador entre la heredad... heredará aquella manda el su heredero».

Ahora bien, como dice Arias Bonet,²⁹ «si nos guiáramos únicamente por la letra de la ley 34 nos pronunciaríamos por un reconocimiento exclusivo de un legado de tipo vindicatorio, pero a lo largo del articulado del título se reconocen mandas que solo son concebibles bajo la forma de legado con efectos meramente obligatorios». En efecto,

29. ARIAS BONET, J. A., «Sobre la permanencia de la *actio legis Aquiliae* en la doctrina jurídica medieval», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Madrid, 1988, p. 211 n. 12.

esto sucede –apunta Arias Bonet– en el legado de cosa ajena admitido por la ley 10 (*Cosas que pueden ser objeto de legado*).

P.6.9.10. «El testador puede facer mandas de las cosas suyas como de las de aquel que establece por heredero; é tenuto es de dar ó pagar las tales cosas. Otrósi, si el testador mandase cosa agena á otrí, sabiendo que non era suya nin de su heredero, tenuto es de la comprar é de darla á quien fué manadada».

Admitido, pues, que en el código alfonsino se recoge la distinción entre legados con efectos reales y legados con efectos obligatorios, aun cuando dicha distinción no se establezca muy claramente, veamos cómo se regula la temática del riesgo. Se insiste, en la *Partida* 6.9.41 supra escrita, en la exoneración de responsabilidad del heredero en orden a la justificación de la asunción del riesgo por el legatario. Cuando la cosa mandada (legada), se pierde o muere se extingue el legado y el heredero queda exento de responsabilidad si tales eventos ocurrieron sin su culpa.³⁰ Se trata, a nuestro entender, de una simple ampliación retórica de lo previsto en I.2.20.16 y de algunos textos del *Digesto*.

El riesgo se constriñe a los supuestos de muerte o pérdida de la cosa legada no imputables bajo ningún concepto al heredero. La ley 41, si bien en su párrafo 1.º, utiliza el término general, sin más, de «culpa del heredero», dedica todo el comentario que sigue a explicar hasta dónde llega la responsabilidad del gravado, que, utilizando, permítasenos, la dogmática moderna, lo extiende hasta los campos del dolo, culpa, custodia y mora, delimitando con perfección sublime las esferas exteriores del riesgo.

Ausentes en el comportamiento del heredero esas circunstancias que pueden hacerle responder ante el legatario, será este quien deba pechar con las consecuencias perjudiciales que origina la pérdida o muerte de la cosa legada. Evidentemente, como dice Benito Gutiérrez,³¹ esto solo tiene lugar en el legado de especie, no en el de género y cantidad, los cuales según el principio de derecho nunca perecen, ni cuando

30. *Las Siete Partidas* glosadas por GREGORIO LÓPEZ, Salamanca, 1555, (Madrid, 1974), p. 74, *vid.* glosa a) *del heredero*.

31. GUTIÉRREZ, B., *Código o estudios fundamentales sobre el derecho civil español. t. III*, Madrid, 1863, (ed. facsimilar, Valladolid, 1988), p. 465.

perezca por culpa del heredero: *sed si culpa heredis res periit, statim damnandus est*.

Nuestro vigente artículo 882.2 C. C., si bien es cierto que plasma el espíritu de la regla *periculum est legatarii*, de estricto origen romano, que en su día recaló en P.6.9.41,³² presenta una diferencia sustancial con sus precedentes, que consiste en la eliminación expresa de cualquier tipo de responsabilidad del heredero. A saber, el artículo 882, copia literal del artículo 867 del Anteproyecto de Código, salvo el final del párrafo 1.º, resulta ser una transcripción del artículo 698 del Proyecto de 1851, en el cual ya se prescinde totalmente de cualquier referencia expresa o tácita a la exoneración de responsabilidad del heredero, deducible, por otro lado, del cuerpo general del Código.

Art.698 (Proyecto 1851). «Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere, y hace suyos los frutos pendientes y futuros.

