

ESTUDIOS

La revocación del legado por enajenación de la cosa legada durante la *vacatio testamenti*

TERESA ECHEVARRÍA DE RADA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN:

Entre las distintas causas de revocación tácita del legado, el artículo 869.2 del Código Civil contempla la enajenación por el testador, por cualquier título o causa, de la cosa legada o parte de ella. No obstante, para que en tal caso pueda sostenerse la existencia de revocación, es necesario que la enajenación tenga su origen en un acto voluntario del testador del que pueda deducirse la correspondiente voluntad revocatoria. Por ello, es necesario determinar en qué casos y situaciones el acto dispositivo del testador tiene, o no, ese carácter voluntario. A su vez, la eficacia revocatoria de las enajenaciones inválidas dependerá también de la existencia de una verdadera voluntad de enajenar del testador y no del resultado práctico de la enajenación. Igualmente, en los supuestos de enajenaciones condicionales o a término, será el elemento volitivo, es decir, la inequívoca voluntad de revocar del testador, la que determine la ineficacia del legado, cuestiones todas estas que serán abordadas en el presente trabajo.

SUMARIO: I. La enajenación de la cosa legada después del testamento: 1. Carácter revocatorio de la enajenación. 2. La enajenación revocatoria ha de proceder del testador: a) Cuándo hay enajenación revocatoria procedente del testador. b) Enajenaciones realizadas mediante representante voluntario. c) Enajenaciones que el testador se ve obligado a soportar. d) Enajenaciones realizadas por el testador por causa de necesidad.–II. Eficacia revocatoria de las enajenaciones inválidas: 1. Enajenación onerosa que resulta inválida. 2. Enajenación gratuita que resulta inválida.–III. Enajenación condicional o a término.–IV. Bibliografía.

I. LA ENAJENACIÓN DE LA COSA LEGADA DESPUÉS DEL TESTAMENTO

1. CARÁCTER REVOCATORIO DE LA ENAJENACIÓN

Entre las distintas causas de ineficacia del legado, el artículo 869.2 CC contempla la enajenación de la cosa legada durante la *vacatio testamenti* por cualquier título o causa. Si dicha enajenación es parcial, el legado queda sólo sin efecto respecto de la parte enajenada.

En los supuestos anteriores tiene lugar la revocación tácita de un legado en principio válido y objetivamente eficaz, que pierde su valor por no subsistir la voluntad de quien lo dispuso manifestada implícitamente en la enajenación de la cosa legada¹. Tal voluntad es la presunta, pues, como afirma la STS de 13 de junio de 1994², la expresa tiene a su alcance el camino de la revocación del testamento o de la donación, que son disposiciones esencialmente revocables (art. 737 CC)³.

En cualquier caso, es imprescindible que la enajenación se realice voluntariamente por el testador y, en consecuencia, como se verá, las enajenaciones forzosas, como hechos independientes de la voluntad del testador, no tendrán carácter revocatorio. Por tanto, el efecto revocatorio del legado depende de la existencia de una voluntad real y verdadera del testador de producir tal revocación y, en consecuencia, de dejar sin efecto el legado⁴. No obstante, si a pesar de la enajenación el testador manifiesta su voluntad de mantener el legado en forma testamentaria, que no extratestamentaria, éste se mantendrá, otorgando al legatario el derecho a la cosa, si es posible, y en su defecto, al valor⁵.

Como se ha destacado, la norma sólo es aplicable al supuesto de legado de cosa específica y determinada propia del testador, puesto que, de no ser así, no habría por qué presumir la revocación. A ello debe añadirse la falta de sentido de la contemplación por el legislador del supuesto de enajenación de la cosa por el testador, si no es partiendo de que es de su propiedad, así como la imposibilidad de saber si ha existido una enajenación de la cosa legada, si no se trata de una cosa específica y determinada⁶.

¹ HERNÁNDEZ GIL, F., «Revocación tácita de los legados: notas sobre el artículo 869.2.º del Código Civil», *La Ley*, 1981-1, p. 1006; MEDINA ALCOZ, M.ª, «La regulación del legado de cosa ajena en el Código Civil español: una síntesis de las cuestiones que plantea», *La Notaría*, Colegio de Notarios de Cataluña, núm. 17, mayo 2005, p. 78. Como señala esta autora, «si el testador que legó una cosa propia específica y determinada se desprende de ella, no hay legado de cosa propia o ajena, pues la pérdida de su titularidad implica la tácita revocación del legado (*factum concludentium*)».

² RJ 1994/4812.

³ Esta sentencia añade «que lo decisivo para entender que queda sin efecto un legado al amparo del artículo 869 CC es la voluntad tácita del donante mortis causa o testador expresada por medio de una enajenación de la cosa se desprende incluso del propio texto del artículo cuando dice que la vuelta de la cosa al dominio del testador aunque sea por nulidad del contrato no hace recuperar la fuerza del legado».

⁴ DÍAZ FRAILE, J. M.ª, «Transmisión de la cosa legada mediante representante. (Comentario al art. 869.2 del Código Civil)», *RGD*, 1998, p. 7077.

⁵ ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo XII, vol. 1.º, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1998 p. 208; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Comentario del Código Civil*, I, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez (et al), 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2129.

⁶ ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 173; También, HERNÁNDEZ GIL, F., *op. cit.*, p. 1009.

Por otra parte, de la regla general contenida en el artículo 869.2 CC no debe exceptuarse el supuesto concreto en que la enajenación se haya realizado a favor del legatario. En una primera aproximación, podría sostenerse la aplicación del artículo 878.2 CC, que contempla el supuesto de legado de cosa ajena al legatario al otorgarse el testamento por el testador, pero adquirida posteriormente por aquél, cuyos efectos se hacen depender expresamente del título de adquisición.

Si bien este último precepto no distingue en función de que la cosa adquirida por el legatario fuera propia del testador o ajena a éste, podría entenderse que es aplicable al supuesto de legado de cosa propia del testador que el legatario adquiere de aquél después del testamento, puesto que la letra de la ley no contempla distinción alguna. Sin embargo, el artículo 878.2 CC debe relacionarse con el artículo 869.2 CC, cuya interpretación sistemática ha originado dos posturas enfrentadas en la doctrina española.

