LA ENAJENACIÓN COMO SUPUESTO DE REVOCACIÓN DEL LEGADO: DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO ACTUAL

Alfonso Murillo Villar
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Burgos

1. PLANTEAMIENTO

En el presente estudio abordamos un caso de invalidez sucesiva por cuanto el testador puede revocar el legado tanto antes como después de la perfección del testamento (1). La voluntad de los hombres es cambiante hasta el momento de su muerte, por ello el testador puede privar del legado a los legatarios hasta ese momento. Así, el testador puede modificar su voluntad de concluir un legado hasta el mismísimo momento de perfección del testamento, que tendrá lugar durante el *iter* de redacción del mismo y se puede resumir en tres hipótesis, siempre y cuando el testamento sea escrito y no oral. En primer lugar a través de una declaración expresa y formal de revocación en el mismo texto en que se dispone el legado (2); en segundo lugar, efectuando una cancelación pura y simple del testamento ya reali-

(1) *Vid*. P. Voci, *voce legato (diritto romano),* en *Enciclopedia del diritto,* XXIII, Varese, 1973, 716 ss.

(2) *Tit. Ulp*. 24,29; I. 2.21 *pr*.; D. 30.14 (*Ulp. 15 ad Sab*.); D. 34.4.2 *pr*. (*Pomp. 5 ad Sab*.).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

zado ([3]), y, en tercer lugar, sustituyendo con una nueva disposición de legado a la anteriormente establecida ([4]) o lo que es lo mismo con una *translatio legati*.

Pero no son estos los supuestos que nos ocupan en esta sede sino aquellos que se producen con posterioridad a la redacción de un testamento, testamento que no ha sido modificado ni por otro ni por un codicilo confirmado, pues *in legatis novissima scriptura valet* ([5]). Ello obedece a que la revocación posterior a la perfección de un testamento no puede hacerse directamente, ya sea testamento civil o pretorio ([6]). En las fuentes no se recogen ejemplos de revocación expresa, sí, por el contrario, numerosos de revocación tácita, interesándonos ahora el supuesto de la enajenación de la cosa legada *per damnationem.* La revocación, que puede ser expresa o tácita, consiste en un acto por el cual el mismo testador anula el legado que ha hecho. La revocación de los legados será tácita cuando se produzca un hecho mediante el cual se conozca la voluntad de dejar sin efecto el legado ([7]); entre esos casos cabe incluirse la enajenación. Continúa el autor — Benito Gutiérrez — indicando que entre los motivos que hacen presumir la revocación del legado se encuentra la donación hecha en vida del testador o la enajenación sin necesidad. No obstante, nos preguntamos ¿si la enajenación fuera por necesidad también se revocaría el legado?.

Como dice Petit ([8]), la revocación tácita resulta de ciertos actos incompatibles con la de anular la liberalidad. Uno de ellos es el acto de enajenación de la cosa legada, asunto que nos ocupa en esta sede. Pero no toda enajenación supone revocación; es necesario examinar caso por caso y analizar si el disponente tuvo *animus adimendi*, es decir, voluntad de revocar el legado. Aunque la consideración del *animus adimendi* tal vez sea de origen justinianeo ([9]),

---

([3]) D. 34.4.16 (*Paul. ex lib. sing. de iur. codic.*).

([4]) D. 34.4.6 *pr.* (*Paul. 5 ad leg. Iul. et Pap.*).

([5]) D. 28.6.16 *pr.* (*Pomp. 3 ad Sab.*); D. 30.12.3 (*Pomp. 3 ad Sab.*); D. 34.4.6.2 (*Paul. 5 ad leg. Iul et Pap.*); D. 35.1.51 *pr.* (*Mod. 5 diff.*); D. 35.1.89 (*Val. 1 de fideic.*).

([6]) P. VOCI, *Legato, cit.*, 717.

([7]) B. GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Tomo 7, 1.ª ed., Madrid, 1874, 359 ss.

([8]) E. PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. esp., 17.ª ed., México, 2001, 570.

([9]) A. TRABUCCHI, *voce legato (diritto romano),* en *Nov.DI*, IX, ristampa, 1982, Torino, 604, nt. 5.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

lo más cierto es que nos hallamos en el campo de la interpretación de la voluntad.

Otros supuestos pueden verse en Voci ([10]), y son entre otros, aquel en que el testador hace un testamento nuevo y no incluye los legados recogidos anteriormente; o destruye una cosa legada o exige el crédito legado o concluye alguno de estos actos con intención de revocar el legado (*animus adimendi*). Asimismo, también revoca tácitamente el legado, previamente dispuesto en testamento, cuando se incurre en enemistad grave con el legatario y no se ha reconducido después, e, igualmente, aunque se discute, cuando el divorcio sobrevenido implicase el ánimo de revocar el legado ya dispuesto a favor del cónyuge ([11]). La revocación del legado por enajenación ha sido muy estudiada en derecho romano, no tanto en derecho intermedio y sí, algo más, en el derecho vigente ([12]).

([10]) VOCI, *ibidem*

([11]) D. 34.2.3 (*Cels. 19 dig.*); D. 32.49.6 (*Ulp. 22 ad Sab.*).

([12]) F. MESSINA VITRANO, *Sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e dei fedecommessi*, en *Annali Seminario Giuridico della Univ. Palermo* 3, 1914, 3 ss.; *L'alienazione della cosa legata o fedecommessa da Celso a Giustiniano*, en *Annali Perugia* 32, 1920, 191 ss.; *Ancora sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e dei fedecommessi*, en *Annali Seminario Giuridico della Univ. di Palermo* 6, 1920, 195 ss.; E. ALBERTARIO, *Sulla revoca tacita dei legati e dei fedecomessi*, en *Studi Pavia* 5, 1919, 67 ss. (también en *Studi di diritto romano IV*, 1946, 41 ss., del cual serán las citas); G. STOLFI, *Questioni sulla revoca tacita del legato,* en *Studi Pugliatti* I, 1935; C. SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas*, en A*nnali Palermo* 17, 1937, 99 ss.; F. DE MARTINO, *Un caso di revoca tacita del legato*, en *Rendiconti Ist. Lombardo*, 71, 1938, 273 ss.; S. SOLAZZI, *Gai 2. 198 e l'alienazione de la cosa legata*, en *Scritti di diritto ed economia in onore di F. Mancaleoni* (*St. Sassaresi* 16), 1938, 185 ss.; el artículo que citaremos será de sus *Scritti di diritto romano IV,* Napoli, 1963, 35 ss.; C. ARNÒ, *L'alienazione della cosa legata*, *Memorie dell'Istituto giuridico della Univ. di Torino*, 44, 1939, 3 ss.; P. KOSCHAKER, *L'alienazione della cosa legata. Conferenze romanistiche tenute nelle Università*, Pavia, 1940, 89 ss.; R. ASTOLFI, *Studi sull'interpretazione della revoca implicita in materia di legati e di manomissioni*, en *SDHI*, 1959, 128 ss.; M. TALAMANCA, *Revoca testamentaria e "translatio legati"*, en *Studi in onore E. Betti IV*, 1963, 179 ss.; G. AZZARITI, *Alienazione o trasformazione della cosa legata e revoca del legato,* en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 4,* 1976, 1620 ss.; A. GUARINO, *"Ademptio libertatis" implicata de "legatum"*, en *Pagine di diritto romano,* 6, 1995, 358 ss.

Por lo que respecta al derecho español *vid*. M. ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XII, Vol. 1.º, 1981, *voce artículo 869*, 133 ss.; y el mismo trabajo está en *Revista de derecho privado*, Tomo 64, 1980, 1075 ss., en cuya primera nota explicativa cita abundante bibliografía que omito repetir.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

2. LA REVOCACIÓN TÁCITA EN DERECHO ROMANO

Quizás uno de los textos más elocuentes sea Gayo 2, 198, que a continuación transcribimos:

> *G. 2, 198. Sed si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum eam alienaverit, plerique putant non solum iure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatoconsulto confirmari. Quod ideo dictum est, quia et si per damnationem aliquis rem suam legaverit eamque postea alienaverit, plerique putant, licet ipso iure debeatur legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repelli, quasi contra voluntatem defuncti petat.*

Resaltan cuestiones tan importantes como el carácter personalísimo de la cosa enajenada, por supuesto previamente legada; el importante valor de la última voluntad del testador, y el rechazo por medio de la *exceptio doli* a cualquier pretensión del legatario. Así, pues, dice el texto, si uno lega una cosa de su propiedad, y después de hacer testamento la enajena, la mayoría (*plerique*) ([13]) piensa que tal legado ni tendrá efectos civiles ni podrá ser ratificado por un senadoconsulto. El legado *per vindicationem* será nulo salvo convalidación *ex senatoconsulto Neroniano*. Como esta convalidación, si se diere, hace valer al legado como si hubiese sido dispuesto *per damnationem*, el régimen será el mismo en los dos casos ([14]). Ello se debe — dice el jurista — a que si uno lega, incluso *per damnationem*, una cosa de su propiedad, y después la enajena, es verdad que el legado obliga en derecho, sin embargo, si el legatario pretendiera reclamarlo, puede ser rechazado con la excepción de dolo malo, como si reclamara contra la voluntad del difunto.