32. No obstante, el origen de P.6.9.41 se puede observar en otras leyes del propio Alfonso X tendentes a regular cómo se desatan las mandas; nos referimos al *Fuero Real* lib.3, Tít. 5, leyes 2 y 4, que si bien es cierto que no están dedicadas a la concreta temática que nos ocupa, si dejan entrever una postura sancionadora de los beneficios transmitidos al legatario cuando la manda sufre alguna transformación. La relación entre P.6.9.41 y F. R.3.5.2 ya fue apuntada en el siglo XIX (*Los Códigos españoles concordados y anotados*, tomo IV. *Código de las Siete Partidas*, tomo III, que contiene la sexta y la séptima Partida, Madrid, 1848, p. 160), resultando de interés, a nuestro entender, realizar también una concordancia con la ley 4 de dicho Fuero, aun cuando las dificultades de interpretación sean grandes debido, sobre todo, a la indefinición de los términos usados, que no permiten apreciar el contenido real que se les quiso dar.

F. R.3.5, ley 2.- «Si después que alguno fiziere su manda, quier seyendo sano quier enfermo, e después fiziere otra manda en qualquier tiempo que sea en qualquier daquellas cosas que primeramente auie mandadas, uala la postremera manda. Otrossi aquellas cosas que primero auie mandadas o algunas dellas diere o enagenare, la manda que auie fecha daquellas cosas non uala, maguer que nombradamiente no la desfizo, ca tanto uale que la desfaga por fecho como por palabra; e si aquello que auie mandado o alguna cosa dello non lo enagenare o non lo desmandare por palabra nin lo mandare a otri en manda que después faga, uala aquello que auie mandado».

F. R.3.5, ley 4.- «Si algún omne fiziere manda e lo que dexare pora la manda non cumpliere, mengue a cada uno daquellos que la an de auer segund la quantía que mandó a cada uno».

La cosa legada correrá desde el mismo instante á riesgo del legatario; y en cuanto á su pérdida, aumento ó deterioros posteriores, se observará lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 981 (el que tiene á su cargo el riesgo de la cosa, debe sufrir su pérdida ó deterioro; pero se aprovechará también de su aumento ó mejora)».

La transmisión del riesgo en el artículo 698 (Proy. 1851) es una consecuencia de la transmisión del dominio al legatario desde el instante mismo del fallecimiento del testador, ya que *res suo domino perit*,³³ es decir, la transmisión del riesgo «es una consecuencia tan justa como necesaria: lo cómodo y lo incómodo, lo útil y lo gravoso de la cosa corresponden a su dueño».³⁴

IV. EL RIESGO DE LA COSA LEGADA EN EL CÓDIGO CIVIL

Nuestro C. C., que evidentemente sigue al Derecho romano, distingue dos tipos de legados. Por un lado, el legado *per damnationem*, por utilizar terminología romana, que es un legado con eficacia obligacional. Por medio de este tipo de legados el causante impone al heredero (o al legatario) la obligación de efectuar una prestación en favor del legatario, la cual puede consistir en la transmisión de una cosa, de un derecho real, e incluso de una cosa ajena, o simplemente proporcionar cualquier tipo de prestación. Se trata, pues, de un legado de eficacia diferida, por medio del cual se transmite un derecho de crédito.

Por otro lado, el legado *per vindicationem*, de eficacia real, inmediata o dispositiva, a través del cual se transfiere una cosa específica y determinada, propia del testador, e incluso un derecho, que muy bien puede ser un crédito contra un tercero. Con este modo de transmisión el

33. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852 (reimp. Zaragoza, 1974), p. 375.

34. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios...*, cit., p. 520, localiza su antecedente en P.7.33.10 y 29.

legatario se hace inmediatamente propietario de la cosa legada desde el instante mismo de la muerte del causante (art. 882.1).

Art.882 C. C. «Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.

La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora».

