

**RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO
DE UN LEGADO ALTERNATIVO**

ALFONSO MURILLO VILLAR
Burgos - España

RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE UN LEGADO ALTERNATIVO.

1.- De las opiniones de los juristas romanos se colige la existencia de varias figuras particulares de legados; cada una, como es obvio, sometida a una regulación específica. El legado alternativo, para la doctrina romanística, es una de esas figuras particulares, y tiene como objeto la elección de una cosa entre dos o más. Justamente por ser alternativo el legatario únicamente tiene derecho a que se le entregue un objeto (o prestación) de entre los disyuntivamente indicados. Lo importante es saber a quién corresponde en cada caso la elección del objeto, pues el conocimiento de ese dato permitirá imputar la responsabilidad derivada del incumplimiento del legado, bien al gravado bien al legatario, o, incluso, pudiera darse el caso, a ninguno de los dos, circunstancia que originaría la necesidad de asumir por alguno de ellos la pérdida fortuita, dando lugar a un supuesto de *periculum*. En esta cuestión haremos especial hincapié en este trabajo. Por tanto, para imputar la responsabilidad es necesario tener muy presente a quién compete el derecho de elección, si al gravado o al beneficiado por el causante, y de ahí derivar en caso de incumplimiento la responsabilidad correspondiente.

El legado alternativo puede disponerse por medio de un legado *per vindicationem* o por medio de un legado *per damnationem*. Lo normal es que el testador designe quién debe ejercitar el derecho de elección, en caso contrario las reglas establecidas son las siguientes. Cuando el legado alternativo viene constituido por un legado *per vindicationem* la elección, entre los varios objetos indicados por el testador, corresponde al legatario¹. En cambio, cuando el legado alternativo sea instituido por medio de un legado *per damnationem* o un fideicomiso, la elección corresponderá al heredero².

En el legado alternativo *per vindicationem* el legatario será quien deba concretar un objeto de los varios legados y lo hará mediante una *vindicatio* cuyo ejercicio fija decididamente el objeto elegido. En definitiva, la elección recae en el legatario, y la exclusiva responsabilidad por perecimiento o por incumplimiento del legado a él le corresponderá una vez hecha dicha elección, salvo conducta dolosa o culpable imputable directamente al gravado. El legado *per vindicationem* tiene eficacia real y con él se transfiere al legatario el *dominium* de la cosa legada, un *ius in re*, lo que supone una atribución directa de la propiedad sin necesidad de ninguna actividad

¹ D.30.34.14 (Ulp. 21 ad Sab.); D.31.19 (parte I) (Cels. 18 dig.); D.31.23 (Marc. 13 dig.).

² D.30.47.3 (Ulp. 22 ad Sab.); D.30.97 (Iul. 42 dig.); D.30.109.1 (Afric. 6 quaest.); D.31.19 (parte II) (Cels. 18 dig.); D.31.43.3 (Pomp. 3 ad Q. Muc.); D.33.2.21 (Paul. 7 ad leg. Iul. et Pap.); D.33.6.4 (Paul. 4 ad Sab.), salvo voluntad contraria del disponente: D.33.5.22 (Scaev. 17 dig.); D.34.2.38.1 (Scaev. 3 resp.); D.30.84.11 (Iul. 33 dig.); D.31.11.1 (Pomp. 7 ex Plaut.).

mediata por parte del gravado para el cumplimiento de dicho legado. En consecuencia, no se entendería fácilmente que en un legado alternativo *per vindicationem* el causante atribuyera la elección al heredero, pues en ese caso se burlaría la adquisición *statim* que caracteriza el mencionado tipo de legado³. Así, pues, en los legados reales se determina a cargo del heredero una responsabilidad semejante a aquella que deriva del ejercicio de una acción real, lo que significa que la pérdida, deterioro o menoscabo es por cuenta del legatario ya que es el propietario, con lo que a partir del momento mismo en que el heredero acepta la herencia no existe posibilidad de *periculum*, pues si el objeto legado ya es del legatario éste habrá de soportar el riesgo.

En los legados alternativos, los objetos, entre los cuales habrá de elegirse, pueden sufrir menoscabo, deteriorarse o perderse, todo o en parte, de ahí que sea preciso saber si dicha pérdida o menoscabo se ha producido en todos los objetos o en uno solo, y si se perdieron todos, analizar si fue por casualidad o por culpa de alguna de las partes, gravado o legatario, o un tercero; en cualquier caso, debe tenerse muy presente a quién competía la elección y así se podrá derivar quién es el responsable, quién debe resarcir el daño, y lo que es más importante, sabremos una vez aplicados los criterios normales de imputación de la responsabilidad si nadie lo fuera quién habrá de padecerlo.

En suma, nunca se podrá responsabilizar al heredero de la pérdida o deterioro de la cosa salvo por comportamientos dolosos o culposos del mismo. Igualmente, se imputará al legatario la pérdida o deterioro por actos dolosos o culposos propios. ¿Y si el deterioro o pérdida fue por caso fortuito o fuerza mayor? Conclusión, como desde el momento de la aceptación de la herencia por el heredero, por tratarse de un legado real, cuya propiedad ostenta el legatario, ya no existe posibilidad de *periculum*, será él quien sufra el perjuicio como tal dueño.