En derecho clásico, la enajenación efectuada por el testador revocaba de pleno derecho el legado *per vindicationem* aún bajo el imperio del senadoconsulto Neroniano. Sin embargo, dice Petit ([15]), en el supuesto de legado

---

([13]) Esta mayoría a la que se refiere Gayo quizás fueran los primeros juristas de la escuela proculeyana. *Vid.* D. 34.2.3 (*Cel. 19 dig.*), en P. VOCI, *Diritto ereditario romano,* Vol. 2. *Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2.ª ed., Milano, 1963, 533 ss. C. ARNÒ, *L'alienazione, cit.*, 50, se atreve a incluir además a S. Iuliano.

([14]) P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, *cit.*, 528.

([15]) E. PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, *cit.*, 570.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

per damnationem, aun cuando el legatario conserva su acción, el heredero podrá oponerle la excepción de dolo malo, basada sobre el cambio de voluntad del testador. Así opinaban casi todos los juristas, si bien tal y como veremos en las Instituciones de Justiniano lo que prevalece es la intención del testador de acuerdo con la naturaleza de la enajenación. No es lo mismo una venta por necesidad urgente que una donación. Es posible, dice D'Ors (16), que en el hecho de otorgar la *exceptio doli* contra la *actio ex testamento* influyera el régimen de los fideicomisos, donde la enajenación revoca siempre el encargo. Opinión también manifestada por Biondi (17), que coincide en que hay que distinguir entre legados y fideicomisos, y posteriormente entre los distintos tipos de legados.

La eficacia de la enajenación como revocación tácita (eficacia directa en el fideicomiso; por medio de la *exceptio doli* en el legado *per damnationem*) parece apoyarse ante todo sobre una valoración típica de la voluntad expresada con la enajenación. Sin embargo, en algunos textos la eficacia parece subordinada a una investigación posterior de la voluntad, lo cual supone que en los supuestos de enajenación voluntaria, valga la revocación, y en los casos de enajenación *necessitate urguente*, no se la considere como tal (18); en otro lugar se exige un requisito positivo de *voluntas adimendi* (19) que de un modo o de otro juega sobre todo allá donde había una solución negativa: *necessitas urguens* (20).

Seguidamente se analizan una serie de textos, sin duda antecedentes del texto de Instituciones de Justiniano, los cuales son especialmente gráficos porque cada uno resalta un detalle que posteriormente, en I. 2.20.12, se recogerán todos juntos. No obstante, precisa Solazzi (21), los textos que hablan de la enajenación no son ni puros ni claros. En Gayo 2, 198, la admisión de la *exceptio doli* no es postclásica, pero ello no significa que el texto sea genuino (22).

D. 34.2.34.1 (Pomp. 9 ad Q. Muc.). Item scribit Quintus Mucius, si maritus uxori, cum haberet quinque pondo auri, legasset ita: "aurum

(16) A. D'ORS, *Derecho privado romano*, 9.ª ed., Pamplona, 1997, 384.
(17) B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni,* 2.ª ed., Milano, 1955, 402.
(18) *Vid.* D. 34.2.34.1-2 (*Pomp. 9 ad Q. Muc.*); D. 34.4.18 (*Mod. 8 diff.*).
(19) I. 2.20.12.
(20) D. 31.22 (*Cel. 21 dig.*); D. 32.11.12-13 (*Ulp. 2 fid.*). Todo ello en G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale,* 2.ª ed., Torino, 1962, 322.
(21) S. SOLAZZI, *Gai. 2.198 e l'alienazione, cit.*, 36.
(22) S. SOLAZZI, *Gai. 2.198 e l'alienazione, cit.*, 44.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

quodcumque uxoris causa paratum esset, uti heres uxori daret", etiamsi libra auri inde venisset et mortis tempore amplius quam quattuor librae non deprehendentur, in totis quinque libris heredem esse obligatum, quoniam articulus est praesentis temporis demonstrationem in se continens. Quod ipsum quantum ad ipsam iuris obligationem pertineat, recte dicetur, id est ut ipso iure heres sit obligatus.

Verum sciendum, si in hoc alienaverit testator inde libram, quod deminuere vellet ex legato uxoris suae, tunc mutata voluntas defuncti locum faciet doli mali exceptioni, ut, si perseveraverit mulier in petendis quinque libris, exceptione doli mali submoveatur. Sed si ex necessitate aliqua compulsus testator, non quod vellet deminuere ex legato, tunc mulieri ipso iure quinque librae auri debebuntur nec doli mali exceptio nocebit adversus petentem ([23]).

De nuevo Pomponio deja constancia de lo necesario que es conocer la voluntad del difunto, pues ella será la que marque el derecho o no al legado cuando el testador enajene todo o parte de la cosa legada, es decir, se busca el motivo por el cual el testador ha sido inducido a enajenar. Las opiniones que mantienen Quinto Mucio Scaevola y Pomponio son diferentes. Se nos informa que un marido que tenía cinco libras de oro se las dejó en un legado *per damnationem* a su mujer, indicando que su heredero le diera cuanto oro esté dispuesto para mi mujer, pero el marido había vendido una libra con lo cual el heredero estará obligado de propio derecho. Ahora bien, dice la parte final del texto, si el testador hubiera enajenado una libra de oro porque quería disminuir el legado de su mujer, entonces, el cambio de voluntad del difunto da lugar a la excepción de dolo malo, de tal forma que si la mujer insistiera en reclamar las cinco libras, se la rechace con la *exceptio doli*. Por el contrario, si el testador lo hizo impelido por alguna necesidad, entonces de propio derecho se deberán a la mujer cinco libras de oro, y no se opondrá la *exeptio doli* a la demandante. Resulta pues que la enajenación, sin indagar cuales sean los motivos, produce siempre la nulidad de la disposición ([24]).

([23]) E. ALBERTARIO, *Sulla revoca tacita, cit.*, en *Studi di diritto romano IV*, 1946, 57; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano*, Roma, 1976, 575, n. 1; F. MESSINA VITRANO, *Sulla doctrina romana della revoca tacita, cit.*, Ann. Palermo, 1917, 19 ss.; también en *L'alienazione de la cosa legata, cit.*, Ann. Perugia, Vol. XXXII, 1920, 193 ss., apuntan alteraciones en distintas partes del texto que responden más a la "*caza de interpolaciones*" que a auténticas alteraciones basadas en criterios rigurosos.

([24]) C. ARNÒ, *L'alienazione, cit.*, 47.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

Resulta evidente, pues, que Q. Mucio no conocía la aplicación de la *exceptio doli*, que por el contrario sí conocía Pomponio. Sin embargo, Pomponio no expone la teoría que Gayo atribuye a la mayoría (*plerique*): que la venta es indicio de la voluntad de revocar. Pero no sólo la venta sino la venta por necesidad ([25]). La razón es que la enajenación puede ser tanto a título oneroso como a título gratuito. De tal forma que la donación supone una voluntad inequívoca de revocar con independencia de que resulte válida o no; lo importante es la voluntad del testador y a la vez donante, como se observa en el texto. Además, la revocación no es una consecuencia legal y absoluta de la enajenación, salvo que se haga valer por la *exceptio doli*, que deberá acordarse caso por caso, y únicamente resultará fundada si el legatario demanda contra la voluntad del difunto: *contra voluntatem defuncti*. Es decir, que la revocación no deriva de la enajenación en si misma sino del ejercicio de la excepción por dolo cuando el legatario haya contrariado la voluntad del disponente ([26]). Pomponio ha intentado una solución armónica: el pretor otorga al gravado la *exceptio doli* cuando la venta se produjo *mera voluntate*, con lo cual el legado será nulo, pero nulo según el derecho honorario; la revocación la niega, en cambio, si el testador ha enajenado bajo el impulso de necesidades familiares. En consecuencia, Pomponio ha intentado una fusión entre aquello que es puramente muciano con aquello que es puramente serviano ([27]).