Así, cierta posición considera que los preceptos anteriores no deben contraponerse. Partiendo de que el fundamento del artículo 869 reside en que la enajenación implica un cambio radical en la voluntad del testador, si éste, después de otorgar testamento, la enajena a un extraño, revela claramente su propósito de que la cosa destinada al legatario ya no vaya al mismo, puesto que la saca de su dominio para transmitirla a un tercero. Por eso mismo, debe negarse cualquier identidad de razón entre este supuesto y el de enajenación al propio legatario. En este último caso, aunque la cosa salga del poder del testador y vaya al del legatario, tal acto no puede interpretarse como un cambio en la voluntad de aquél, puesto que transmite la cosa a la persona que deseaba favorecer con ella; por tanto, parece que el testador persiste en su intención de beneficiar al legatario, ya que no puede con la cosa propia, con el derecho que le concede el artículo 878.2 CC. En definitiva, para esta posición, la donación «sería una realización anticipada de la última voluntad», y la enajenación onerosa «sin derogar la disposición del legado parece indicar también que no ha habido idea modificadora de la intención, sino que prosigue en la de favorecer al instituido, y ante la imposibilidad de conseguirlo con la cosa misma, se impone verificarlo en la manera determinada por el artículo, o sea, mediante la entrega del precio»⁷.

Desde otra perspectiva, se estima que aunque la enajenación se haya realizado a favor del legatario, también queda comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 869.2 CC, puesto que éste no establece excepción alguna. Tal enajenación es revocatoria, tanto si es gratuita como si es onerosa, porque la ley no distingue. Si es gratuita, además, porque parece que el testador, mediante la donación en vida, adelanta la adquisición que correspondería al legatario a la muerte de aquél.

En esta dirección, recientemente la STS de 24 de enero de 2006⁸, ante un supuesto de donación a los legatarios de las mismas cosas previamente legadas, sostiene la interpretación errónea del artículo 675 CC por la sentencia recurrida al considerar esta

⁷ SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil*, tomo XV, 4.ª ed. revisada por F. Ortega Lorca, Reus, Madrid, 1945, p. 378. En la misma dirección, MANRESA NAVARRO, J. M. (*Comentarios al Código Civil Español*, tomo VI, vol. 2.º, 8.ª ed., Reus, Madrid, 1973, p. 494) estima que si el testador enajena directamente al legatario la cosa legada, no puede apreciarse voluntad de revocar, sino de cumplir. Si la adquisición lo fue a título gratuito, considera que se anticipó por el testador el pago del legado; y si lo fue a título oneroso, opta por la aplicación del artículo 878.2, en vista de la generalidad de su expresión y de ser posterior al artículo 869, argumento este último que ha sido considerado totalmente inaceptable por la doctrina más especializada (*vide* ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 310, nota 3; DÍAZ CRUZ, M., *Los legados*, Reus, Madrid, 1951, p. 195).

⁸ RJ 2006/260.

última que la voluntad del causante expresada en el testamento debe marcar los actos posteriores de carácter dispositivo que el mismo efectúe hasta el momento de su fallecimiento, por lo que cualquier acto contrario a lo que en su día ordenó, necesitaría una revocación expresa del testamento en caso de disposición de cualquier bien que en el mismo figurase como objeto de legado. A juicio del Alto Tribunal, mantener que el legado de cosa inmueble dispuesto por el testador sigue subsistiendo a pesar de la posterior donación de la misma cosa legada al legatario, al no haberse probado la voluntad revocatoria, supone una evidente contradicción con el artículo 869 CC que no se puede sustentar racionalmente en que la donación es el pago anticipado del propio legado, pues el causante nada debe al legatario. El artículo 869 determina los casos en los que el legado queda sin efecto, y en su núm. 2.º señala la enajenación de la cosa por el testador por cualquier título o causa, enajenación que implica un cambio de su voluntad. Si la cosa se hubiera legado antes al mismo donatario, es evidente que su intención fue la de no esperar a su fallecimiento para que aquél se haga propietario de la misma –art. 882 CC–, sino que lo sea desde la donación. En consecuencia, la Sala estima revocados los legados dispuestos por el causante a favor de los legatarios por la donación posterior a los mismos de la cosa legada.

Si la enajenación es onerosa, para esta segunda posición también debe apreciarse voluntad revocatoria del testador, porque el artículo 869 CC no exceptúa el caso de enajenación al propio beneficiario del legado, que, en consecuencia, carecería del derecho de indemnización a que se refiere el artículo 878.2 CC⁹.

En definitiva, a mi juicio, la donación en vida de la cosa legada al legatario parece implicar una ejecución anticipada del legado; luego, si aquélla es válida y eficaz, el legatario-donatario nada podrá pedir, ya sea por aplicación del 878.2 CC, ya por aplicación del 869.2 CC¹⁰. Si la transmisión ha sido onerosa, considero preferible defender que si el testador después de otorgar el testamento vende la cosa legada (y, por tanto, en un principio regalada) al legatario, debe entenderse que su voluntad es la de revocar el legado (art. 869.2 CC), y no la de dejar reducido el legado al precio que el legatario le hubiera pagado por la misma. El artículo 869.2 CC establece como regla general que la

⁹ ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 188, 189 y 311. En esta misma dirección, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (*El legado de cosa ajena*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 538 y 539) considera que la transmisión realizada por el testador al legatario después del testamento debe resolverse conforme al espíritu del artículo 869.2 y a la revocación por enajenación. Tal disciplina –continúa esta autora– «se basa en el cambio de voluntad del testador, y siendo este su fundamento sólo existirá la ineficacia que establece el enunciado del citado artículo cuando la enajenación revele esa mutación. Evidentemente, hay cambio de voluntad en la transmisión a título oneroso: la primera voluntad liberal ha sido sustituida por una nueva que parece incompatible con la anterior, siempre y cuando la enajenación proceda del propio testador que con firme y clara voluntad, quiere vender ahora lo que antes quiso regalar. Si transmite a título gratuito, no parece que haya cambiado su deseo de beneficiar al legatario, luego si no existe la razón que se encuentra en la base de la revocación tácita por enajenación, habrá que admitir que se trata de ejecutar anticipadamente *inter vivos* lo mismo que se dispuso *mortis causa*». Vide, también, DÍAZ CRUZ, M., *op. cit.*, pp. 194 y 195; TRAVIESAS, M., «Legados», RDP 1931, p. 132; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 384; OSSORIO SERRANO, J. M., *Comentario del Código Civil*, I, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez (et al), 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993., p. 2150; y MEDINA ALCOZ, *op. cit.*, p. 101.