2.- En D.30.34.14 (*Ulp. 21 ad Sab.*) y D.31.23 (*Marc. 13 dig.*)⁴ se nos presenta un ejemplo de legado alternativo *per vindicationem* en el que dependerá del legatario⁵ (Ticio) la elección del fundo o su usufructo y de no realizarlo el incumplimiento le será imputable exclusivamente a él. Exactamente igual se plantea la cuestión en Celso D.31.19 (parte I)⁶ al indicar, por tratarse de un legado real, que tan pronto como el legatario hubiera reivindicado un esclavo u otro (Estico ó Pánfilo), ya no tiene derecho a cambiar el objeto de su reclamación⁷. Por tanto, a partir de ese

³ BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, 2ª ed., Milano, 1955, p.438.

⁴ D.30.34.14.- *Si ita Titio legetur: "fundum Seianum vel usum fructum eius sibi habeto", duo esse legata et arbitrio eius esse, an velit usum fructum vindicare.*

D.31.23.- *"Lucio Titio fundum Seianum vel usum fructum fundi Seiani lego". potest legatarius vel fundum vindicare vel fructum, quod facere non potest is cui tantum fundus legatus est.*

⁵ Vid. D.30.108.2 muy alterado según GROSSO, G., *I legati nel diritto romano. Parte generale*, 2ª ed., Torino, 1962, p.267 n.1 (p.109 n.3) e I.2.20.22. GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, 3ª ed., Torino, 1966, p.168 ss.

⁶ D.31.19 (parte I).- *Si is, cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius non habet.*

⁷ Cuestión sin duda muy debatida y que ha dado origen a serias disputas doctrinales, vid. FERRINI, C., *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano*, ristampa, Roma, 1976, p.274. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p.206 ss.

momento el heredero queda liberado de cuanto pueda suceder al esclavo siempre que no le sea imputable en atención a los criterios habituales de fijación de la responsabilidad.

Para García Goyena⁸ ambos textos recogen un ejemplo bien raro: ¿a quién puede ocurrírsele legar toda la finca, propiedad y usufructo, o el usufructo solamente?. Albaladejo, a propósito de su estudio sobre el régimen positivo de los legados en el Código civil español, que en materia de legados sigue escrupulosamente el casuismo romano⁹, responde que la alternativa ciertamente será de poco interés práctico, por lo general, porque siendo la elección del legatario, ¿qué legatario escogerá recibir el usufructo sólo, y no la propiedad plena?, y siendo del heredero, ¿qué heredero elegirá perder la propiedad plena, y no solamente el usufructo?. Muy razonable nos parece la opinión tanto de García Goyena como de Albaladejo, pero no debemos olvidar que por lo general las prestaciones entre las cuales se haya de elegir han de ser muy similares o equiparadas. Efectivamente, sería absurdo dos prestaciones muy desiguales, sin embargo, en nuestra opinión, es preciso conocer las circunstancias de cada caso pues, qué es mejor, por ejemplo, ser nudo propietario de por vida o usar y disfrutar gratuitamente la propiedad de otro. Evidentemente es una *quaestio facti* y lo que a uno puede parecer raro a otro muy normal, por algo apostilla el jurista *arbitrio eius esse*. Junto al derecho de elección, que expresa o tácitamente manifiesta el causante, hemos de unir la idea de beneficio, pues el testador seguro querrá beneficiar en mayor o menor medida en unos supuestos al gravado y en otros al beneficiado (legatario).

Continúa el ilustre jurista García Goyena diciendo, “como quiera, el heredero es deudor, y no se descubre razón alguna para que no le aproveche lo dispuesto por la regla general para todos los deudores en el artículo 1052¹⁰”. Este artículo del Proyecto de 1851 evidentemente confiere la elección al deudor en la obligación alternativa y por remisión del artículo 690 hay que acudir a él. Sin embargo, no debemos olvidar que en estos casos no surge una obligación sino un derecho real, pues se trata de un legado *per vindicationem*. Así, pues, García Goyena en el artículo 690 del Proyecto de 1851 quiso cambiar la regulación romana concediendo siempre la elección al gravado. No obstante, fue modificado y ha llegado hasta nuestros días en el artículo 874 del Código civil español vigente, admitiendo que por voluntad expresa del testador podrá elegir el legatario¹¹.

⁸ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión, Zaragoza, 1974, p.372.

⁹ ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (EDERSA)*, tomo XII, vol. I, Madrid, 1981, p.208 n.11.

¹⁰ Art. 1052 del Proyecto de 1851.- “En las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor si no se ha pactado lo contrario”.

¹¹ Vid. ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil*, cit., p.207 ss.

3.- Cuando el legado alternativo ha sido constituido *per damnationem*¹² verdaderamente se ha creado una obligación¹³ alternativa y, si nada en contrario se expresa, la elección le corresponde, como en las obligaciones alternativas en general, al gravado o deudor¹⁴, que extinguirá la obligación cuando cumpla con una de las varias prestaciones prefijadas¹⁵. Cuando el deudor sea moroso será el acreedor quien pueda elegir.

La regla general que atribuye la elección al heredero gravado viene expuesta en diversos textos¹⁶. En D.30.47.3¹⁷ Ulpiano precisa que la elección corresponde al heredero siempre que no incurra en mora para cumplir con el legatario. A sensu contrario, si el heredero incurriese en mora será responsable del incumplimiento y ha de entenderse que el derecho de elección se transmite al legatario. D.33.6.4 (*Paul 4 Sab.*) también atribuye al heredero el derecho de elección y del mismo modo, en D.30.97, Juliano también otorga el derecho de elección al heredero.