La primera cuestión que debemos plantearnos, antes de abordar otros problemas, es si tiene algún sentido cuestionarse el riesgo en ambos tipos de legados o si, por el contrario, debe ceñirse exclusivamente al legado obligatorio, a imagen y semejanza de lo que hemos visto sucedía en el Derecho romano. El C. C. español alude al riesgo en el mismo artículo 882 en que se recoge el concepto del legado real, inmediato o dispositivo, como gusta de llamar la moderna doctrina. A nuestro entender, hablar del riesgo en sentido técnico en el legado *per vindicationem* resulta superfluo. Si el legatario adquiere la propiedad del objeto legado desde el instante mismo en el que el testador fallece, es decir, la transmisión del derecho se produce en favor del legatario de manera directa e inmediata, no corresponde hablar de riesgo, pues resulta ser una consecuencia lógica de la adquisición de la propiedad, y de la aplicación del principio *res perit domino*,³⁵ aplicable únicamente en los legados *per vindicationem* y no en los legados *per damnationem*.

Si el riesgo se encuentra engarzado a la responsabilidad comportando *ipso iure* una exoneración de la misma, y dado que no existe sujeto intermedio al que poder imputársela, por qué se ha de hablar de riesgo, cuando el derecho *recta via* pasó del causante al legatario. A lo sumo podremos hablar de un riesgo impropio, que es el que cualquiera sufre o puede sufrir en sus cosas, pero no un riesgo en sentido jurídico, pues evidentemente, si la cosa parece por caso fortuito, parece para su

35. Con la pertinente aplicación del principio *res perit domino* no se soluciona de forma absoluta el problema del riesgo en todos los tipos de legados, sin embargo, es un criterio muy socorrido, aun cuando no definitivo para explicar el *periculum*. Vid. en este sentido, ALBACAR, J. L., MARTÍN GRANIZO, M., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, tomo III, Madrid, 1991, p. 873.

propietario, y si sufre daños o perjuicios se deberá depurar la correspondiente responsabilidad.

Sin embargo, se afirma que el legado real también produce un efecto obligatorio,³⁶ pues el gravado ha de desempeñar la actividad precisa para el traspaso correspondiente del derecho adquirido por el legatario, es decir, el traspaso de la posesión, no la transmisión de un derecho. Obviamente, esta interpretación es una consecuencia directa del artículo 885, pero esto no empieza para que el legatario ya sea propietario *ab initio*, por más que necesite el traspaso de la posesión o entrega de la cosa legada.³⁷

De esta obligación añadida, en caso de incumplimiento, derivará una responsabilidad directamente imputable al gravado, pero no es posible hablar de riesgo porque el legatario ya era propietario con independencia de la entrega o puesta a disposición; es decir, para que haya riesgo es imprescindible un tiempo intermedio entre el fallecimiento del causante y la plena disposición del derecho, circunstancia que no se produce en el legado real, dado que la transmisión y la adquisición del derecho son simultáneos, aun cuando no se tenga la cosa, a diferencia de lo que sucede en el legado de eficacia obligatoria.

En consecuencia, en términos puristas únicamente es posible hablar de riesgo en los legados *per damnationem*, en los que el legatario es un acreedor de la cosa legada, pues la titularidad dominical corresponde al gravado hasta el momento de la entrega. Este tipo de legados representan para el legatario exclusivamente un derecho en su favor, derecho que no existía en el patrimonio del difunto,³⁸ y que el gravado debe transmitir, no únicamente dar su posesión.

36. SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Comentario del Código Civil I. Artículo 882*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, (Dir. Paz-Ares, C., *et alii*), pp. 2152 y ss. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil V, Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1987, p. 287.

37. *Vid.* GARCÍA GARRIDO, M. J., «Posesión civilísima y legado», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor U. Álvarez Suárez*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1978, pp. 159 y ss., acerca de la supuesta antinomia entre el artículo 882 y el artículo 885 del C. C., y su correspondiente interpretación histórica.

38. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil V. Derecho de sucesiones...*, *cit.*, p. 287.

Si admitimos que la cuestión del riesgo se circunscribe a los legados de eficacia diferida u obligatorios, a qué razones obedece que el artículo 882.2 impute el riesgo, sin más premisas, al legatario. Como dice Sánchez Calero,³⁹ si se hiciera depender el riesgo fortuito de la cosa de la titularidad dominical, en los legados con efectos obligatorios, no habría que atribuírsela al legatario sino al gravado en cuanto propietario de la cosa hasta el momento de la entrega. Sin embargo, el C. C. atribuye el riesgo al legatario, y en esto coincidimos con Sánchez Calero, porque «el riesgo o provecho es atribuido al legatario en cuanto acreedor de la prestación de entrega, no en cuanto propietario. Por la misma razón, si la pérdida o menoscabo de la cosa se produce por culpa del heredero o de un tercero, corresponderá al legatario contra el culpable la pertinente acción de indemnización». En consecuencia, nuestro C. C. en un alarde de coherencia imputa del mismo modo los provechos⁴⁰ y los perjuicios, pudiéndose entender el inciso final del artículo 882.2: «se aprovechará de su aumento o mejora», como una justificación de la imputación del riesgo al legatario, lo que soslaya expresamente la titularidad dominical del gravado y sus consecuencias habituales.

El C. C., en el artículo 882.2, se limita a recoger la justificación de la transmisión del riesgo que deriva jurídicamente de su condición de dueño de la cosa legada, pues si se aprovecha de los aumentos o mejoras también soportará su pérdida y deterioro.⁴¹ Esta afirmación, sin matizaciones, podría llevarnos al absurdo, pues no siempre que se produzca la pérdida o deterioro lo ha de soportar el legatario.

Art.869.3 C. C. El legado quedará sin efecto: si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero.

Resulta evidente que el legislador prefirió dejar patente que el riesgo deriva de los supuestos en que el legado quede sin efecto no interviniendo culpa del heredero, pues en caso contrario se le imputará la

39. SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Comentario del Código Civil. Artículo 882...*, cit., p. 2154.

40. Por ejemplo, las accesiones de los artículos 366 y ss.

41. MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1898, pp. 629-630.

responsabilidad. El tenor literal del artículo 869.3 plantea ciertas dudas al tener que interpretar las palabras: «si la cosa legada perece del todo». Si el objeto legado pereciese del todo en vida del testador el legado se extingue; por el contrario, si esto sucediese solamente a una parte, o afectando a toda quedase un resto, el legado subsiste en la parte no afectada o en el resto (*vid.* artículo 883).⁴² No obstante, si el perecimiento de todo el objeto legado ocurriese después de la muerte del testador, conforme al artículo 869.3, el legado quedará sin efecto. Del tenor literal de esta disposición se desprende un flagrante error en nuestro C. C., pues, aunque la cosa perezca después de fallecido el testador, el legado surte efectos, ya que el legatario-propietario había adquirido la propiedad de la cosa desde el mismo instante del fallecimiento del causante,⁴³ que tendrá derecho a los frutos o a cuanto reste, o en su ausencia al menos a ejercitar los derechos inherentes al título de legatario, como consecuencia propia de la eficacia del legado.

¿Qué sucede si la cosa legada no perece del todo, es decir, simplemente se deteriora después de la muerte del testador? Supongamos que el heredero ha intervenido pero la cosa no llega a perecer, solamente se menoscaba, ¿No responderá también el heredero? Conforme al artículo 869.3, no, pues el objeto legado no pereció del todo. Aparentemente, nos encontramos con una laguna legal, sin embargo, felizmente, el problema queda resuelto con el principio que expone el artículo 1101, según el cual: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas». De este modo, aplicando el derecho de obligaciones, se podrá exigir, bien al heredero, bien al tercero, la correspondiente responsabilidad. Se deduce, en consecuencia, que la *lectio* del artículo 869.3 resulta ser que, si la cosa se ha perdido por caso fortuito, el gravado no responde, no deberá realizar la correspondiente entrega, asumiendo dicho riesgo el legatario.

42. SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Comentario del Código Civil I. Artículo 882...*, cit., p. 2125.

43. SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Comentario del Código Civil I. Artículo 882...*, cit., p. 2126.

Por tanto, el artículo 882.2 necesita el auxilio de los artículos 869.3 y 1101, para una perfecta comprensión, y el riesgo al que alude «se refiere a la pérdida ó deterioro de la cosa legada que ocurriese, estando ésta aun por entregar, en virtud de caso fortuito, del cual es sabido nadie responde, ó por voluntad del legatario, hallándose ya dicha cosa en su poder; lo que bien natural y comprensible debe parecer».⁴⁴ Es más, según Albaladejo,⁴⁵ «parece claro que aplicando el artículo 1183, se presumirá que el daño o pérdida de la cosa legada que se halle en poder del heredero, ocurrieron por su culpa, salvo prueba en contrario»; con lo cual, la imputación del riesgo al legatario no es tan directa como a primera vista resulta del artículo 882.2, sino que necesita un análisis detenido de las circunstancias y hechos que motivaron la pérdida o deterioro, que puedan, dado el caso, permitir al legatario reclamar el pertinente derecho de reparación o indemnización.

Finalmente, queremos apuntar, que aunque con una interpretación integradora del C. C. el heredero no queda impune, es preciso, para conseguir tales efectos, acudir a la regulación de las obligaciones y contratos, artículos 1101 y 1183, lo que demuestra una carencia legislativa respecto al riesgo en materia de legados, situación bien diferente a la que rigió en Derecho romano, en donde la materia del *periculum legatarii* goza de una autonomía funcional, con algunas particularidades, independiente del *periculum*, como figura jurídica general, aplicable a los contratos sinalagmáticos y relaciones de otra naturaleza.

Resulta obvio, pues, que la imputación del riesgo conforme a nuestro C. C. la debe soportar el legatario en virtud de los artículos 882.2 y 869.3, pero sin olvidar nunca que para una recta interpretación de esta disposición es imprescindible acudir en su auxilio con lo regulado en el derecho de obligaciones, especialmente los arts.1096, 1101, 1182, 1183 y 1452, pues el legado por su propia naturaleza tiene eficacia obligatoria.⁴⁶

44. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil...*, cit., p. 344.

45. ALBALADEJO, M., *Comentarios, t. XII, vol. I...*, cit., p. 288.

46. Vid. CRISCUOLI, G., *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 41 y ss.

V. EL RIESGO EN LOS LEGADOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

A diferencia del Código Civil español, el Código Civil catalán procede a regular el riesgo en los legados con una sistemática pedagógica que hace casi innecesaria su interpretación para ser aplicado. El CCCat. a partir de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones,⁴⁷ regula el riesgo en el legado en el artículo 427-19. Riesgos.

1. La cosa legada debe entregarse al legatario en el estado en que se halle en el momento de la muerte del causante.

2. En los legados con eficacia real, la pérdida o el deterioro de la cosa producidos antes de la entrega los sufre el legatario, salvo que la persona gravada haya incurrido en culpa o mora.

3. En los legados genéricos o alternativos, el riesgo se transmite al legatario desde el momento en que se le notifica la especificación y la puesta a disposición. En los demás legados obligacionales, el riesgo se transmite al legatario desde el momento en que la persona gravada le comunica su predisposición al cumplimiento.

Tres partes perfectamente diferenciadas ha establecido el legislador catalán. En primer lugar, se indica que el momento de la muerte del causante es el determinante del estado en que debe ser entregada la cosa legada. Realmente, esta afirmación es plenamente coherente con la

47. No consta antecedente de este artículo en la derogada Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho civil de Cataluña, salvo lo previsto en su artículo 307. El legado se extingue por quedar la cosa fuera del comercio, por pérdida de la cosa o por imposibilidad de la prestación, si suceden antes de la delación y sin culpa de la persona gravada.