¹⁰ Por su parte, antes de la promulgación del Código Civil, la STS de 20 de diciembre de 1883 (CLJC, tomo 53, pp. 428 y ss.) afirmó que «la voluntad del testador de legar ciertos bienes, ni racional, ni legalmente puede entenderse revocada por la donación al mismo legatario de aquéllos bienes, porque este último acto, lejos de revelar propósito alguno de invalidar o revocar aquella voluntad, constituye por el contrario un testimonio palpable de que el testador perseveraba y se ratificaba en el afecto demostrado al legatario anticipándole la propiedad y la posesión de su legado». Tras la promulgación del citado Cuerpo legal, la STS de 8 de marzo de 1961, en un supuesto en el que hubo una donación *inter vivos* encubierta bajo la apariencia de una compraventa a favor del legatario y que tenía por objeto los mismos bienes legados, consideró que el negocio simulado era «una prestación anticipada del legado por actos *inter vivos*, que constituye una donación perfectamente válida y anticipada por las partes».

enajenación de la cosa legada hecha por el testador revoca el legado, y el artículo 878.2 no contempla excepción alguna a dicha regla.

Esta solución, a la que se llega por vía de interpretación de los artículos 878.2 y 869.2 del CC, aparece expresamente recogida en el artículo 307.3 del Código de Sucesiones de Cataluña¹¹, que contempla la extinción del legado de cosa cierta si después de ser ordenado por el testador lo adquiere el propio legatario de aquél. No obstante, si la adquisición fue onerosa y de persona distinta del testador, se entenderá legado el precio pagado como contraprestación.

Tampoco se plantea duda alguna sobre esta cuestión en el Derecho italiano, ya que el artículo 657.1 del *Codice civile* vigente la resuelve de forma expresa al declarar la ineficacia del legado si, una vez otorgado el testamento, el legatario la adquiere del testador a título oneroso o gratuito¹².

En el Derecho francés, la doctrina mantiene que el supuesto examinado debe incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 1038 del *Code civil*, que dispone con carácter general que la enajenación total o parcial de la cosa legada realizada por el testador, incluso la efectuada por venta con cláusula de retracto o por permuta, implicará la revocación del legado en todo lo que se hubiere enajenado, aún cuando la enajenación posterior sea nula o el objeto del legado hubiera vuelto a poder del testador. Este precepto, que no ha sido modificado por la reciente *Loi núm. 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*, proclama con carácter general la eficacia revocatoria de la enajenación posterior al testamento, sin distinguir en función de a quién se haya enajenado la cosa legada. Por tanto, el legado también quedará revocado si el adquirente a título oneroso fue el propio legatario. Sin embargo, en caso de enajenación gratuita se mantiene que, en principio, no se trata de revocación y para concluir que la misma existe deben compararse ambas liberalidades y decidir que se trata de voluntad distinta, como podrá suceder si la donación *inter vivos* estuviese grava-

¹¹ Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña, vigente en el momento de redactar estas líneas.

¹² Vigente el *Codice italiano* de 1865, el artículo 843 también regulaba de forma expresa, aunque en distintos términos, el supuesto contemplado. Así, en caso de adquisición gratuita el legado era ineficaz, pero si aquella fue onerosa, el legatario tenía derecho al precio. La doctrina consideraba que tal previsión específica derogaba la regla establecida en el artículo 892 del citado cuerpo legal, en virtud de la cual la enajenación onerosa de la cosa legada hecha por el testador implicaba la revocación («ademptio») del legado y tal excepción se justificaba diciendo que la disciplina de la revocación, contenida en el artículo 892, sólo era aplicable al supuesto de enajenación de la cosa legada a un tercero (VITALI, V., *Il Diritto Civile Italiano*, Parte 9.ª, *Delle Successioni*, vol. 2.º, 2.ª ed., Utet, Torino, 1924, p. 456.); o que tal enajenación suponía una ejecución parcial del legado en vida, que no contradecía el fin del legado, la cual se haría íntegra a la muerte del testador con la restitución del precio (POLACCO, V., *De las sucesiones*, I, 2.ª ed., Traducción de Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1950, pp. 401 y 402; RICCI, F., *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, vol. 3.º, *Delle successioni*, 3.ª ed., Utet, Turín, 1923, p. 825).

Por el contrario, GANGI (*I legati nel diritto civile italiano*, vol. II, Cedam, Padova, 1932, pp. 158 y 159) consideró absolutamente injustificada la excepción contenida en el artículo 843 a la regla general de revocación del legado por enajenación de la cosa legada del artículo 892, puesto que la voluntad del testador, tanto si enajenaba la cosa a un tercero como al legatario, era revocar el legado. Finalmente, esta opinión fue acogida en el Proyecto Preliminar del Código Civil italiano de 1942 y pasó al texto definitivo, actual artículo 657, al considerarse que no existía ninguna razón fundada para no admitir también en este caso la revocación. De hecho, la moderna doctrina italiana afirma que la regulación contenida en el artículo 657, técnicamente impecable, ha subsanado las imperfecciones de la normativa anterior al eliminar, en caso de adquisición onerosa de la cosa legada del propio testador, la injustificada excepción al principio de revocación tácita del legado recogida por el derogado artículo 843 (vide GIORDANO-MONDELLO, Voz «Legato», en *Enciclopedia, del Diritto*, tomo XXIII, 1973, p. 760. En la misma dirección, vide PERLINGIERI, P., *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro 2.º, Utet, Turín, 1980, p. 420).

da por cargas o sometida a condiciones nuevas o distintas a las impuestas en el legado¹³.