Lo más significativo de D.30.109.1 (*Afric. 6 quaest.*) es que el heredero manifiesta su elección tácitamente. La ignorancia acerca de los objetos alternativamente legados no es excusa para repetir la cosa entregada y dar la otra; es decir, no puede mudarse la opinión una vez manifestada (D.31.19 parte II¹⁸). La razón reside en que con el derecho de elección se tiene, según Pomponio en D.31.43.3¹⁹, la posibilidad de cumplir con la prestación que le resulta menos favorable. Por ello, es decir, porque el testador quiere beneficiar al gravado al otorgarle la elección, habrá de tenerse

¹² El caso de la elección alternativa recibe en el fideicomiso el mismo tratamiento, por ello, hablaremos siempre de legados aun cuando se trate de un caso de fideicomiso.

¹³ *Heres meus fundum Cornelianum Titio damnas esto dare* (G.2.201, Ep. Ulp. 24,14). El *damnas esto* alude ineludiblemente a una relación obligatoria, en la que el heredero es deudor y el legatario acreedor, del mismo modo que *si "dato" scriptum fuerit, per damnationem legatum est*. Justamente, por sus posibles contenidos, el legado *per damnationem* cumple unas funciones muy semejantes a las de la *stipulatio* en el ámbito de los contratos. 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 aquél la *actio ex testamento* análoga a la *actio ex stipulatu*. Sobre esta cuestión *vid.*- FERRINI, C., *Osservazioni sulla responsabilità dell'erede nel legato "per damnationem" di una res certa*, en *Opere*, IV, Milano, 1930, p.207 ss. MITTEIS, L., *Stipulation und Legat*, en *ZSS*, 32, 1911, p.1 ss. ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2ª ed., Napoli, 1958, p.9 ss. VOCI, P., *Il limite della responsabilità nell'adempimento dei legati per damnationem e dei fedecommessi*, *SDHI*, 1, 1935, p.48 ss. BIONDI, *Successione testamentaria*, *cit.*, p.270 ss. BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano, II, I*, Padova, 1962, p.133 ss. TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, 1987, p.652. GINESTA, J., *El "legatum per damnationem"*, Barcelona, 1989, p.24 ss.

¹⁴ D.18.1.34.6 (*Paul. 33 ad ed.*); D.23.3.10.6 *in fine* (*Ulp. 34 ad Sab.*): *cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestet*. D.45.1.138.1 (*Venul. 4 stip.*); D.30.75.3 (*Ulp. 5 disput.*).

¹⁵ Para la responsabilidad del heredero en el legado *per damnationem* y del gravado con fideicomiso, *vid.* GROSSO, *I legati*, *cit.*, p.395, con bibliografía.

¹⁶ D.30.47.3 (*Ulp. 22 ad Sab.*); D.33.6.4 (*Paul. 4 ad Sab.*); D.30.97 (*Iul. 42 dig.*); D.30.109.1 (*Afric. 6 quaest.*); D.31.19 (parte II) (*Cels. 18 dig.*); Ep. Ulp. 24.14.

¹⁷ Texto con claros rasgos de factura compilatoria, *vid.* GROSSO, *Obbligazioni*, *cit.*, p.219 ss. IMPALLOMENE, G., *Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente*, *SDHI*, 25, 1959, p.90 ss. n.81.

¹⁸ *Vid.* IMPALLOMENE, G., *Note sull'adempimento dell'obbligazione alternativa ritenuta dal debitore cumulativa o semplice*, en *Studi E. Betti*, 3, 1962, p.273 ss.

¹⁹ No siempre necesariamente deberá haber paridad entre los objetos disyuntivamente indicados para la elección.

en cuenta que la elección sometida a condición, expresa o tácita, durará hasta que se tenga conocimiento de su verificación (D.33.2.21 *Paul. 7 ad leg. Iul. et Pap.*)²⁰.

En el legado alternativo *per damnationem* la casuística puede ser muy variada. Como hemos apuntado, la regla general es que la elección corresponda al heredero o gravado, pero puede suceder que expresamente se atribuya al legatario o al fideicomisario²¹. En D.30.84.11 Juliano nos presenta el supuesto de un legado alternativo que aun previsto en testamento no llega a existir porque el testador le invalidó al donar posteriormente al legatario uno de los objetos. Sin embargo, se parte del presupuesto de una única obligación para el cumplimiento y por tanto la obligación no se extingue aunque se reduzca el número de cosas debidas alternativamente²². Cuando se afirma que “*Si Titio Stichus aut Pamphilus utrum eorum mallet, legatus est*”, es evidente que la elección por expreso deseo del testador corresponde al legatario. No obstante, continúa el texto, “después el testador donó a Ticio (legatario) el esclavo Pánfilo, y Estico queda sujeto a la obligación”. En definitiva, con la donación el legado alternativo se extinguió y el legatario ya no podrá ejercer su derecho de elección; a pesar de todo, el heredero estará obligado a entregar Estico que era la prestación subsistente tras la donación.

Por consiguiente, en este supuesto no existe un legado alternativo, salvo *ab initio*, dado que el propio testador lo abortó con la donación posterior, privando de esta manera al legatario del derecho de elección. ¿Qué hubiera sucedido si el esclavo hubiese sido donado al heredero o a un tercero en lugar de al legatario? ¿Seguiría existiendo el derecho de elección? En nuestra opinión no, pues la disposición quedó anulada implícitamente por voluntad del testador, todo ello sin olvidar que un legado no es otra cosa que una donación especial.