El cambio de especie o la transformación sustancial de la cosa mueble legada que le haga perder la forma o la denominación se equiparará a la pérdida y extinguirá el legado, salvo que pueda deducirse que la voluntad del testador era legar en sustitución la nueva cosa o, si procede, una parte indivisa de ella, o la indemnización que sea adecuada en los casos de adunción o de conmixción.

Quedará también extinguido el legado de cosa cierta si, luego de ser ordenado, lo adquiere el propio legatario, pero si lo adquirió a título oneroso de persona que no fuera el testador, se entenderá legado el precio que se pagó por él como contraprestación.

adquisición automática al momento de la delación (art. 427-14.1 y 427-15.1 y 3), pero es una afirmación de principio pues no siempre es posible, aunque el heredero o gravado actúe con la mayor diligencia, entregar la cosa en idéntico estado al que se hallaba en el momento de la muerte del causante; «por tanto, la consecuencia que debe extraerse –pues demora en la entrega siempre habrá, aunque sea de días (como consecuencia de la previa obtención de los certificados de defunción, de últimas voluntades y la copia autorizada del testamento o codicilo)– es que el heredero o gravado de legado debe abstenerse de cualquier alteración o modificación, así como debe conservarla con la diligencia propia de su obligación». ⁴⁸ Ahora bien, cuando el objeto de un legado sea la entrega de una cosa y se halle sometido a plazo o condición suspensiva, la cosa se entregará en el estado en que se encuentre en el momento del transcurso del plazo o del cumplimiento de la condición. ⁴⁹

En segundo lugar, refiere el riesgo en los legados de efectos reales, en los que, como consecuencia de la adquisición automática de la propiedad con la delación, si la pérdida o el deterioro de la cosa legada se producen antes de la entrega, los sufre el legatario, siempre que no deriven de actos de responsabilidad imputables al heredero o gravado por culpa o dolo, o porque haya incurrido en mora, en cuyos casos se aplicarán las reglas propias de la materia de obligaciones.

En tercer lugar, se aborda la cuestión de los legados obligacionales (párrafo 3.º *in fine*), y se establece que el riesgo se transmite al legatario desde el momento en que la persona gravada le comunica su predisposición al cumplimiento. Importante señalar que «no se requiere de ninguna formalidad en la notificación, cosa distinta será la necesidad de su fehaciencia (de lo que goza el acta notarial), siquiera sea a efectos probatorios, y sin necesidad de que el conocimiento por parte del legatario sea anterior al hecho de que pueda producir la pérdida de la cosa,

48. SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Comentario Artículo 427-19. Riesgos. Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones», en E. Roca Trías (coord. gral.). L. Juo Mirabent (coord. volumen: Ll.), en *Código Civil de Cataluña. Comentarios. Libro IV. Sucesiones (Serie Oro)*, Barcelona, SEPIN, 2012.

49. PUIG BLANES, F. DE P. Y SOSPEDRA NAVAS, F. J., (coords.), *Artículo 427-19 Riesgos*, en *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, tomo II, Navarra, Civitas, 2020, pp. 282-283.

pues de lo que se trata es de la liberación del obligado, no de que el legatario la haya podido recibir». ⁵⁰ En el mismo párrafo 3.º se contempla la posibilidad del riesgo en los legados genéricos o alternativos, en los que será fundamental la determinación del objeto legado como momento definitivo del riesgo. Es decir, que tan pronto como se haga la especificación y se le notifique al legatario la puesta a su disposición del objeto legado, el riesgo pasa al legatario. ⁵¹