Volviendo a nuestro Código Civil, si lo que sucede es que el testador, después de otorgado el testamento, enajena onerosa o gratuitamente la cosa legada a un tercero que, a su vez, se la transmite al legatario, el legado es también ineficaz por el carácter revocatorio de aquella primera enajenación. Si el fundamento del artículo 869.2 para dejar sin efecto el legado cuando el testador enajena la cosa legada es el de que su voluntad cambió hacia la revocación del legado, no puede considerarse modificada esta voluntad por el hecho de que el legatario la adquiera del tercero; máxime si se tiene en cuenta que el citado precepto mantiene la ineficacia del legado en caso de que sea el propio testador quien recupere la cosa que previamente había enajenado¹⁴.

Finalmente, el legado no revive cuando el testador, antes de fallecer, haya recobrado la cosa que, en su día, una vez otorgado el testamento, hubiese enajenado, de forma que, al abrirse su sucesión, aquélla se encuentre en el caudal relicto. Si, como hemos sostenido, la enajenación es revocatoria, la readquisición no reestablece el vigor del legado, porque ni revoca la revocación, ni aunque la revocase reestablecería el vigor de lo revocado¹⁵. Por supuesto, el testador podrá reestablecer el legado por otro acto posterior de última voluntad.

No obstante, por excepción, si la readquisición de la cosa tiene lugar en virtud de pacto de retroventa, el legado recobra vigor (art. 869.2, *in fine*). Para explicar la eficacia del legado en este caso, la doctrina española coincide en que debe estimarse que si el testador vendió reservándose el derecho a adquirir, es porque su intención no fue desprenderse definitivamente de la cosa, faltando así una terminante voluntad revocatoria¹⁶. Esta, por tanto, queda pendiente de que haya o no readquisición¹⁷.

Por su parte, el artículo 306.4 del Código de Sucesiones de Cataluña, al regular los efectos de las readquisiciones, contempla, como caso especial, las ventas a carta de gracia (supuesto similar a la retroventa ex art. 869 CC) y excluye la revocación si el testador readquiere la cosa por derecho de redimir en las ventas a carta de gracia que él hubiera otorgado¹⁸.

¹³ BAUDRY-LACANTINERIE, G. et COLIN, M., en *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, XI, 2.º, 2.ª ed., París, 1899, p. 375; LAURENT, F., *Principes de Droit Civil français*, tomo XIV, 3.ª edit., París, 1878, p. 246.

¹⁴ DÍAZ CRUZ, M., *op. cit.*, p. 196; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *op. cit.*, p. 539; OSSORIO SERRANO, J. M., *op. cit.*, p. 2150.

¹⁵ ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 188 y 189.

¹⁶ MANRESA NAVARRO J. M.ª (*op. cit.*, p. 418) considera que «en caso de venta o adjudicación con pacto de retro, el testador demuestra que no quiere desprenderse de la cosa, ni, por tanto, anular el legado. Si no puede readquirirla, resultará enajenada y perdida; pero si la readquiere, no puede ser más evidente que el testador no quiso desprenderse de lo que legó». *Vid.* también, OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, p. 368; ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 188; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 394; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, Dykinson, Madrid, 1992, p. 548; MARÍN CASTÁN, F., en *Comentario del Código Civil*, Coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, tomo 5 (arts. 858 a 1087), 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, p. 90; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Comentario a los artículos 858 a 591 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, p. 1062.

¹⁷ Esta excepción recogida por el artículo 869.2 de nuestro Código, aparece expresamente rechazada en el artículo 686 del Código italiano de 1942, al igual que sucedía en el artículo 892 del Código derogado. En el Código francés, la facultad de retroventa no excluye la revocación del legado (art. 1038). En la doctrina francesa anterior al «Code», POTHIER, R. G. (*Traité des donations testamentaires*, en *Ouvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle*, par M. Bugnet, tomo 8, 2.ª ed., París, 1861, pp. 375 y 376) consideraba que la venta realizada con pacto de retro no era revocatoria porque tal venta, generalmente, era necesaria.

¹⁸ Este mismo precepto, en su párrafo quinto establece que «Vendida a carta de gracia la cosa legada sin readquirirla el testador, se entenderá legado el derecho a redimir».

2. LA ENAJENACIÓN REVOCATORIA HA DE PROCEDER DEL TESTADOR

a) Cuándo hay enajenación revocatoria procedente del testador

Para que sea posible estimar la voluntad revocatoria, la enajenación debe proceder *personalmente* del testador. Este requisito aparece implícito en la frase con que se inicia el artículo 869.2 CC: «*Si el testador enajena...*». Por tanto, como sólo la voluntariedad en la enajenación fundamenta la presunción de la revocación, las transmisiones de la propiedad de la cosa legada realizadas sin la voluntad del testador no son revocatorias¹⁹.

En consecuencia, en términos generales, no puede considerarse revocatoria la enajenación que lleva a cabo el representante legal o voluntario, salvo que la haya efectuado siguiendo las instrucciones recibidas del propio testador. Tampoco la que éste se ve obligado a soportar; así, cuando la cosa legada le fue expropiada, o se hipotecó, e impagada la obligación asegurada, aquélla es enajenada en la ejecución hipotecaria y, por tanto, impuesta para dar efectividad a la hipoteca, o si los acreedores del testador promueven su venta para cobro de sus créditos²⁰. Junto a los anteriores supuestos se citan los de enajenación que procede de tercero, como si el poder de disponer de la cosa no correspondía a su dueño, el testador, y quien lo tiene decide enajenarla, y el de pérdida de la cosa legada por el testador porque alguien la usucape o la adquiere *a non domino*²¹.