En D.34.2.38.1 Escévola también nos presenta un legado alternativo en el que la elección corresponde al legatario. Es un supuesto muy similar al recogido en D.33.5.22, del mismo jurista, pero con unas peculiaridades muy especiales²³. En estos casos la elección corresponde dentro de un *genus* (túnicas o bandejas)²⁴, que evidentemente tiene que ser limitado²⁵.

²⁰ Vid. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p.172 ss. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit., p.275 ss. BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p.439 n.2.

²¹ D.30.84.11 (*Iul. 33 dig.*); D.35.5.22 (*Scaev. 17 dig.*); D.34.2.38.1 (*Scaev. 3 resp.*).

²² GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p.172 y 224 n.1.

²³ D.34.2.38.1.- *Semproniae Piae hoc amplius coopertoria Taviania et tunicas tres cum palliolis quae elegerit dari volo: quaero, an ex universa veste, id est an ex synthesi tunicas singulas et palliola Sempronia eligere possit. respondit, si essent tunicae singulares cum palliolis relictas, ex his dumtaxat eligi posse: quod si non est, heredem vel tunicas et palliola set ex synthesi praestaturum vel veram aestimationem earum.*

D.33.5.22.- *Maritus uxori suae codicillis per fideicommissum dedit praedia, item lances quas elegerit quattuor: quaesitum est, an ex his lancibus, quae mortis tempore sint, eligere possit. respondit posse.*

²⁴ Nada impide que las cosas corporales o las prestaciones dejadas alternativamente en un legado puedan ser ciertas o determinadas, o incluso comprendidas en un *genus* como en estos supuestos, vid. BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p.438.

²⁵ GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p.244 ss. En el legado *per damnationem* debía determinarse si el *genus* se refería a cosas del testador o en abstracto. En los casos en que elige el legatario se interpreta en el primer sentido, GROSSO, *I legati*, cit., p.271 n.1.

De lo manifestado en D.34.2.38.1 *in fine* surge una gran dificultad tanto para elegir por la legataria como para cumplir por parte del heredero gravado. Dice el texto: “pero si no las hay (túnicas) el heredero deberá entregar las túnicas y palios del ropero o la verdadera estimación de las mismas”. Entendemos que se han modificado las prestaciones para la elección, antes era entre más de tres túnicas y palios, ahora es entre las que haya en el ropero, tres o menos, o su estimación económica. La elección sigue correspondiendo al legatario y el heredero gravado debe asumir el coste de la prestación propuesta como alternativa para la elección, la cual, en principio, no existía; en definitiva, el heredero gravado asume la responsabilidad de la ausencia.

Lo más frecuente es que el legado alternativo se disponga a través de un legado *per damnationem* creando una obligación alternativa, por cuyas reglas se rige, correspondiendo el derecho de elección al heredero o deudor²⁶. En esta particular figura de legado la cuestión del riesgo adquiere especial relevancia. Efectivamente, el legado alternativo suele disponerse por medio de un legado *per damnationem*, único, junto con el *sinendi modo*, en el que puede producirse una situación de riesgo, pues ambos son constitutivos de obligaciones y no, como los legados reales, traslativos de propiedad.

Si la elección entre dos ó más cosas alternativamente legadas correspondiese siempre al legatario no existiría posibilidad de riesgo, pues en caso de pérdida o deterioro del objeto legado resulta evidente que ese perjuicio le será imputable, sobreentendiendo siempre que no sea posible imputar por dolo, culpa, custodia, etc. ni al gravado ni al beneficiado o a un tercero; sin embargo, cuando la elección corresponda al heredero, bien por designación de la *voluntas testatoris*, bien porque el testador no ha designado quién debe ejercitar el derecho de elección, en el supuesto de que la cosa legada sufra el más mínimo deterioro o menoscabo, se hace preciso investigar quién será el sujeto que deba afrontar esas eventualidades.

4.- El legado alternativo tiene por objeto frecuentemente esclavos, aunque no exclusivamente, y al respecto hemos encontrado unos textos magistrales, amén de los mencionados *supra*, que nos van a dar solución a cuantas cuestiones relativas al riesgo, derivadas de la elección alternativa, nos planteemos.

D.30,84,9 (Iul. 33 dig.).- “*Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato*”. *si dixerit heres Stichum se velle dare, Stichum mortuo liberabitur. cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit*²⁷.

Nos presenta Juliano en esta sede un legado que se instituyó en los siguientes términos: “Que mi heredero dé a Ticio el esclavo Estico o Pánfilo, el que quiera. Si el heredero hubiera declarado que quería dar a Estico, quedará libre de obligación en

²⁶ Vid. GROSSO, *I legati*, cit., p.267 ss; VOICI, P., *Diritto ereditario romano II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2ª ed., Milano, 1963, p.264 ss; BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p.440; VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, (trad. esp. por J. Daza), Madrid, 1986, p.754; TORRENT, *Manual de derecho privado*, cit., p.657; GINESTA, *El “legatum per damnationem*, cit., p.51 ss.

²⁷ LENEL, O., *Palingenesia iuris Civilis I*, Lipsae, 1889, col. 404.- *De legatis 2. De his quae per damnationem legantur: si ex testamento agatur*.

caso de morir este esclavo; y después de haber elegido cuál quiere dar, ya no podrá cambiar de parecer²⁸”.

El riesgo que comporta la pérdida fortuita del esclavo legado solamente se debe de tener en cuenta cuando el evento se produce antes de la elección, pues a partir del instante mismo en que se realice aquélla, la prestación se concentra únicamente en una sola cosa de las alternativamente legadas, y dado el supuesto de que la cosa ya elegida perezca, la prestación se convierte en imposible; imposibilidad únicamente imputable al legatario conforme al principio general de *periculum est legatarii*; es decir, efectuada la elección por el heredero nos encontramos ante un legado obligatorio simple, porque superada la disyuntiva es como si el testador hubiese dispuesto la concreta cosa elegida.