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El emperador Justiniano (I.2.20.16) enunció una regla general acerca de la imputación del riesgo en el legado, que vino a resumir en pocas palabras lo que los juristas clásicos dijeron en largos discursos. Dispone dicha regla: *Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit*. Probablemente, si se preguntase por una definición de *periculum* y su correspondiente imputación, seguramente esta es la más exacta y acertada. Justiniano puntualizó con rigor las esferas de delimitación del riesgo: si la cosa legada perece sin intervención del heredero, perece para el legatario. Es decir, por *periculum* ha de entenderse la pérdida de las cosas legadas sin mediación directa del heredero o gravado, de donde se colige que dicha pérdida será endosable al legatario; por consiguiente, *periculum est legatarii*, pues al legatario acreedor se le priva del ejercicio de la *actio ex testamento*, debiendo soportar en consecuencia el riesgo del pericimimiento.

En las fuentes jurídicas intermedias se insiste, especialmente en *Partida* 6.9.41, en la exoneración de responsabilidad del heredero en orden a la justificación de la asunción del riesgo por el legatario. Así, cuando la cosa legada se pierde o muere se extingue el legado, quedando el heredero exento de responsabilidad si tales eventos hubieran tenido lugar sin su culpa. Se trata, a nuestro entender, de una simple

50. SERRANO DE NICOLÁS, Á., *Comentario Artículo 427-19. Riesgos...*, cit.

51. GARCÍA VILA, J. A., *Los legados en el Código Civil de Cataluña*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 253-256, en donde detalla los diferentes supuestos de los riesgos de la cosa legada y la responsabilidad del gravado. GETE-ALONSO, M.ª DEL C. - SOLÉ RESINA, J., *LLiçons de dret civil català VII. Dret de Successions*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 163.

ampliación retórica de lo previsto en I.2.20.16 y en algunos textos del *Digesto*.

Del Código Civil español se desprende que la imputación del riesgo la debe soportar el legatario en virtud de lo establecido en los artículos 882.2 y 869.3, sin olvidar que para su recta interpretación y aplicación es imprescindible acudir en su auxilio con lo regulado en el derecho de obligaciones, especialmente en los artículos 1.096, 1.101, 1.182, 1.183 y 1.452, pues el legado por su propia naturaleza tiene eficacia obligatoria. Por otro lado, el C. C. español diferencia entre legados reales y obligacionales. Los primeros atribuyen al legatario la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, sin embargo, hablar del riesgo en sentido técnico en este tipo de legados resulta superfluo. Si el legatario adquiere la propiedad del objeto legado desde el instante mismo en el que el testador fallece, la asunción del riesgo es una consecuencia lógica de la adquisición de la propiedad y de la aplicación del principio *res perit domino*. Por el contrario, los legados obligacionales atribuyen al legatario un derecho de crédito protegido por una acción personal contra el gravado para exigirle su cumplimiento. En este tipo de legados el riesgo lo asume el legatario en cuanto acreedor de la prestación de entrega, no como propietario. En consecuencia, nuestro C. C. atribuye del mismo modo los provechos y los perjuicios, pudiéndose entender el inciso final del artículo 882.2: «se aprovechará de su aumento o mejora», como una justificación de la imputación del riesgo al legatario, lo que soslaya expresamente la titularidad dominical del gravado y sus consecuencias habituales.

Finalmente, anotar que el Derecho civil catalán, fiel a sus orígenes romanos, recoge en el artículo 427-19 CCCat. una sistematización casuística de carácter pedagógico que prácticamente no necesita interpretación. Diferencia entre legados de eficacia real y legados de eficacia obligatoria, en ambos imputa el riesgo al legatario, siempre que la persona gravada con su cumplimiento no incurra en responsabilidad. En definitiva, una vez más, se demuestra que las soluciones aportadas por la jurisprudencia romana han llegado hasta nuestros días sin apenas modificarse. Ello nos permite afirmar que los juristas justinianeos en la actualidad no tendrían ninguna dificultad en proporcionar una solución en materia de riesgo en los legados acorde a la nueva ley catalana, aun desconociéndola, partiendo del propio ordenamiento jurídico romano.