En todos estos casos el legado no pierde su eficacia, a pesar de que la cosa ya no pertenezca al testador, porque realmente no ha habido un cambio de su voluntad, fundamento de la revocación tácita. Si bien es cierto que, desde un punto de vista objetivo podría sostenerse la revocación, puesto que la cosa legada no se encuentra ya en el patrimonio del testador, el criterio subjetivo apunta a la existencia de un acto voluntario del causante que provoque la revocación tácita del legado²². En definitiva, no puede mantenerse que exista revocación del legado, porque realmente no ha habido acto voluntario por parte del testador del que pueda deducirse voluntad revocatoria; es decir, falta la voluntariedad *iure proprio* en la enajenación realizada por el testador y, por tanto, su deseo de desprenderse del bien²³. Por tal razón, en el supuesto concreto en el

¹⁹ HERNÁNDEZ GIL, F., *op. cit.*, p. 1010; ROMÁN GARCÍA, A., *Derecho de Sucesiones. Instituciones de Derecho Civil Español VII*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 290.

²⁰ *Vid.*, entre otros, DÍAZ CRUZ, M., *op. cit.*, p. 657; TRAVIASAS, M., *op. cit.*, p. 175; ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 186; HERNÁNDEZ GIL, F., *op. cit.*, p. 1010; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *op. cit.*, p. 2131.

Por su parte, la doctrina francesa considera que las enajenaciones forzosas (expropiación, ejecución por acreedores), o no realizadas por el testador (así, las realizadas por el representante legal) no son revocatorias. En estos casos, el legado será eficaz si el testador recobró la cosa legada y ésta se encuentra en el patrimonio hereditario; en su defecto, el legado carecerá de eficacia, porque se considera que el legado ha caducado acudiendo, bien al artículo 1042, que contempla la caducidad por pérdida de la cosa legada, bien al artículo 1021, que establece la nulidad del legado de cosa ajena. *Vid.* BAUDRY-LACANTINIERE, G. et COLIN, M., *op. cit.*, pp. 379 y 380; LAURENT, F., *op. cit.*, pp. 244 y ss.

En el Derecho italiano, en el sentido indicado en el texto, *vid.* TALAMANCA, M., «*Successioni Testamentarie (arts. 679-712)*», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1978, pp. 173 y 174 y los autores citados en la nota 2, p. 173.

²¹ ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 186 y 187; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *op. cit.*, p. 277 y ss.; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *op. cit.*, p. 547; DÍAZ FRAILE, J. M.^a, *op. cit.*, p. 7078.

²² *Vid.* YSAS SOLANES, M.^a, «Comentario a la STS de 29 de septiembre de 1986», CCJC, núm. 12, sep-dic. 1986, p. 4027.

²³ LLEDO YAGÜE, F., *Derecho de Sucesiones*, vol II, Universidad de Bilbao, Bilbao, 1991, p. 586.

que sea el legatario favorecido el que adquiere la cosa de un tercero, que a su vez la adquirió del testador por alguna de las causas que impidan estimar la existencia de voluntad revocatoria por parte de este último, el supuesto debe juzgarse conforme al artículo 878.2, y no con arreglo al 869.2 CC, por faltar el elemento en el cual basar la presunción de que el causante quiso revocar el legado.

b) Enajenaciones realizadas mediante representante voluntario

Como se ha señalado, son revocatorias las enajenaciones personales y voluntarias o procedentes de un acto propio y querido por el testador. No obstante, no es necesario que la enajenación se lleve a cabo mediante un acto personalísimo del testador, ya que también pueden tener carácter revocatorio las enajenaciones realizadas a través de un representante voluntario, siempre que haya sido facultado por el testador para transmitir la cosa concreta objeto del legado.

Por su parte, la RDGRN de 16 de marzo de 2000²⁴ afirma que «la existencia de un testamento anterior, en modo alguno limita, en vida del testador, el alcance y eficacia de los poderes por él otorgados, ya sean generales para disponer, o limitados a la disposición del concreto bien legado; así se infiere de la propia naturaleza del testamento, en cuanto acto de última voluntad, que sólo alcanza eficacia a la muerte del testador, y que no limita la facultad del testador para su revocación (art. 739 del Código Civil), ni, consiguientemente menoscaba sus actos de disposición *inter vivos*, –ya realizados personalmente, ya por medio de apoderado, de los que puede resultar la ineficacia, total o parcial de la disposición testamentaria».

Por mi parte considero que si la enajenación tiene lugar sin consentimiento expreso y específico, no estaremos ante un acto querido por el testador que manifieste su voluntad de dejar sin efecto el legado, y la revocación no tendrá lugar. En consecuencia, ésta no se produce si se ha otorgado al representante la facultad de escoger entre varios objetos el de la enajenación, ni, en general, cuando la representación provenga de un poder general que faculte para actuar sobre cualesquiera bienes o derechos del conjunto del patrimonio del testador²⁵.

Por consiguiente, en los supuestos en que se esté ante una cláusula común de poder general, redactada usualmente en los siguientes términos: «comprar y vender por precio confesado, de contado o aplazado, permuta y por cualquier otro título oneroso enajenar y adquirir bienes muebles e inmuebles.....», una interpretación literal de la misma llevaría a considerar perfectamente válidos, entre otros, la venta de bienes determinados legados en un testamento por el poderdante, siendo el poder general y no especial. Sin embargo, en la interpretación de los contratos y, en particular de los poderes, se debe cohesionar su contenido con otras instituciones jurídicas que puedan venir relacionadas con el caso concreto de que se trate, no pudiendo olvidarse que la *teoría de la representación* está sujeta a ciertos *límites que definen su ámbito*, y que, en general, excluyen la misma en materias como la referente al Derecho sucesorio, especialmente si se estima que el fundamento de la vocación hereditaria descansa en la voluntad del causante, considerándose como actos personalísimos los de otorgamiento de testamento y su re-

²⁴ RJ 2000/2733.