Para el heredero Ticio el dilema de elegir entre uno u otro esclavo es una cuestión de preferencia; es más, consideramos que el legado alternativo debiera incluso denominarse también de preferencia, dado que quien tenga el derecho de *electio* cuando realice la *dictio* manifiesta su interés preferencial movido por razones cuya explicación no se exige²⁹. Insistimos en que la cuestión del riesgo en el legado alternativo únicamente puede plantearse antes de que el heredero haya realizado la elección y ello se deduce de la contundencia de las palabras de Juliano al decir que después de haber elegido cual de los esclavos quiere dar *mutare sententiam non poterit*³⁰.

Si la situación de riesgo solamente es factible antes de la elección, veamos la repercusión que podrá tener cualquier percimiento o deterioro acaecido con posterioridad a la *dictio* sobre los objetos alternativamente legados, dado que las posibilidades de cumplimiento del legado no se extinguen con la desaparición de una de las cosas legadas. Hechas todas estas precisiones volvamos a D.30,84,9, intentando buscar solución a cuantos interrogantes se nos planteen. Conforme a la disposición de la *voluntas testatoris*, la elección le corresponde al heredero, resultándole imputable cualquier responsabilidad que derive de la falta de elección, quedando obligado en los términos que resulten de la posterior *electio* que corresponderá al legatario (D.31,11,1)³¹.

Dice el texto que si el heredero hubiera declarado que quería dar Estico, quedará libre de obligación en caso de morir este esclavo. A partir de este momento no hay un supuesto de riesgo porque la elección ya se había concentrado en el mencionado esclavo, y lo único que sucede es que la prestación no se puede cumplir por imposibilidad sobrevenida no imputable al gravado, es decir, la extinción de la cosa elegida lleva a la extinción del gravamen³². Por el contrario, si el esclavo fallecido hubiese sido en lugar de Estico, Pánfilo, el no elegido, el heredero no podrá cambiar de opinión, pues una vez efectuada la elección es imposible, y en este caso la pérdi-

²⁸ El jurista Iuliano decide en este supuesto igual que en materia de *stipulatio* (D.45.1.138.1; D.45.1.112 pr.). BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p.440.

²⁹ Así interpretamos las palabras “*utrum heres meus volet*” recogidas en D.30.84.9 y en D.31.11.1.

³⁰ A propósito de la cuestión del valor jurídico de la declaración, *vid.* IMPALLOMENI, *Sull'obbligo del debitore*, cit., p.68 ss.

³¹ GINESTA, *El “legatum per damnationem*, cit., p.52. *Vid.*, ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil*, cit., p.218. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p.192.

³² VOICI, *Diritto ereditario*, II, cit., p.265.

da del esclavo Pánfilo tendrá que soportarla el heredero gravado, quien no podrá resarcirse a costa del legatario.

D.30,84,9 nos resuelve, como hemos visto, una serie de cuestiones que se pueden plantear una vez realizada la elección, o mejor, manifestada la preferencia³³; sin embargo, nos quedan por solucionar varios puntos, a priori, imposibles de resolver con el mencionado texto. Es muy probable que este texto fuera mutilado por los compiladores, entre otras razones por su correspondencia literal con el fr.11.1 y el reclamo a la opinión de Juliano. Además, la solución que presenta el fr.84.9 se adapta perfectamente a los efectos reales que Justiniano reconoce a los legados³⁴. No obstante, Ferrini³⁵ mantiene la originalidad del texto y por tanto su tratamiento como un legado *per damnationem*. ¿Qué sucede si antes de llevar a cabo la elección mueren o desaparecen fortuitamente uno o ambos esclavos? ¿Quién asume ese perjuicio?. Estas dos combinaciones son las únicas que estrictamente engendran una situación de riesgo, y su solución nos la proporciona Pomponio en D.31,11,1.

*D.31,11,1 (Pomp. 7 ex Plaut.)- "Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato, dum, utrum velit dare, eo die, quo testamentum meum recitatum erit, dicat". si non dixerit heres, Pamphilum an Stichum dare malit, perinde obligatum eum esse puto, ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus esset, utrum legatarius elegerit. si dixerit se Stichum dare velle, Stichum mortuo liberari eum: si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter qui supererit in obligatione manebit. cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit. et ita et Iuliano placuit*³⁶.

Este fragmento es el complemento de D.30,84,9, en el cual está inspirado, pues completa todo lo que en aquél no se dice pero se dejaba entrever. Los supuestos que se recogen en ambos textos son prácticamente idénticos, y el origen juliano es de una contumacia palmaria, como se demuestra *in fine: et ita et Iuliano placuit*. Juliano y Pomponio coinciden en atribuir expresamente el derecho de elección al heredero. En ambos textos tal derecho se ejercita mediante una declaración, (*dixerit, dicat*) y con ello se concentra en un objeto (esclavo) la obligación³⁷.

Cuando la obligación se ha concentrado en una prestación se ha transformado en una obligación simple por cuyas reglas se rige: extinción de la obligación o *perpetuatio obligationis*, según que el perecimiento sea o no debido a causa imputable al heredero deudor o se produzca durante la mora provocada por él³⁸. No sucede

³³ Entendemos que si el derecho de elección lo tiene el heredero, éste manifestará una preferencia negativa, es decir, elegirá entregar el objeto que menos interés represente para él; si el derecho de elección lo posee el legatario manifestará una preferencia positiva, por cuanto la *electio* se dirige al objeto que más interés represente para él.