> *D. 34.4.24.1 (Pap. 8 resp.). Pater hortos instructos filiae legavit: postea quaedam ex mancipiis hortorum uxori donavit. Sive donationes confirmavit sive non confirmavit, posterior voluntas filiae legato potior erit: sed etsi non valeat donatio, tamen minuisse filiae legatum pater intellegitur.*

Papiniano también afronta en este fragmento las consecuencias revocatorias de la donación de una cosa previamente legada. Se aborda un supuesto en que un padre legó a su hija unos huertos con sus pertenencias, y posteriormente donó a su mujer algunos de los esclavos pertenecientes a aquellos huertos. Tanto si confirmó las donaciones de los esclavos como si no, la última voluntad tendrá más fuerza que el legado de la hija: *posterior voluntas filiae legato*

([25]) P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, *cit.*, 532.
([26]) B. BIONDI, *Successione testamentaria*, *cit.*, 404.
([27]) C. ARNÒ, *L'alienazione, cit.*, 49.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

potior erit. Ahora bien, si por alguna razón la donación no llega a valer, se entiende no obstante que se ha disminuido el legado de la hija. En este *responsum* de Papiniano lo que queda claro es que la voluntad válida es la última, equiparándose la voluntad manifestada en un testamento a la voluntad manifestada con el ejercicio de una donación. Como dice Arnò ([28]), tratándose de donación no se ha de distinguir entre *mera voluntas* y *necessitas urguens*, pues contiene la revocación del legado. Si el testador en lugar de donar aquellos esclavos los hubiese vendido por urgente necesidad, no se habría *ademptio legati*, ya que la revocación del legado no depende sólo del hecho de la enajenación: el padre no habría disminuido el legado de la hija: *minuisse filiae legatum pater non intellegitur.*

> *D. 32.11.12 (Ulp. 2 fideic.). Si rem suam testator legaverit eamque necessitate urguente alienaverit, fideicommissum peti posse, nisi probetur adimere ei testatorem voluisse: probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam* ([29]).

Nos informa Ulpiano que si un testador hubiese legado una cosa suya y luego la hubiese enajenado apremiado por la necesidad, se puede pedir el fideicomiso, a no ser que se pruebe que el testador había querido revocarle el legado; esta prueba de haber cambiado la voluntad del testador debe exigirse de los herederos. En este texto destacan varios detalles que ciertamente no han llegado a la actualidad. Así, el carácter personalísimo de la cosa legada: *rem suam testator;* igualmente, la enajenación se realiza apremiado por una necesidad urgente: *necessitate urguente alienaverit;* estas circunstancias no impiden que el legatario pueda reclamar el fideicomiso: *fideicommissum peti posse;* salvo, dice el texto, que se pruebe, no por el legatario, sino por los herederos que el testador quiso con aquella enajenación revocar el legado. Es decir, la carga de la prueba recae en los herederos y no en el legatario beneficiado con la liberalidad del testador: *probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam*.

([28]) C. ARNÒ, *L'alienazione, cit.*, 19 ss.

([29]) F. MESSINA VITRANO, *Sulla dottrina romana della revoca*, *cit.*, Ann. Palermo, 1917, 14 ss., aparte de otros aspectos formales propios de los compiladores, opina que es un texto más de fideicomisos que de legados. También E. ALBERTARIO, *Sulla revoca tacita, cit.*, en *Studi di diritto romano IV*, 43, 53, 55 y 57 indica que *nisi — exigendam* estaría interpolado. *Vid*. también C. FERRINI, *Teoria dei legati*, *cit.*, 581.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

Este texto es sospechoso de alteraciones y podría entenderse, como dice Biondi ([30]), que es muy probable que los compiladores quisieran equiparar el régimen de los fideicomisos a los del legado, teniendo que eliminar para ello la mención de la *exceptio doli*, de forma que la enajenación supusiese aquella revocación *ipso iure* que era válida para el fideicomiso ([31]). Por ello, dice Biondi, es imposible que Ulpiano pudiera afirmar: *fideicommissum peti posse, nisi probetur adimere ei testatorem voluisse,* ya que extendía al fideicomiso el sistema de la prueba contraria que era válida para el legado. La disciplina del legado, en base a la distinción entre *necessitas* y *voluntas*, encuentra nuevamente en el anterior texto de Ulpiano la más amplia aplicación ([32]).

> *D. 34.4.18 (Mod. 8 diff.). Rem legatam si testator vivus alii donaverit, omnimodo exstinguitur legatum. Nec distinguimus, utrum propter necessitatem rei familiaris an mera voluntate donaverit, ut, si necessitate donaverit, legatum debeatur, si nuda voluntate, non debeatur: haec enim distinctio in donantis munificentiam non cadit, cum nemo in necessitatibus liberalis exsistat.*

Este fragmento de Modestino se refiere a un supuesto de donación en el cual se precisa de una manera clarísima las diferencias entre donar la cosa legada o la enajenación de esa misma cosa. Dice el jurista con una rotundidad extraordinaria que si el testador hubiera donado a otro la cosa legada se extingue enteramente el legado: *Rem legatam si testator vivus alii donaverit, omnimodo exstinguitur legatum* ([33]). Además, continúa el texto, no distinguimos,

---

([30]) B. BIONDI, *Successione testamentaria*, *cit.*, 407.

([31]) La revocación del fideicomiso era mucho más libre, no sujeta a fórmulas, y se encuentra recogido en un enunciado general en P.S. 4.1.9. — *Testator superveniens si eam rem, quam reliquerat, vendiderit extinguitur fideicommissum*. *Vid.* G. GROSSO, *I legati nel diritto romano, cit.*, 322. En definitiva, en los fideicomisos bastaba con la mera voluntad del testador para que fuera subsistente la revocación. A partir de la equiparación que hizo Justiniano entre legados y fideicomisos, se autorizó que por cualesquiera palabras que se indicara la voluntad de revocar el legado, quedase revocado. Pero también la revocación del legado puede inferirse de los hechos, como por ejemplo, la que se hace en caso de enajenación voluntaria de la cosa legada. *Vid.* P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Curso histórico — exegético del derecho romano comparado con el español*, Tomo 1, Madrid, 1850, 531 ss.

([32]) C. ARNÒ, *L'alienazione, cit.*, 21 ss.

([33]) B. BIONDI, *Successione testamentaria*, *cit.*, 407, afirma que Modestino no podía escribir *omnimodo extinguitur legatur*, pues al compararlo con el texto anterior D. 32,11,12 (*Ulp. 2 de fideic.*), se observa que las dos hipótesis debían ser distintas, aunque sustan-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

nec distinguimos, si la donación fue por necesidad de su patrimonio, *necessitatem rei familiares*, o porque el testador quiso, de suerte que, si lo hizo por necesidad, se deba el legado, si porque quiso no se deba, y concluye, ya que esta distinción no se aplica a las liberalidades del donante: *haec enim distinctio in donantis munificentiam non cadit,* pues nadie hace una liberalidad por necesidad. Esta última diferenciación es perfectamente aplicable al resto de enajenaciones, ya sea por venta ya sea por permuta, etc., y que fue muy bien recogida en la P.6.9.40, que *infra* veremos. Por lo tanto, el legado subsistía cuando el testador enajenó por necesidad y consiguientemente cuando la empeñó o hipotecó, porque esto supone siempre necesidad ([34]).

> *D. 34.4.22 (Pap. 6 resp.). Ex parte heres institutus etiam legatum acceperat: eum testator inimicitiis gravissimis persecutus, cum testamentum aliud facere instituisset neque perficere potuisset, praeteriit. Hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali submovebitur.*

Se introduce en este texto una circunstancia novedosa en orden a revocar el legado por causas ajenas a la enajenación o a la donación, es el supuesto de revocación del legado por enemistad manifiesta con el legatario. El texto parece complejo, pero si se realiza una lectura detenida no lo es tanto. Dice el jurista que uno, instituido heredero de una parte, había sido instituido también en un legado, y el testador, habiéndolo perseguido por gravísimas enemistades, comenzó a redactar otro testamento pero falleció sin concluirlo. Responde Papiniano que no se le denegarán las acciones como heredero, pero, si pide el legado, será repelido con la excepción de dolo malo. Según Arnò ([35]), Papiniano opta por la doctrina más blanda de los servianos cuando se enajena la cosa legada, la revocación del legado *per damnationem* en el sentido de que, si éste se demanda, será repelido con la *exceptio doli*.