²⁵ DÍAZ FRAILE, J. M.^º, *op. cit.*, p. 7078; HERNÁNDEZ GIL, F., *op. cit.*, pp.1010 y 1011. En la doctrina italiana, *vid.* TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 174.

vocación. Por ello, para que la enajenación mediante apoderado de un bien previamente legado tenga eficacia revocatoria, es necesario un poder especial en el que el apoderado recibe una autorización especial en relación con el objeto legado, siendo la voluntad del poderdante la que viene a integrar la estructura del negocio celebrado. El hecho de que en el poder especial el acto y el bien estén especialmente contemplados por el poderdante, supone una cierta voluntad del acto por parte de éste y de sus efectos jurídicos, de manera que no sólo asume las consecuencias del eventual pacto que el representante pueda realizar, sino que se manifiesta una voluntad sobre el acto concreto. Tal manifestación es necesaria para aquellos actos que, por su carácter personalísimo, implican la necesidad de una voluntad real, efectiva y concreta sobre los mismos por parte de aquél en cuya cabeza van a parar los efectos de tales actos²⁶.

En el ámbito jurisprudencial, la SAP de Valladolid de 3 de abril de 2001²⁷ contempla un supuesto en el que se discute la eficacia revocatoria de una venta realizada por el apoderado de la testadora en virtud de poder concebido en términos muy generales, en el que no se recoge la facultad expresa de disponer afectando a los legados que, precisamente, había dispuesto la testadora en testamento el mismo día en que otorgó el poder. La Audiencia, teniendo presente el carácter general del poder, el que éste hubiese sido otorgado el mismo día en el que se instituyó el legado en acto posterior sucesivo, legado que, además, fue reiterado en testamento posterior, así como el desconocimiento por parte de la testadora de la operación de venta realizada por su apoderado, estima la falta de concurrencia de voluntad presunta de revocar el legado.

Por su parte, la STSJ de Cataluña de 30 de julio de 1998²⁸ considera correcta y consecuente con la legalidad la valoración realizada por la Sala de instancia en su sentencia, que lo que viene a expresar, si se profundiza algo más, es que el segundo párrafo del artículo 1713 CC, puesto en relación con lo que dispone el párrafo primero, es indicativo de que para cualquier acto de disposición dominical se precisa mandato expreso o, lo que es lo mismo, poder especial para la disposición concreta que se realiza, no bastando para la validez de estos actos el mero apoderamiento general, aunque en el mismo se comprendan los negocios jurídicos que sirven de base para la realización de aquellos actos. El sentir unánime que domina nuestra jurisprudencia, como dice la doctrina, trata precisamente de impedir la generalización e indeterminación con que suelen aparecer conferidos gran número de mandatos y poderes.

No obstante, en caso de que el representante, actuando sin poder o con poder insuficiente, enajene la cosa previamente legada por el poderdante, existe la posibilidad de ratificación posterior en vida de este último (art. 1259.2 CC). Ahora bien, si el testador fallece antes de ratificar el acto dispositivo, se plantea el interrogante de si cabe o no ratificación posterior.

La posibilidad de ratificación por parte de los herederos del *dominus* de los negocios transmisivos celebrados por el representante sin poder o con poder insuficiente, como subrogados en la situación jurídica del causante, ha sido admitida por la doctrina al tratarse de una solución acorde con la jurisprudencia recaída en la exégesis del artículo 1259.2 CC, que está inspirada en el principio del *favor actis*. Tal criterio es el que

²⁶ DÍAZ FRAILE, J. M.^a, *op. cit.*, pp. 7083 a 7086. En contra de la necesidad de que el poder tenga que ser específico para enajenar lo legado vide SERRANO DE NICOLÁS, A., en *Instituciones de Derecho Privado*, coor. J. F. Delgado de Miguel, tomo V, Civitas, Madrid, 2005, *op. cit.*, p. 638.

²⁷ La Ley 71570/2001.

²⁸ RJ 1998/8504.

sigue, igualmente, la STS de 11 de octubre de 1990 al afirmar que: «Si bien el artículo 1259 del Código Civil dice que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación será nulo, ese mismo artículo 1259 y el 1727 del mismo cuerpo legal admiten que el negocio concluido en nombre del representado sin poder de representación o con extralimitación de poder puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, cuya ratificación ratifica el negocio (*ratihabitio mandato reputatur*) y lo hace válido desde su origen y durante la pendencia de la *condictio iuris* que la ratificación supone. Si la expresada doctrina se pone en conexión con la subrogación del heredero en la situación jurídica del causante, que se opera por efecto de la sucesión *mortis causa* y con la confusión que la aceptación pura y simple de una herencia opera entre los derechos del causante y del heredero (arts. 659, 661 y 1023 del Código Civil, este último *a sensu contrario*), ha de concluirse que en el presente supuesto se ha producido una verdadera y propia ratificación del contrato de compraventa litigioso, llevada a cabo por el heredero único..., que, además, es el que celebró dicho contrato como mandatario y a quién únicamente podría perjudicar tal ratificación, por lo que el aludido contrato ha de considerarse válido y eficaz...».

En esta sentencia el Alto Tribunal acude a la idea de que el heredero que ratifica es la única persona a quien podría perjudicar esa ratificación, lo cual, además, no es un mero criterio de equidad, sino que en materia contractual se apoya en diversos preceptos que imponen la conmutatividad de las prestaciones recíprocas y que proscriben el enriquecimiento injusto. Pero si nos basamos en tal argumento, en el caso debatido tendría que defenderse la solución contraria, puesto que, como se ha destacado muy acertadamente, la ratificación realizada por el heredero del causante del negocio que transmite la cosa legada a un tercero, beneficiaría a aquél, al integrarse el precio obtenido como contraprestación en la masa hereditaria como un activo más de la misma, «siendo así que el legado revocado por la ratificación del negocio transmisivo figura en tal masa pero como pasivo o carga de la misma, de la que se libera el heredero por su revocación. Ello determinaría una situación de interés contrario a la voluntad del testador al ordenar el legado»; contradicción de intereses que, como se añade «resultaría aún más evidente en el caso de que el apoderado cuya intervención se pretende ratificar coincida con la propia persona del heredero que otorga el acto de ratificación»²⁹.