³⁴ GROSSO, *Obbligazioni, cit.*, p.193.

³⁵ FERRINI, *Teoria generale dei legati, cit.*, p.276 ss.

³⁶ LENEL, O., *Palingsenesia Iuris Civilis II*, Lipsiae, 1889, col. 83.- *De legatis et fideicommissis*.

³⁷ Una cuestión derivada de estos textos, y marginal a nuestro asunto, es la dificultad para explicar el efecto concentrativo de una declaración, momento y valor. Para ello puede verse IMPALLOMENEI, *Sull'obbligo del debitore, cit.*, p.68 ss.

³⁸ GROSSO, *Obbligazioni, cit.*, p.220.

lo mismo si la imposibilidad de cumplimiento se debe a que la pérdida se produce en estado de mora del acreedor que no recibe la prestación ofrecida por el deudor, en cuyo caso la obligación se extingue y los daños serán sufridos por este acreedor. Frente a la *optio* del *legatum optionis*, la *electio* del legado alternativo se concentra en una simple manifestación de voluntad, en una *dictio*, productora de efectos jurídicos³⁹, y con carácter irrevocable⁴⁰.

Conforme a D.31.11.1 un testador dispuso un legado en los siguientes términos: “que mi heredero dé a Ticio el esclavo Estico o Pánfilo, el que él quiera, con tal de que diga cuál quiere dar en el mismo día de la apertura de mi testamento”. Si el heredero no hubiera declarado en el momento oportuno si prefería dar a Pánfilo o a Estico, creo, dice el jurista, que queda obligado como si se le hubiera impuesto la obligación de dar Estico o Pánfilo a elección del legatario. Si hubiera dicho que quería dar Estico, queda liberado si muere Estico; si uno de los dos esclavos hubiera muerto antes de ceder el día del legado, quedará el superviviente como objeto de la obligación; mas al decir el heredero cual quiere dar ya no podrá cambiar su decisión.

D.31,11,1 recoge la totalidad de lo expuesto en D.30.84,9: la elección corresponde al heredero por decisión de la *voluntas testatoris*; si muere el esclavo elegido el gravado queda liberado; y, por último, el heredero no puede cambiar de parecer en cuanto concentra la obligación en un esclavo concreto⁴¹. El resto del fragmento da solución a las dos cuestiones que nos planteábamos, la muerte de uno o ambos esclavos antes de la elección. Por otro lado, precisa el jurista, que a falta de elección por el heredero ésta viene atribuida al legatario⁴² como también se deduce implícitamente de D.30,84,9.

Si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter qui supererit in obligatione manebit.

Cuando uno de los dos esclavos alternativamente legados fallece, se entiende fortuita o naturalmente, queda el superviviente como objeto de la obligación. Exactamente igual sucede en las obligaciones alternativas que se produce una concentración en una de las prestaciones cuando las demás se hacen imposibles fortuitamente⁴³. Con la muerte de uno de los esclavos se produce una merma patrimonial; si siguiésemos la máxima *periculum est legatarii* este perjuicio sería imputable al legatario, sin embargo, el legatario queda exonerado de la pérdida y se le imputa al heredero, que se verá obligado a entregar el esclavo *qui supererit*.

La muerte de uno de los esclavos no se puede argüir por el heredero para liberarse del cumplimiento de la obligación; es más, conforme a la literalidad del texto tampoco podría liberarse entregando la *aestimatio* del esclavo fallecido, posibilidad que apunta Ginesta⁴⁴, para cuando una de las cosas alternativamente señaladas desa-

³⁹ BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p.439.

⁴⁰ GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p.194 n.2.

⁴¹ GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p.192 ss.

⁴² Circunstancia excepcional en un legado *per damnationem*, D'ORS, A., *En torno a la llamada obligación alternativa*, en Rev. Der. Priv., 28, 1944, p.6.

⁴³ GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p.217.

⁴⁴ GINESTA, *El “legatum per damnationem”*, cit., p.52. Vid. HONSELL, H., *Römisches Recht*, 4ª ed., Berlín, 1987, p.222 n.7.

parezca; en consecuencia, el riesgo que implica la muerte de uno de los esclavos alternativamente legados lo soportará el heredero y no el legatario, con lo cual, en los supuestos de legados alternativos cuando una prestación se hace imposible quiebra la regla *periculum est legatarii*, porque, precisamente, en estos tipos de legados la posibilidad de asunción del riesgo para el legatario se encuentra debilitada por la variedad de prestaciones que puede recibir. Además, se debe precisar que como la muerte se produjo *ante electio*, aún no se había determinado la prestación a cumplir, con lo cual la obligación aún es posible, eso sí, el heredero ya no puede elegir otra prestación para cumplir porque no existe.

Esta llamativa conclusión, que contradice la regla general *periculum est legatarii*, se extrae del análisis conjunto de D.30,84,9 y D.31,11,1, y viene avalada por otro texto, también de Iuliano, relativo a las obligaciones alternativas.

*D.12,6,32 pr(Iul. 10 dig.).- Cum is qui Pamphilum aut Stichum debet simul utrumque solverit, si, posteaquam utrumque solverit, aut uterque aut alter ex his desiit in rerum natura esse, nihil repetet: id enim remanebit in soluto quod superest*⁴⁵.