---

cialmente decidan del mismo modo. Por el contrario, esta frase es la única que mantiene E. ALBERTARIO, *Sulla revoca tacita, cit.,* en *Studi di diritto romano IV*, 54 como original. F. MESSINA VITRANO, *Sulla dottrina romana della revoca*, *cit.*, Ann. Palermo, 1917, 16 dice "*per noi invece il frammento è completamente genuino*". *Vid*. C. ARNÒ, *L'alienazione*, *cit.*, 31 ss., como defiende que la distinción entre *necessitas* y *voluntas* es de los juristas clásicos que distinguieron perfectamente entre *alienatio necessaria* y *voluntaria*, frente a planteamientos de otros romanistas como Beseler.

([34]) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Madrid, 1852, reimpresión, Zaragoza, 1974, Tomo 1, 370.

([35]) C. ARNÒ, *L'alienazione*, *cit.*, 51 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

Una vez más lo que prima es la voluntad del testador, que no podrá evitar que su heredero reciba la parte correspondiente, pero no así ninguna liberalidad especial como pueda ser un legado. El testador no manifestó en otro testamento su voluntad, pero era evidente y con pruebas suficientes que no quería beneficiar al heredero con ninguna disposición extraordinaria.

> *D. 34.4.15 (Paul. lib. sing. de adsign. libert.). Cum servus legatus a testatore et alienatus rursus redemptus sit a testatore, non debetur legatario opposita exceptione doli mali. Sane si probet legatarius novam voluntatem testatoris, non submovebitur* ([36]).

El principio recogido en el artículo 869, 2.º, del actual código civil español relativo a que "*si después de la enajenación volviera la cosa al dominio del testador, … no tendrá después de este hecho fuerza el legado*", se observa también en este fragmento de Paulo. Nos dice, cuando el esclavo legado y enajenado por el testador ([37]), haya sido comprado de nuevo por el testador, no se le debe al legatario: *Cum servus legatus a testatore et alienatus rursus redemptus sit a testatore, non debetur legatario.* Si éste lo reclamara se le opondrá la excepción por dolo malo. Mientras que hoy se dice "*salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa*", y en el texto de Paulo se apostilla "salvo que el legatario probase una nueva voluntad del testador, no será repelido": *sane si probet legatarius novam voluntatem testatoris, non submovebitur.* En este caso incumbe la prueba al legatario y no al heredero, pero lo importante es la voluntad del testador, por ello debe valorarse qué es lo que realmente quería, de tal manera que la última voluntad sea la preferente: *quia posterior voluntas potior haberi debet* ([38]). De los últimos textos se deduce

---

([36]) Son varios los romanistas que mantienen como interpoladas determinadas partes del texto: C. FERRINI, *Teoria dei legati*, *cit.*, 580 n. 2, desde *sane* hasta el final. La misma opinión mantiene F. MESSINA VITRANO, *Sulla dottrina romana della revoca, cit.*, Ann. Palermo, 1917, 17, e igualmente, lo sostiene E. ALBERTARIO, *Sulla revoca tacita*, *cit.*, en *Studi di diritto romano IV, cit.*, 45. C. ARNÒ, *L'alienazione*, *cit.*, 57, además añade como interpolado por los compiladores justinianeos la frase "*opposita exceptione doli mali*". Comparte la misma opinión P. KOSCHAKER, *L'alienazione della cosa legata*, *cit.*, 103 nt. 46 y en apéndice II, 170 ss.

([37]) C. ARNÒ, *L'alienazione, cit.*, 56, hecha en falta que Paulo no indague cual fuera la razón o motivos por los cuales se produjo la enajenación.

([38]) *D. 35.1.90 (Gai. 1 fideic.). Per fideicommissum varie data libertate non levissima spectanda est, sed novissima, quia posterior voluntas potior haberi debet: cui consonat etiam rescriptum divi Antonini.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

claramente que en caso de enajenación por el causante, el legado queda siempre revocado, aunque readquiera después la cosa enajenada, e igualmente se revoca el legado cuando el testador haga donación, pues supone un cambio de voluntad.

> *D. 30.24.2 (Pomp. 5 ad Sab.). Si quis post testamentum factum fundo Titiano legato partem aliquam adiecerit, quam fundi Titiani destinaret, id quod adiectum est exigi a legatario potest (et similis est causa alluvionis) et maxime si ex alio agro, qui fuit eius cum testamentum faceret, eam partem adiecit* ([39]).

Se trata de un caso en que un testador incluyó un legado en su testamento a propósito de un fundo, concretamente el fundo Ticiano, y parece que modificó el objeto añadiendo una parte de otro fundo de su propiedad; en este supuesto el legatario tiene derecho a reclamar lo que se añadió como ocurre en el aluvión. Del mismo modo, en caso de reducir el fundo legado la respuesta es idéntica y el legatario se tendrá que conformar de nuevo con el fundo Ticiano, si bien disminuido. Veámoslo:

> *D. 30.24 3 (Pomp. 5 ad Sab.). Quod si post testamentum factum ex fundo Titiano aliquid detraxit et alii fundo adiecit, videndum est, utrumne eam quoque partem legatarius petiturus sit an hoc minus, quasi fundi Titiani esse desierit, cum nostra destinatione fundorum nomina et domus, non natura constituerentur*.

En consecuencia, se afirma en el texto de Pomponio, que los nombres y la cabida de los campos no son establecidos por la naturaleza sino por designio de los hombres, lo más seguro es considerar que lo que se destinó a un fundo se considere que se quitó del anterior. Ante las aparentes contradicciones de los textos analizados hasta ahora, se puede concluir, antes de abordar I. 2.20.12, que el legado, cuando el testador hubiese enajenado el objeto, corrió distinta suerte dependiendo de la época en que nos hallásemos. La cuestión siempre fue la misma: la interpretación de la voluntad del disponente. A finales de la República, donde lo que primaba era el rigor formalista, la enajenación de la cosa legada no causaba la revocación del legado. Posteriormente, en época clásica,

---

([39]) S. RICCOBONO, *Fragmenta Vaticana 70 e instrumentum fundi*, en *Studi in onore di B. Brugi,* Palermo, 1910, 197, considera un añadido la frase *et máxime — adiecit.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

poco a poco se fue imponiendo el principio opuesto, de tal manera que en aquellos casos en que no se podía juzgar nulo *ipso iure* el legado *per damnationem* se concedió frente a la reclamación del legatario la *exceptio doli*, sin distinguir entre la enajenación hecha *necessitate urguente* y la hecha *mera* o *nuda voluntate*. A continuación vamos a analizar un texto de indudable origen justinianeo en el que prevalece definitivamente la investigación de la auténtica voluntad del testador y de la aplicación de la presunción legal.

> I. 2.20.12. *Si rem suam legaverit testator posteaque eam alienaverit, Celsus existimat, si non adimendi animo vendidit, nihilo minus deberi, idque divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt eum, qui post testamentum factum praedia quae legata erant pignori dedit, ademisse legatum non videri et ideo legatarium cum herede agere posse, ut praedia a creditore luantur. Si vero quis partem rei legatae alienaverit, pars quae non est alienata omnimodo debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.*

El emperador Justiniano resume en este fragmento del libro II, título XX, de sus Instituciones varios principios procedentes de época clásica ([40]) y que, a su vez, fueron recogidos en las Siete Partidas del Rey "Sabio". Comienza el texto afirmando el carácter de propietario del testador de quien dice que si hubiera legado una cosa suya y después la hubiera enajenado, se entiende, claro está, sin modificar a posteriori el testamento, que juzga Celso que si no la vendió con intención de revocar el legado continúa debiéndose. De aquí se intuye que si la voluntad del testador era revocar el legado, éste ya no se deberá. Una vez más debe probarse la *voluntas testatoris*, pues resulta necesario saber si quería o no quería revocar el legado.

En una época anterior, época clásica, dice el texto que se estableció en un rescripto por los emperadores Severo y Antonino que no ha de entenderse revocado el legado cuando el testador dio en prenda los predios que habían sido legados, de tal manera que el legatario podía ejercitar su acción contra el heredero, no ya para reclamar la estimación sino para que fueran liberados por el acreedor ([41]). Según Arnò ([42]), el *placuit* de C. 6.37.3 denota que la cosa

---

([40]) *Vid.* C. Arnò, *L'alienazione*, *cit.*, 38-40.

([41]) *C. 6.37.3: Imperatores Severus et Antoninus A.A Victorino. Qui post testamentum factum praedia quae legavit pignori vel hypothecae dedit, mutasse voluntatem circa legatariorum personam non videtur: et ideo, etiam, si in personam actio electa est, recte placuit ab*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

no fue siempre totalmente pacífica. Podía entenderse que en casos de *fiducia* se transmitía la propiedad, mientras que con la prenda se constituía una garantía real que haría volver el objeto, por ejemplo, un fundo, a manos del testador tan pronto como la obligación fuera satisfecha.