Finalmente, en el caso concreto de venta de cosa legada al legatario favorecido por representante con poder insuficiente, de aceptarse la citada ratificación, habría que admitir la existencia de una adquisición onerosa por parte del legatario favorecido, procedente del propio testador, que excluiría el derecho de aquél a la indemnización mencionada en el artículo 878.2 CC, al haberse producido la revocación del legado prevista en el artículo 869.2 CC. A mi juicio, tal solución debe rechazarse, no sólo porque, a tenor de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo, el heredero del causante, lejos de verse perjudicado por la ratificación, resultaría beneficiado por ella al quedar liberado de entregar al legatario indemnización alguna, sino porque no cabe admitir que el heredero revoque el legado. Por tanto, el negocio transmisivo celebrado respecto de la cosa previamente legada por el poderdante será ineficaz, y el legado mantendrá su eficacia.

²⁹ Vid. DÍAZ FRAILE, J. M.^a, *op. cit.*, pp. 7089 y 7090.

c) Enajenaciones que el testador se ve obligado a soportar

En el caso concreto en que el testador haya constituido un derecho real de garantía sobre la cosa legada, podría sostenerse que la enajenación promovida por el acreedor ha sido autorizada por aquél al constituirse el derecho de que se trate y que, en consecuencia, el supuesto debería regularse de forma análoga al de la enajenación realizada por representante autorizado del testador. Sin embargo, esta interpretación debe rechazarse, puesto que en el momento de constituirse la garantía, la posibilidad de la venta coactiva aparece como una eventualidad que no es querida por el testador. Por tanto, ese complejo supuesto, resultante de la constitución del derecho de garantía y de la venta efectuada por el acreedor, no constituye base suficiente para estimar la existencia de una voluntad revocatoria del testador³⁰.

En esta dirección, antes de la promulgación del Código, la STS de 24 de diciembre de 1880³¹ consideró que no era revocatoria la enajenación de la cosa legada efectuada en ejecución hipotecaria, precisamente porque ello «demuestra por sí solo que aquella enajenación no fue hecha *voluntariamente*, sino por mengua de que el testador había y sin intención por parte de éste de revocar dicha manda, y no habiendo justificado tampoco el recurrente esta intención..., no ha infringido la Ley 17, tít. 9, p. 6». En este caso, el TS consideró que el legado se había convertido en legado de cosa ajena³².

En cuanto a los supuestos de expropiación forzosa, la STS de 13 de junio de 1994³³, rechaza la revocación automática del legado por enajenación de la cosa legada en ausencia del principio de voluntariedad del testador, al declarar que «es imprescindible que la enajenación o transformación de la cosa se produzca voluntariamente por el testador (o por representante autorizado o por tercero sin poder pero cuya actuación haya sido ratificada por el propietario)... Que lo decisivo para entender que queda sin efecto un legado al amparo del artículo 869 del Código Civil es la voluntad tácita del donante *mortis causa* o testador expresada por medio de una transformación o enajenación de la cosa, se desprende incluso del propio texto del artículo cuando dice que la vuelta de la cosa al dominio del testador aunque sea por nulidad del contrato no hace recuperar la fuerza al legado», así como que «las enajenaciones de carácter forzoso, como hechos independientes de la voluntad del testador, no pueden tener carácter revocatorio porque les falta el elemento en el cual basar la presunción de que el causante quiso revocar el legado». Esta sentencia señala como ejemplo característico de enajenación forzosa que no extingue el legado la expropiación forzosa, supuesto en el que la intervención del testador (en el supuesto enjuiciado donante *mortis causa*) en el trámite del justiprecio de la expropiación no constituye obstáculo

³⁰ Vid. TALAMANCA, M., *op. cit.*, pp. 190 y 191.

³¹ CLJC, tomo 44, pp. 587 y ss.

³² Considera ALBALADEJO (*op. cit.* p. 186, nota 21 ter.) que esta sentencia, citada en apoyo de que no es revocatoria la enajenación de la cosa legada en ejecución hipotecaria, no es necesario invocarla, ni viene a cuenta hacerlo. En cuanto a este segundo argumento, que se centra en que dicha sentencia fue dictada para el Derecho de Partidas que contemplaba una regulación distinta a la actual, me parece indiscutible. Pero me interesa el primer argumento que ofrece, tampoco discutible a mi juicio, y que se refiere al requisito de que para que la enajenación sea revocatoria debe hacerla el testador, luego la que tiene lugar en ejecución hipotecaria no es revocatoria, porque no procede de lo acordado por el testador con el adquirente, sino de que le es impuesta para dar efectividad a la hipoteca.

³³ RJ 1994/4812.

a lo anterior, porque colaborar y no discutir el hecho irremediable de la expropiación no puede equipararse a la enajenación voluntaria³⁴.

Por otra parte, en los supuestos de expropiación a la hora de determinar la cantidad en la que debe entenderse subrogada el bien legado, debe tenerse en cuenta que los procedimientos expropiatorios pueden dar lugar a dos tipos de intereses: los de demora en la fijación del justiprecio mediante resolución definitiva (art. 56 LEF) y los de demora en el pago (art. 57 LEF). En cuanto a los primeros, como declara la SAP de Barcelona de 9 de noviembre de 2001³⁵, «son considerados por la jurisprudencia administrativa no como parte integrante del justiprecio, pero sí como un crédito accesorio del mismo que se devenga por Ministerio de la Ley en el precio (STS 26 de octubre de 1993), por lo que su importe debe incluirse en la cantidad que ha sustituido al bien legado». En cuanto a los segundos, su finalidad es «indemnizar al expropiado por el período de tiempo transcurrido entre el momento en que debió hacerse el pago del justo precio y aquél en que efectivamente se le hizo, es decir, por los rendimientos de ese dinero que se han dejado de percibir. Si el justo precio se hubiera pagado en el momento de su fijación, el legado no comprendería los intereses de la cantidad percibida por la testadora que hubiera podido devengarse con posterioridad a su percepción –el legatario sólo hace suyos los frutos e intereses pendientes a partir de la muerte del testador artículo 295 CS, por lo que tampoco ha de comprender la satisfecha en tal concepto a la misma por la Administración».