Dice este párrafo⁴⁶ que si el deudor de Pánfilo o Estico hubiese entregado ambos a la vez, y después ambos o uno de ellos dejara de existir, nada repetirá (el deudor), pues el que sobreviva de los dos quedará como pago⁴⁷. El primer dato a tener en cuenta en la interpretación de este párrafo resulta ser que el deudor no realizó la elección; de la ausencia de este acto es de donde derivan todas las consecuencias favorables o desfavorables para el obligado. El segundo dato importante es que la pérdida del esclavo fallecido la soporta el deudor, pues producido el evento mortal *nihil repetet*.

En consecuencia, al igual que se deduce de D.30,84,9 y D.31,11,1, el riesgo lo asume el heredero, siempre y cuando los eventos fortuitos se produzcan antes de la elección, pues hecha ésta no cabe posibilidad de plantear el problema del riesgo, dado que el esclavo o la cosa legada está individualmente determinada, y el heredero queda libre de la obligación, sufriendo el legatario cuantos perjuicios o detrimentos acaezcan.

Por último, qué sucede si los dos esclavos alternativamente legados desaparecen. El texto (D.31,11,1) no aporta una solución, pero de acuerdo con las reglas generales de las obligaciones alternativas, el legado alternativo se extingue cuando perecen por causa fortuita todos los objetos sobre los que se podría elegir; por consiguiente, *periculum est legatarii*. En el mismo sentido se puede interpretar D.12,6,32 pr.⁴⁸, pues si mueren los dos esclavos alternativamente legados sin realizarse la elección por parte del heredero, éste *nihil repetet*; del mismo modo el legatario quedará privado de aquéllos.

La solución que apunta Ginesta en los supuestos de desaparición de una de las cosas alternativamente legadas, que permite al heredero liberarse pagando su *aesti-*

⁴⁵ LENEL, *Pal. I*, cit., col. 342.- *Si certum petetur*.

⁴⁶ Interpolado para GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p.207 ss.

⁴⁷ Vid. IMPALLOMENI, *Note sull'adempimento delle obbligazione*, cit., p.268 ss.

⁴⁸ Vid. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p.216 n.3.

*matio*⁴⁹, podría hacernos pensar que extinguidas todas las prestaciones alternativas el heredero deudor tendría que pagar la *aestimatio* de cualquiera de ellas, pero esta solución no fue amparada ni por el derecho clásico ni por el derecho justiniano, que ratificaron el principio de extinción de la obligación, cuya asunción únicamente le corresponde al legatario.

5.- En nuestro histórico derecho patrio se observa que el legado alternativo es concebido como una obligación alternativa, no apareciendo referencias expresas a la cuestión salvo en Las Partidas. P.6.9.26 aparenta presentar un legado alternativo, cuando a nuestro entender sería mas bien un legado de opción con claras influencias romanas: I.2.20.23 y C.6.43.3.1a.

P.6.9.26.- *Quando es mandada escogencia de alguna cosa del testador a dos omes, si se desauinieren, que es lo que deve fazer el Juez en esta razon.*

Si a dos omes fiziere el testador manda de vna de sus cosas, poniendola a escogencia dellos, que pueden tomar la que mas quissiesen; como si dixesse, que les mandaua vno de sus sieruos, o vno de sus caualllos, o otra cosa semejante, qual ellos quisieren escoger; si acaesciere, que tuenga desauenencia entre ellos, de manera que el vno non se pagasse de lo quel otro escogesse, estonce puedeles mandar al Judgador echar suertes, e aquel a quien cayere la suerte, deuela escoger, e auer. Pero tenuto es de dar al otro la estimacion de la su parte, que auia en aquella cosa; e esta estimacion deve ser fecha por aluedrio de dos omes buenos. E esso mismo seria, si tal cosa como sobredicha es, fuesse mandada a vno, poniendola en su escogencia. Ca, si acaesciere que este atal muera ante que escoja, finca a sus herederos la escogencia della. E si se desacordaren los herederos en escogerla, deuen echar suertes, e fazer assi coo sobredicho es.

No podemos olvidar que algunos principios clásicos relativos al legado alternativo resultaron modificados en el derecho justiniano, pues en esta época se produjo una confusión entre el legado alternativo y el *legatum optionis*⁵⁰. Si la influencia del derecho romano en las Partidas es del derecho justiniano no debe de sorprendernos que P.6.9.26 recoja lo establecido en las Instituciones de Justiniano. Esta apreciación deriva de que en Partidas se otorga el derecho de elección al legatario, como sucedía en derecho romano, únicamente para los legados *per vindicationem*. El supuesto más elocuente de todo lo dicho es P.6.9.25.

Como aquel a quien es mandada escogencia de alguna cosa, non se puede arrepentir, despues que la ouiere escogido.

⁴⁹ Esta solución es eminentemente justiniana, pues mediante interpolaciones se modificó la regla clásica en el sentido de que el deudor, cuando la elección le correspondía, podía cumplir la obligación pagando la *aestimatio* de la prestación que se hizo imposible por caso fortuito. ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*, 18ª ed., Madrid, 1997, p.574.

⁵⁰ BIONDI, *Successione testamentaria, cit.*, p.440.

Escogencia otorgan los testadores a las vegadas a algund ome, que escoja de dos cosas, quel manda, la vna, qual quisiere. E quando la manda es fecha en esta manera, dezimos, que si escogiere vna vez para si alguna cosa de aquellas que el testador le ouiere mandado, que non se puede despues arrepentir, maguer quiera dexar aquella que escogio, e tomar otra. Mas si la escogencia de la cosa que mandasse a otri el fazedor del testamento, fuesse puesta en aluedrio, o en mano de otro, si este atal a quien fuesse otorgado poder de la escoger, non la escogiere fasta vn año, non pudiendo, o non queriendo, del año en adelante la puede escoger aquel a quien fue mandada la cosa.