Finalmente, en el último parágrafo hace alusión a una cuestión que veremos recogida en el Fuero Real, en el Proyecto de 1851 y en el derecho vigente, códigos español, catalán y portugués, referido a la enajenación parcial de la cosa legada. Para ello dice: si alguno hubiere enajenado una parte de la cosa legada, se debe en todo caso la parte que no fue enajenada, y la parte enajenada se debe solamente si no hubiera sido enajenada con intención de revocar el legado: *si non adimendi animo alienata sit* ([43]). Es decir, lo que rige para el todo, también rige para la parte. Por lo tanto, a los criterios objetivos de interpretación, les sustituye la búsqueda de la voluntad del disponente, sugerido por el diverso planteamiento de la cuestión ([44]).

En definitiva, la duda reside en saber porqué enajenó el testador la cosa legada y si con ello quiso o no quiso revocar el legado. Así, pues, se trata de averiguar la *voluntas testatoris* que salvo prueba en contrario habrá de entenderse favorable a la revocación del legado. En conclusión, puede resumirse la cuestión diciendo que cuando se enajenó por necesidad o se empeño o hipotecó el legado subsiste y el legatario podrá exigir su cumplimiento, mientras que en los demás supuestos el legado se extingue porque la enajenación se hizo con *animus* de extinguir el legado, como por ejemplo cuando se produce la donación de la *res legata*.

Por lo tanto, concluye Solazzi ([45]), la interpretación objetiva y basada en el significado normal de los actos humanos, por ejemplo, la enajenación de la cosa legada, se cambió por los bizantinos en la indagación subjetiva e individual de la voluntad. Esto mismo vino a decir Messina ([46]), cuando afirma

---

herede praedia liberari (a. 211). Vid. también *Paul. Sent. 3.6.16: Rem legata testator si postea pignori vel fiduciae dederit, ex eo voluntatem mutasse non videtur.*

([42]) Según C. ARNÒ, *L'alienazione*, *cit.*, 30.

([43]) Mientras que Sabino indica que "si el testador hubiese enajenado una parte del fundo que legó en su totalidad, está establecido que sólo se debe la parte que le quede, porque también si hubiese añadido algo al fundo pasaría el aumento al legatario". *D. 30.8 pr. (Pomp. 2 ad Sab.) Si ex toto fundo legato testator partem alienasset, reliquam dumtaxat partem deberi placet, quia etiam si adiecisset aliquid ei fundo, augmentum legatario cederet.*

([44]) B. BIONDI, *Successione testamentaria*, *cit.*, 404.

([45]) S. SOLAZZI, *Gai. 2.198 e l'alienazione*, *cit.*, 47.

([46]) F. MESSINA VITRANO, *Ancora sulla dottrina romana della revoca*, *cit.*, Ann. Palermo VI, 1920, 203 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

en sus conclusiones que los jurisconsultos clásicos no formularon ningún principio general sobre la disciplina de la revocación tácita del legado y del fideicomiso. Sus decisiones varían en cada caso prescindiendo de la indagación de la voluntad efectiva del disponente ([47]). En el derecho justinianeo por el contrario la opinión varía y la doctrina de la interpretación del negocio jurídico se incardina exclusivamente sobre el principio del máximo respeto a la voluntad real de las partes.

3. LA REVOCACIÓN TÁCITA EN DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

Si bien el artículo 685 del Anteproyecto de 1851 es el antecedente inmediato del artículo 869, 2.º, del código civil español, los antecedentes más remotos y mucho más detallados del mencionado artículo, los encontramos en Las Partidas y en el Fuero Real del Rey Alfonso X. Entre las causas que extinguen las mandas o legados, además de por revocación del testador; extinción de la cosa legada; especificación; perecimiento de la cosa principal en el supuesto de cosas accesorias; conjunción de dos causas lucrativas en la misma persona, dice Domingo de Morató ([48]), también por la enajenación de la cosa legada hecha por el testador, porque se presume que ha querido imposibilitar la entrega de dicha cosa y que, por consiguiente, ha pensado por este medio revocar el legado; ahora bien, — señala — si la venta hubiese sido necesaria, por ejemplo, para pagar alguna deuda urgente, no hay motivo bastante para inferir el cambio de voluntad. Para apoyar su tesis cita las leyes 17 y 40 de P. 6.9 e igualmente D. 32.11.12 y D. 34.4.18 que *supra* hemos analizado.

> *Partida 6 titulo 9 ley 17. Por que razones se entiende que es revocada la manda, quando el fazedor del testamento la enagena, después que la ha fecho.*
>
> *Viña o tierra, o otra cosa semejante destas, que fuesse suya del testador, si la mandasse a alguno en su testamento, e después desto en su vida la ven-*

([47]) P. BONFANTE, *Instituciones de derecho romano*, 8.ª ed., trad. esp., Madrid, 1929, 648 n. 1, sostiene la opinión contraria, entendiendo que desde Celso es preciso que resulte el *animus adimendi*, concepto que también vale en el derecho justinianeo.

([48]) R. DOMINGO DE MORATÓ, *El derecho civil español con las correspondencias del romano*, Tomo 2, 2.ª ed., Valladolid, 1877, reimpresión, Pamplona, 2002, 193 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

diesse, o la camiasse, en salvo finca aquel a quien la mando, de demandar la estimación de aquella cosa. Fueras ende, si el heredero del testador pudiesse provar, que su entencion fue del que fizo la manda, de revocarla, e por esto la enagenava. Mas si el fazedor del testamento, después que oviesse mandada alguna cosa, la diesse en don a otro, estonce se entiende, que revoca la manda que avia fecha della, e porende non la puede despues demandar al heredero.

A diferencia del vigente código civil, artículo 869, 2.º, que dedica únicamente un apartado al supuesto de la enajenación de la cosa legada como supuesto de revocación del legado, el Rey "Sabio" dedicó una ley en exclusiva a la cuestión, recogida en P. 6.9.17, donde explica las razones por las cuales se entiende revocado un legado cuando el testador enajena la cosa después de haber confeccionado el testamento. En cambio, las Partidas adoptaron todas las disposiciones del derecho romano, incluso la admisión de la prueba ([49]).

En esta disposición se recogen ciertas precisiones que no han llegado hasta el derecho vigente. Así, el carácter personalísimo del objeto legado "*que fuesse suya del testador*" sobre cualquier viña, tierra o cosas semejantes, ejemplos de bienes en razón de su economía agropecuaria. También es innovador que incluya junto a la venta, que habrá de entenderse *ex necessitate rei familiares*, la permuta, incluidos en la actualidad ambos contratos en el término enajenación; además resulta extraordinariamente innovador el que salvo que se la haya vendido o permutado ([50]) al legatario, éste pueda "*demandar la estimación de aquella cosa*". La posibilidad de reclamar la estimación ha desaparecido totalmente de nuestro ordenamiento, si bien su posibilidad, como se vió, nunca se negó en derecho romano.

En definitiva, esta ley reconoce que mientras el legado queda revocado por medio de la venta o la permuta realizada por el testador, sin embargo el legatario tendrá derecho a la estimación salvo que el heredero gravado pruebe que la intención del testador fue otra, es decir, la de revocar el legado. Todo ello significa que lo más importante es la *voluntas testatoris* de cara a querer o no querer revocar el legado.

La parte final de P. 6.9.17 está directamente relacionada con P. 6.9.40,

([49]) F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios, cit.*, 370.

([50]) El Código de Sucesiones de Cataluña (CSC), artículo 306, admite la subrogación real en los casos de permuta y el nuevo objeto será el que llegue al legatario.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

pues se apunta que si el testador después que hubiera concluido el testamento donase la cosa legada a otro se entiende que revoca el legado. Creemos que es importante destacar que en el derecho vigente tampoco se recoge la posibilidad de la donación, la cual, una vez más, habrá de incluirse en el amplio término de la enajenación. Pero además resulta ciertamente novedosa la circunstancia de que cuando se ha donado la cosa legada, el legatario no pueda demandar al heredero la estimación, ya que el legado en virtud de la donación queda absolutamente revocado, mientras que por el contrario en los supuestos de venta o permuta siempre cabía la posibilidad de reclamar la estimación, salvo, claro está, que el receptor de la venta o de la permuta fuera el mismo legatario. En otras palabras, cuando el testador dona la cosa legada manifiesta que el legado queda revocado, sin embargo, si el testador vende o permuta la cosa legada se deberá la estimación.