En esta ley se establecen pormenores del legado instituido, que sin duda es un legado alternativo. Lo más importante está al comienzo de la ley cuando dice que a veces los testadores otorgan la facultad de escoger a algún hombre, para que escoja una, la que quisiera, de entre dos cosas que el lega. Queda meridianamente claro, pues, que el derecho de elección se otorga al legatario, como ya sucediera en el legado alternativo *per vindicationem* romano, aunque no así en el *per damnationem*, ni en el Proyecto de 1851 ni en el derecho vigente español, argentino, italiano, entre otros, como a continuación veremos.

6.- En el derecho español vigente, artículo 874 del Código civil, rige la norma de que “*en los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvas las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador*”. Las obligaciones alternativas se regulan en los artículos 1.131 a 1.136 y establecen claramente, artículo 1.132, que “*la elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese cedido al acreedor*”. Por tanto, hemos de entender que la elección corresponde al gravado, salvo que se conceda al legatario⁵¹.

Como el legado alternativo hoy unánimemente está concebido como una obligación alternativa, los criterios que han de regir a propósito de la responsabilidad deben buscarse en los artículos 1.135 y 1.136 del Código civil, especialmente en aquellos supuestos de imposibilidad de la prestación o de perecimiento de las cosas legadas alternativamente. La verdad es que puede recogerse una casuística completa, que pasamos a resumir, cuya combinación ofrece la solución para el caso de que unas prestaciones sean imposibles por culpa del gravado y otras no⁵².

- a) La imposibilidad de la que no es culpable el gravado, limita la elección a las prestaciones que aún sean realizables y se producirá una concentración, si sólo queda una prestación posible, y se extingue, si devinieran imposibles todas.
- b) Si la imposibilidad se debe a culpa del gravado, cuando la elección sea suya, se reduce el legado alternativo a las prestaciones que queden.
- c) Si la imposibilidad se debe a que se hicieron todas imposibles, el gravado habrá de indemnizar por el valor de la última.

⁵¹ ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil, cit.*, p.207 ss.

⁵² Puede verse en ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil, cit.*, p.205 ss.

d) Si la elección es del legatario, éste, si la imposibilidad se debe a culpa del gravado, puede optar por cualquiera de las indemnizaciones procedentes de una de las imposibles.

De acuerdo con las reglas generales el riesgo de que el legado se haga imposible sin responsabilidad imputable al gravado lo soporta el legatario, lo que no impide recordar que de los daños o perjuicios que pueda ocasionar el heredero gravado o un tercero responderá quien lo ocasione.

El antecedente más próximo de nuestro artículo 874 del C.c. es el artículo 690 del Proyecto de 1851, que ya hemos transcrito *supra*, y que atribuía el derecho de elección siempre al gravado (heredero). El mencionado artículo 690 no hacía reconocimiento expreso de respeto a la voluntad del testador, apostilla que sí está incluida en el vigente artículo 874. En aquello que respecta a la cuestión de la responsabilidad remitía el Proyecto de 1851, al igual que el código actual, a lo establecido en materia de obligaciones alternativas.

7.- En otros ordenamientos, como puede ser el argentino, por ejemplo, su Código civil, artículo 3758 establece expresamente que *“en los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones alternativas”*, lo que resulta curiosamente coincidente con lo dispuesto en el artículo 690 del Proyecto de Código civil español de 1851. El código civil italiano, artículo 665, indica que en el legado alternativo la elección corresponde al gravado, a no ser que el testador lo haya dejado al legatario o a un tercero. Esta disposición se corresponde con lo establecido en el artículo 1286 del mismo código civil para las obligaciones alternativas: *“La scelta spetta al debitore, se non è stata attribuita al creditore o ad un terzo”*.

Al igual que los Códigos civiles español y argentino, que remiten para el derecho de elección a lo establecido en las obligaciones alternativas, así también se establece en el artículo 796 del C.c. de Puerto Rico: *“En los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie⁵³, salvo las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador”*. Del mismo modo el artículo 758 del C.c. de Perú que regula el legado que llaman de *“bien indeterminado”*, hay que ponerlo en relación con el artículo 1162: *“Designación de la prestación alternativa”*. *“La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero”*. En idéntica línea el artículo 1172 del C.c. de Colombia: *“Legado de especies indeterminadas”*. *“Si de muchas especies que existen en el patrimonio del testador, se legare una, sin decir cuál, se deberá una especie de mediana cantidad o valor, entre las comprendidas en el legado”*. Este artículo debe de ponerse en concordancia con el artículo 1557: *“La elección es del deudor, a menos que se haya pactado lo contrario”*.

Finalmente, apuntar que al igual que el Código civil italiano atribuye el derecho de elección en la propia sede de legados, sin necesidad de remitirse a la sede de las obligaciones alternativas, también en el artículo 1421 del Código civil de México se establece: *“En los legados alternativos la elección corresponde al heredero, si el testador no la concede expresamente al legatario”*. Idéntico se muestra el artículo 1700 del Código civil de Brasil: *“No legado alternativo, presume-se deixada ao herdeiro a opção”*.

⁵³ Artículos 1084 a 1089 del Código civil de Puerto Rico.