> *Partida 6 titulo 9 ley 40. Como se revoca, o non, la manda, quando el testador enagena la cosa despues que la mando.*
>
> *Donacion faziendo el testador en su vida a algun ome, de alguna cosa que oviesse mandada en su testamento a otro, desatase porende la manda, porque semeja que se arepintio, pues la dio a otro en ante que muriesse. Mas si la vendiesse, o empeñasse, non se desataria, nin revocaria porende; ante dezimos, que aquel a quien fue mandada, que deve aver el precio por que fue vendida, o la estimación, si fuere empeñada, assi como de suso diximos. E esto es, porque semeja, que pues que el testador la vendio, o la empeño, que su entencion fue de lo fazer, por mengua que avia, e non por revocar la manda*.

Esta ley aún resulta más precisa e ilustrativa que la anterior porque diferencia de una forma mucho más sutil según la enajenación sea por venta o sea por permuta, o sea por medio de una donación, e incluso aparece el supuesto de la pignoración junto a los anteriores contratos de venta y permuta. De acuerdo con lo previsto en esta ley se deberá entender que la donación de la cosa legada conlleva una mayor intencionalidad de la *voluntas testatoris* de revocar el legado establecido, que si se han concluido otros tipos de negocios: venta, permuta o pignoración. La donación conlleva mayor arrepentimiento — dice la ley — porque se la dió a otro antes que muriese, es decir, iguala la liberalidad que conlleva la *donatio* al legado, porque en ambos casos el testador no recibe nada a cambio. Este detalle ha pasado por alto en el actual derecho vigente que se centra más en la enajenación con contraprestación que en la donación.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

Realizadas las anteriores precisiones, la ley 40 vuelve a retomar el contenido de la ley 17 y apostilla que si el testador vendiera o empeñara la cosa legada, esto es nuevo en relación con la anterior ley de Partidas examinada, el legado no será revocado y por consiguiente aquél a quién fue legado deberá tener el precio en caso de ser vendida o su estimación en caso de ser empeñada. De nuevo se acude al fundamento de la revocación de la cosa legada por enajenación del testador, "*porque semeja, que pues que el testador la vendio, o la empeño, que su entencion fue de lo fazer, por mengua que avia, e non por revocar la manda*". Se incluye aquí la venta o empeño por "*mengua*", es decir, por necesidad, situación que en absoluto ha llegado al artículo 869, 2.º, del vigente código civil. En definitiva, el testador al donar la cosa legada está manifestando que quiere revocar de una manera absoluta el legado, mientras que si la vendió, permutó o pignoró, el legatario podrá solicitar el precio o la estimación salvo prueba en contrario manifestada por el heredero.

> *Fuero Real libro 3 titulo 5 ley 2. Como por la manda segunda es la primera revocada, y en qué manera.*
>
> *Si alguno despues que ficiere su manda, quier seyendo sano, quier enfermo, è después ficiere manda en qual tiempo, quier que sea de aquellas cosas que primeramente habia mandadas, la postrimera manda vala. Otrosí, aquellas cosas que primero habie mandadas, ò algunas dellas que diere, ò enagenáre: la manda que ante habie fecha de aquellas cosas, non vala: maguera que nombrada, mientre no lo desfizo: ca tanto vale que la desfaga por fecho, como por palabra: è si aquello que habie mandado, ò alguna cosa dello no lo agenáre, ò no lo mandare por palabra, ni lo mandáre à otri en manda que después faga, vala aquello que habie mandado.*

En esta ley se ha pretendido regular más asuntos que la mera revocación del legado por enajenación de la cosa legada. Así, el primer párrafo concuerda con P. 6.9.39 y se indica que el último testamento es el válido y que revoca todos los anteriores; es el segundo párrafo el que nos interesa en esta sede. En este segundo párrafo se comienza con una afirmación general en la cual se indica que si el testador hubiera legado algunas cosas y después las enajenare, el legado no valga, que sea revocado. Merece destacarse el apostillamiento "*ò algunas dellas que diere, ò enagenáre*", por medio del cual se está refiriendo a la enajenación parcial; detalle, por cierto, que no se recoge en Partidas y que sin embargo, a través del artículo 685 del Proyecto

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

de 1851, ha llegado hasta el artículo 869, 2.º, del código civil vigente, cuando dice "*la cosa legada o parte de ella*", regulando expresamente el destino de esa enajenación parcial. Del mismo modo se presenta en el artículo 2316 del código civil portugués: *a alienação total ou parcial da coisa legada implica revogação correlativa do legado.*

En lo que se diferencian las leyes del Fuero Real y las de Las Partidas, dice Scaevola ([51]), es en que éstas declaran la caducidad del legado sólo tratándose de determinada clase de enajenación realizada por el testador, mientras que el precepto del Fuero Real proclama la misma caducidad en todos los casos de enajenación; esta doctrina es la que sigue el apartado 2.º del art. 869. Si nos fijamos en el artículo 685 del Proyecto de 1851 resulta que es prácticamente igual, salvo ciertas variantes de redacción al artículo 869, 2.º, el cual, salvo alguna modificación de redacción, es semejante al artículo 853 del Anteproyecto de 1882. El legado se quita si el testador vendiese sin necesidad la cosa legada o la enajenase de cualquier otro modo. De ello nace la presunción de que quiere quitar el legado al legatario. Las leyes — dice Heinecio ([52]) — distinguen si la enajenación ha sido necesaria o voluntaria. Necesaria la que hace por encontrarse ante alguna necesidad; por ejemplo, pagar unas deudas. Voluntaria la que se hace sin necesidad. En el primer caso, todavía es útil el legado y es del mismo *efecto que el de cosa ajena*, y en el último se destruye el legado, porque cuando enajena el testador la cosa sin necesidad, se cree que lo hace con la idea de quitar el legado al legatario. En resumen, se presume que el testador ha mudado su benevolencia hacia el legatario y por tanto la voluntad de legar. No obstante, la distinción entre enajenación necesaria y enajenación voluntaria no ha llegado hasta los modernos códigos.

Artículo 685 del Proyecto de 1851

> La enagenacion que de la cosa legada haya hecho el testador en todo ó en parte, y por cualquier titulo ó causa, deja sin efecto el legado en lo que haya sido objeto de la enagenacion, aunque esta haya sido nula, y el objeto enagenado haya vuelto posteriormente al dominio del

([51]) Q. M. SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente,* Tomo XV, Madrid, 1899, 258.

([52]) J. HEINECIO, *Recitaciones del derecho civil romano*, Tomo 2, 8.ª ed., Valencia, 1888, reimpresión, Pamplona, 2003, 31 y 21.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

testador; á menos que haya vuelto por pacto de retroventa puesto por el mismo testador al hacer la enagenacion.

Se puede afirmar que prácticamente no existen diferencias con el artículo 869, 2.º, del código civil vigente, salvo que hoy es un apartado de un artículo y en el Proyecto de 1851 era un artículo independiente. La coincidencia es en cuatro cuestiones claves que *infra* se señalan. Primero, está claro que el legado quedará sin efecto si él, personalmente, ha hecho la enajenación de la cosa legada por cualquier título: venta, permuta, donación o cualquier causa (no se precisa la causa de necesidad como sí se hace en las fuentes medievales y romanas). Por tanto, entenderemos que fue aquí el momento en que dicha necesidad desapareció de la regulación, y más teniendo en cuenta que quien por cualquier causa dispone en vida de la cosa legada, quita el legado; y como éste es una liberalidad, de nadie puede presumirse menos que del necesitado, por ello que las disposiciones de los códigos modernos parezcan más justas y sencillas ([53]). Segundo, se mantiene la precisión de la revocación del legado cuando la enajenación ha sido solamente por una parte. En el tercer punto, continúa la coincidencia, estableciéndose que el legado será revocado después de la enajenación aunque ésta haya sido nula y el objeto enajenado haya vuelto posteriormente al dominio del testador. Y, finalmente, en cuarto lugar, no habrá revocación del legado si la enajenación se hiciera con pacto de retroventa y el objeto legado y enajenado volviera a poder del testador.

En definitiva, en el Proyecto de 1851 se sigue valorando extraordinariamente el *animus*, la voluntad del testador. Es decir, verificado el retracto, es como si no hubiera habido enajenación, porque ésta se resuelve en virtud del mismo contrato de venta; además, según García Goyena ([54]), es conforme con la mente del testador que no quiso desprenderse del objeto legado absolutamente y para siempre. La metodología a seguir desde este momento consiste en observar cuatro códigos civiles absolutamente próximos, los cuatro de origen romano, y ver como regulan la enajenación de la cosa legada y sus consecuencias; ver la influencia del derecho romano en ellos y ver la proximidad o alejamiento de las tesis planteadas por los juristas romanos. Se trata de los códigos civiles español, catalán, navarro y portugués.

([53]) F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios, cit.*, 371.

([54]) F. García Goyena, *ibidem*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

4. LA REVOCACIÓN TÁCITA EN EL DERECHO ACTUAL

A continuación abordamos el estudio de la revocación tácita en el derecho actual y para ello comenzamos por nuestro artículo 869, 2.º, del código civil (55) y sus reminiscencias romanas.

> Artículo 869.2 de código civil español
>
> *El legado quedará sin efecto:*
>
> *2.ª Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto de la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.*

Este artículo supone una especie de síntesis de lo establecido en el casuismo romano, buscando más la generalización que la concreción. Evidentemente, este tipo de legado únicamente cabe cuando la cosa legada se refiere a cosa específica y determinada propia del testador (56). De la literalidad del artículo se desprenden cuatro puntos claves que nos van a permitir estudiar su recepción.

A) Cuando el testador enajena por cualquier título la cosa legada, entiéndase venta, permuta o donación, el legado queda sin efecto. Asimismo, el legado queda revocado si el testador enajena por cualquier causa. En opinión de Scaevola (57), las primeras palabras del artículo 869, 2.º dan a entender que el legislador quiso secundar la teoría ya recordada del Fuero Real. La enajenación ha de realizarse por cualquier título o causa, ya se trate de una venta,

---

(55) El apartado 3.ª ya lo tratamos en nuestra monografía *El riesgo en el legado. Del derecho romano al código civil*, Burgos, 1993, 108 ss.

(56) M. ALBALADEJO, *El artículo 869 del Código civil*, en *Revista de derecho privado*, Tomo 64, Madrid, 1980, 1076 (todas las citas posteriores serán de esta publicación), y *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XII, Vol. 1.º, Madrid, 1981, 134 ss.

(57) Q. M. SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente,* Tomo XV,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

de una permuta, de una donación, etc. Dice Albaladejo ([58]) que "en el derecho actual ha desaparecido, dentro de las enajenaciones que el testador hacía, personal y voluntariamente, la distinción entre las llevadas a cabo por necesidad, y las realizadas por decisión no provocada por esta razón". Esta distinción es propia del derecho romano y subsistió hasta Las Partidas como *supra* tuvimos ocasión de observar. Continúa diciendo Albaladejo, "que hoy no se tiene en cuenta ni los motivos que hubieran impulsado al testador para enajenar ni que se vea constreñido a hacerlo por necesidad, de modo que toda enajenación que proceda de él y no sea *legalmente* forzosa es revocatoria".

B) Aun cuando resulta obvio, pero mejor es recordarlo, el legado también quedará revocado si el testador enajena una parte de la cosa legada, entendiéndose que el legado queda sólo sin efecto respecto de la parte enajenada. Este asunto no plantea problemas cuando se trata de enajenaciones ([59]) de parte material o de parte alícuota ([60]), porque ambas son partes de la cosa. El legado será válido por lo no vendido, y si lo que se enajenó fue la mitad indivisa de aquélla, incluso aún valdrá por la otra mitad; y ni aunque después el testador recupere el trozo o mitad del cual se desprendió, volverá a valer el legado por el total de la cosa. Por tanto, se aplica la regla general válida para el todo ([61]).

Más problemas se plantean si la enajenación es de facultades del testador sobre la cosa pues puede originar una propiedad *pro diviso*. En cualquier caso comparto la opinión de Albaladejo ([62]), para ello me apoyo en mis conocimientos de disposición de la cuota ([63]), de "que el espíritu de lo que el código civil dispone para la enajenación de parte de la cosa es aplicable a la enajenación de parte del derecho de propiedad sobre ella".

---

cit., 259.

([58]) M. ALBALADEJO, *Revista de derecho privado*, *cit.*, 1084.

([59]) M. ALBALADEJO, *Revista de derecho privado*, *cit.*, 1089.

([60]) *Vid*. A. MURILLO, *Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos,* Madrid, 2000.

([61]) *Vid*. D. 30.8 *pr*. (*Pomp. 2 ad Sab*.); I. 2.20.12; F.R. 3.5.2.

([62]) M. ALBALADEJO, *Revista de derecho privado, cit.*, *ibidem.*

([63]) A. MURILLO, *Disposición jurídica de la cuota*, *cit.*; *La división convencional de la comunidad de bienes en derecho romano*, en *Revista Jurídica del Notariado,* 17, 1996, 61 ss.; *Recepción del retracto de comuneros en el ordenamiento jurídico español*, en V Congreso *Iberoamericano de Derecho Romano celebrado en Buenos Aires,* Madrid, 2001, 201-210; *"La influencia de la tradición romanística en la regulación de los actos de disposición jurídica de la cuota en el condominio",* en *Revista Podium Notarial del Colegio de Notarios del Estado*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

C) Continúa informando el artículo 869, 2.º, que el legado se entenderá revocado aun cuando después de la enajenación la cosa volviere al dominio del testador, incluso si el contrato de enajenación fuera nulo. Ello se explica porque es suficiente con la perfección de un contrato para que se entienda como manifestación de voluntad suficiente del testador. La presunción de que la voluntad del testador ha cambiado es plenamente eficaz y revoca el legado a pesar de que la enajenación sea inválida (64). En definitiva, se entenderá que el legado queda revocado siempre que pueda presumirse que la enajenación realizada fue por un cambio de voluntad en el testador (65).

Lo que el derecho tiende a proteger es la última voluntad manifestada por el testador ya sea por actos *inter vivos* ya sea por actos *mortis causa* respecto al destino de una cosa de la cual quiere disponer a favor de otro. Lo único que puede exigirse es que dicha voluntad sea firme. En definitiva, si la cosa legada volviera al testador por cualquier causa después de la enajenación, ello no permite restablecer el vigor del legado. No obstante, existe una excepción recogida al final del párrafo 2.º, que dice: "*salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa*".

D) Según la doctrina mayoritaria, en el anterior supuesto, la readquisición por pacto de retroventa, el testador no estaba convencido de enajenar definitivamente la cosa; es decir, no tuvo una concluyente voluntad revocatoria. Sin embargo, el valor definitivo de la voluntad depende de que se produzca o no la readquisición. Si se produce, el legado no queda revocado; que no se produce la readquisición, el legado se revoca. Las ventas con pacto de retroventa se asimilan a las hechas bajo término o condición resolutoria (66).

Además la enajenación debe hacerla personalmente el testador de un bien propio, pues si no la enajena el testador, el legado se mantiene y en absoluto resulta revocado, apunte que quizás resulte obvio, pero los textos romanos lo precisaban como hemos tenido ocasión de ver. Como el fundamento del artículo 869, 2.º, está en el cambio de voluntad del testador, no parece arriesgado — dice Diez Picazo (67) — sostener que en caso de enajenarse la cosa legada bajo condición suspensiva deba entenderse revocado el

---

de Jalisco, México, 29, 2004, 182-193.

(64) F. J. Sánchez Calero, *Comentarios del código civil,* Tomo I, M.º de Justicia, Madrid, 1991, 2123.

(65) *Vid*. importante similitud con D. 34.4.15 (*Paul. lib. sing. de adsign. libert.*).

(66) M. Albaladejo, *Revista de derecho privado*, *cit.*, 1086.

(67) L. Díez Picazo y A. Gullón, *Sistema de derecho civil,* Vol. IV. *Derecho de*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

legado, sobre todo teniendo en cuenta que siendo nulo el contrato tampoco hay enajenación y sin embargo el articulado considera sin efecto el legado aún siendo el contrato nulo, sin distinción alguna.

El legado caduca cuando el testador enajena el objeto que legó, porque esa facultad de libre disposición puede ejercerla a su arbitrio en todo tiempo, sin que sea para él ningún compromiso o traba el legado que anteriormente había establecido, pues es sabido que las cláusulas testamentarias no tienen efecto hasta después del fallecimiento de quién las ordenó, siendo dueño de su voluntad hasta el instante en que desaparece del mundo ([68]).

> Artículo 306 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña (CSC).
>
> *Los legados nulos cuando se ordenaron serán válidos si en el momento de deferirse hubiera desaparecido la causa de nulidad.*
>
> *La revocación que en términos generales haga el testador de todos los legados que hubiera dispuesto, salvo que la haga en testamento, no afectará a los legados de alimentos, que requerirán una revocación especial.*
>
> *Se entenderá revocado el legado cuando el testador enajene a título oneroso o gratuito la cosa que es objeto de aquél, aunque sea nula la enajenación, o cuando el testador vuelva a adquirir la cosa, salvo que el legatario, en este caso, demuestre que el testador efectuó la readquisición con la finalidad de rehabilitar el legado.*
>
> *No habrá revocación si el testador readquiere la cosa por derecho de redimir en las ventas a carta de gracia que él hubiera otorgado. Tampoco implicará revocación del legado la enajenación por expropiación o ejecución forzosa o por causa de permuta o de aportación a sociedad, a menos que el heredero demuestre que la intención del causante era revocar el legado.*
>
> *En los casos antes citados, quedará subrogado en el bien legado el que se haya recibido a cambio.*
>
> *Vendida a carta de gracia la cosa legada sin readquirirla el testador, se entenderá legado el derecho de redimir* ([69]).

Según el CSC nos encontramos ante un supuesto típico de revocación

---

familia. Derecho de sucesiones, 8.ª ed., Madrid, 2002, 395.

([68]) Q. M. SACEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente,* Tomo XV, *cit.*, 261.

([69]) Se observa un contenido casi idéntico, pero con diferente redacción, al artí-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

tácita, y ha de tratarse de una auténtica enajenación la que haga salir definitivamente del patrimonio del testador la cosa objeto de legado ([70]). Nos hallamos ante un código más didáctico y casuístico que el español, pues el catalán distingue entre enajenación a título oneroso o gratuito, cosa que no hace el español que dice "*por cualquier título o causa*". Además, el apartado 3 parte de asimilar la voluntad de enajenar con la de revocar el legado, de tal manera que quien estuviera interesado en adquirir el legado deberá desmontar la presunción de revocación establecida en el artículo. Garrido Melero ([71]), citando a Borrel, apunta que en determinados supuestos de enajenación agrupados bajo la rúbrica de "*revocación tácita*", se entendía que "*la ley presume revocado el legado*". Además, continúa diciendo, pero ahora siguiendo a Giménez Duart, que la venta voluntaria no es un caso de revocación tácita, sino de revocación presunta.

Asimismo, llama la atención que en los casos de permuta el legatario pueda reclamar el objeto subrogado ([72]), e igualmente en las aportaciones a sociedades, salvo que el heredero demuestre que la voluntad del testador era la de revocar el legado. Al igual que sucede en otros cuerpos legales, lo destacable siempre es encontrar la voluntad revocatoria del testador, por ello se le encarga al legatario que pruebe que no fue esa voluntad la que imperó en el testador. Es decir, la enajenación por sí misma no revoca salvo que el gravado demuestre lo contrario ([73]). Por el contrario, se dice que no habrá revocación si lo vendió a carta de gracia o por expropiación o ejecución forzosa o por causa de permuta o de aportación a sociedad, en cuyo caso será el heredero quien deba demostrar que la intención del causante era revocar el legado. De estos supuestos especiales habrá que entender que tanto en el caso de la expropiación forzosa como en el caso de la permuta el legado subsiste con la cosa dada a cambio, como consecuencia de la subrogación producida, salvo que el heredero demuestre que fue otra la voluntad del causante.

En el caso de venta a carta de gracia ([74]) el CSC distingue dos supuestos: *si el testador readquiere la cosa por derecho de redimir,* se entiende que no

---

culo 455 del Proyecto de Compilación del derecho civil especial de Cataluña de 1948.

([70]) Ll. Puig i Ferriol y E. Roca i Trias, *Institucions del dret civil de Catalunya*, Vol. III, *Dret de Sucessions,* 6.ª ed., Valencia, 2004, 422 ss.

([71]) M. Garrido Melero, *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, Madrid, 2000, 883.

([72]) P. 6.9.40 ya lo admitía; igualmente, en caso de venta el precio y en caso de empeño su estimación.

([73]) M. Garrido Melero, citando a Giménez Duart, *Derecho de sucesiones, cit.,* 884.

([74]) *Vid*. artículo 326 de la Compilación de derecho civil de Cataluña, texto refun-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

hay revocación del legado; por otro lado, si el testador no readquiere la cosa se entiende que ha sido legado el derecho de redimir: *Vendida a carta de gracia la cosa legada sin readquirirla el testador, se entenderá legado el derecho de redimir.* Frente a esta doble distinción del CSC, el código civil español lo resume en una regla general: *que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.*

Las coincidencias entre ambos códigos se presentan en dos casos. Primero, en aquellos supuestos en que el legado es revocado como consecuencia de una enajenación nula, criterio bastante discutible, por cierto, y más si la nulidad se debe a un vicio de voluntad. Segundo, la revocación del legado también se producirá aun cuando el causante posteriormente vuelva a adquirir la cosa legada, salvo que el legatario demuestre que la intención de aquel no fue la de revocar el legado. En conclusión, tanto el código civil español como el código de sucesiones catalán tienen muchos puntos en común, sobre todo en aquello en que se manifiestan los antecedentes romanos. Sin embargo, el CSC resulta más casuístico y didáctico que el código civil español y evita mezclar en el mismo artículo distintos supuestos de ineficacia del legado, cosa que sí sucede en el código español. No obstante, el CSC olvida diferenciar entre enajenación parcial o total, dato que consta tanto en el código civil español como en el código civil portugués.

Existe otro cuerpo normativo español, la Compilación de derecho civil foral de Navarra de 1973 (CFN) que en su ley 252 también aborda la extinción del legado, eso sí, sin el carácter pedagógico del artículo 306 de CSC.

> *Ley 252 CFN. Se extinguirá el legado de cosa específica y determinada propia del disponente cuando a la muerte de éste la cosa pertenezca a otra persona. Sin embargo, si el legatario la hubiese adquirido a título oneroso de persona distinta del disponente, se entenderá legado el precio o el valor de la contraprestación que dio el legatario.*

Si a la muerte del disponente que instituyó el legado de cosa propia, detalle, por cierto, que se ha mantenido desde la antigüedad romana, la cosa perteneciera a otra persona, situación que sin duda se debe a que en vida de aquel se produjo una enajenación, bien por venta, permuta, donación o bien por prenda o hipoteca, es decir por cualquier título o causa, el legado se extinguirá. Ello significa que el legado se extingue porque el disponente lego una cosa propia que ya no se halla en su patrimonio. Ahora bien, la ley 252 termina indicando que si el legatario hubiese adquirido el objeto de una persona distinta de la del disponente, obvio es que si la hubiera recibido del propio disponente se hubiera extinguido el legado por confusión, el legado subsiste aunque su objeto haya variado, pues ahora el here-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

dero deberá el precio que pagó aquel o el valor de la contraprestación que dio el legatario. En conclusión, se deberá la estimación de la cual ya hablaba P. 6.9.17, como efecto de una subrogación. Sin duda, sigue habiendo claras reminiscencias romanas: cosa propia; enajenación en vida; derecho a la estimación, etc.

Artículo 2316.º del Código civil portugués
(Alienação ou transformação da coisa legada)

1. A alienação total ou parcial da coisa legada implica revogação correlativa do legado; a revogação surte o seu efeito, ainda que a alienação seja anulada por fundamento diverso da falta ou vícios da vontade do alheador, ou ainda que este readquira por outro modo a propriedade da coisa.

2. Implica, outrossim, revogação do legado a tranformação da coisa em outra, com diferente forma e denominação ou diversa natureza, quando a transformação seja feita pelo testador.

3. É, porém, admissível a prova de que o testador, ao alienar ou transformar a coisa, não quis revogar o legado.

Aun cuando el código civil portugués no aborda todo el casuismo que vimos en el derecho romano, y que con más fidelidad que el código español recoge el código catalán, mantiene la diferenciación entre la enajenación parcial y total; habla en términos generales de enajenación pero sin distinguir si tal disposición es a título oneroso o gratuito como sí hace el código catalán; y por último, indica que aunque la enajenación fuera anulada por razones distintas a la falta o vicios de la voluntad, la revocación surte sus efectos, salvo, dice en el apartado 3.º, que se pruebe que el testador al enajenar no quiso revocar el legado, prueba que entendemos le corresponde al legatario como único beneficiario de la liberalidad testamentaria. Al igual que establecen los códigos español y el catalán, la revocación también surte sus efectos aunque el disponente readquiera posteriormente la propiedad de la cosa. En conclusión, en los cuatro códigos presentados, español, catalán, navarro y portugués, hay más coincidencias que diferencias, lo cual responde a la influencia del derecho romano que a través de la condensación del casuismo jurisprudencial en las Instituciones de Justiniano y, posteriormente, por medio de las Partidas ha llegado hasta los actuales códigos vigentes.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749

https://doi.org/10.55104/FRDC_0749