Por su parte, el artículo 306.4 del Código de Sucesiones de Cataluña excluye la existencia de revocación del legado en caso de enajenación por expropiación o ejecución forzosa, e incluso o por causa de permuta o de aportación a sociedad, a menos que el heredero demuestre que la intención del causante era revocar el legado³⁶. En los supuestos antes citados, quedará subrogado en el bien legado el que se haya recibido a cambio³⁷.

Este precepto, de forma expresa, priva de eficacia revocatoria no sólo a las enajenaciones forzosas (solución acogida por la doctrina, en relación con el Derecho común, por vía de interpretación del artículo 869.2 CC), sino también a ciertas enajenaciones voluntarias, como la permuta o la aportación a sociedad. Frente a tal solución legal, la doctrina se cuestiona la razón por la que una venta implica necesariamente revocación y una permuta no, así como la diferencia existente entre la venta de un bien a una sociedad, o su aportación a esa misma sociedad³⁸.

³⁴ En la misma dirección, *vide* la SAP de Ciudad Real de 28 de septiembre de 2005 (AC 2005/2012).

³⁵ La Ley 202233/2001. Esta sentencia contempla un supuesto en el que la testadora, con el dinero recibido por la expropiación de una finca que había sido objeto de legado, otorgó sendos contratos de préstamo a favor de los legatarios, y se reservó para ella una parte. Ante la pretensión del apelante de que se estimara revocado el legado al haber dispuesto la testadora de la cantidad recibida a favor de los legatarios instituidos, la Audiencia consideró que tal disposición no implica voluntad de la testadora de revocar el legado, sino, por el contrario, al haberlo hecho a favor de aquéllos, se acomoda más a una voluntad de anticipar.

³⁶ Tal posibilidad de probar la voluntad revocatoria del causante debe entenderse referida a la permuta y a la aportación, pero no a la expropiación y ejecución (GIMÉNEZ DUART, T., «La ineficacia de los legados (arts. 306-307)», en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, coord. por LL. Jou i Miravent, tomo II, Bosch, Barcelona, 1994, p. 1044).

³⁷ *Vide* la SAP de Barcelona de 18 de febrero de 2004 (JUR 2004/958660) que contempla un supuesto en el que el testador, tras ordenar un legado consistente en la construcción de una casa sobre ciertos terrenos, aporta para la creación de una sociedad parte de esos terrenos. Posteriormente vende sus aportaciones en la sociedad, de forma que al morir el causante ya no le pertenecía la zona donde debía levantarse la casa, por lo que se estima que el legado ha quedado revocado.

³⁸ GIMÉNEZ DUART, T., *op. cit.*, p. 1042.

Por su parte, el artículo 869.2 del CC no contempla expresamente la permuta³⁹, pero sin duda debe entenderse incluida en el concepto amplio de «*enajenación por cualquier causa*» y, por tanto, considerarse revocatoria. En efecto, el término *enajenar* no es sinónimo de *vender*, sino que tiene una mayor amplitud; la venta es una manifestación de la enajenación, la forma típica de la enajenación onerosa. En el precepto examinado, enajenación no coincide con venta, porque no sólo ésta hace ineficaz el legado, sino la enajenación por *cualquier título o causa* por actos *inter vivos*⁴⁰.

No obstante, cierta posición doctrinal, inspirada en la STS de 28 de octubre de 1930, se muestra favorable a mantener el legado en caso de permuta⁴¹. En efecto, la citada sentencia estimó que la permuta de la cosa legada por otra de la misma clase no implicaba la revocación del legado. Ahora bien, el análisis de dicha sentencia permite llegar a las siguientes conclusiones: no aplicó el artículo 869 del CC, sino el Derecho justinianeo vigente en Cataluña, conforme al cual la enajenación por el testador no tiene valor revocatorio si se prueba que en aquélla falta la intención o ánimo de esa clase⁴²; la ausencia de tal voluntad revocatoria era evidente, puesto que la sustitución del solar legado por otros estaba ya prevista en el mismo acto de adquisición del primero, y el testador se limitó a ejercitar la facultad de sustitución que tenía desde el principio; el cambio de solares se realizó por mayor conveniencia del testador y del legatario, con intervención de éste y, por último, el legado se hizo en pago de la legítima del legatario y revocarlo suponía dejar ésta desatendida⁴³.

d) Enajenaciones realizadas por el testador por causa de necesidad

Desde otra perspectiva, puede plantearse la cuestión de si cabe distinguir, a los efectos examinados, entre enajenaciones procedentes del testador pero realizadas por necesidad, en cuyo caso cabría pensar que no son plenamente libres y, por tanto, no implican propósito revocatorio del legado, y las realizadas por decisión no provocada por esa razón.

En el Derecho romano, la enajenación gratuita de la cosa legada entrañaba voluntad de revocar, puesto que la distinción antes mencionada no era aplicable a las liberalidades del donante, toda vez que nadie hace una liberalidad por necesidad⁴⁴. En caso de enajenación onerosa, si se había realizado voluntariamente, el legado no producía efecto, pero si aquélla había obedecido a necesidad, el legado subsistía, si bien, en ambos casos, se admitía prueba en contrario⁴⁵.

³⁹ A diferencia del Código francés, en cuyo artículo 1038 incluye la permuta como revocatoria del legado.

⁴⁰ Vid. HERNÁNDEZ GIL, F., *op. cit.*, p. 1010.

⁴¹ Vid. ROCA SASTRE, R. M.^a, Anotaciones a la traducción española del «Derecho de Sucesiones», de Kipp, tomo V, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1951, cit., p. 185.

⁴² I. 2, 20, 12: «Si habiendo legado el testador su cosa la enajena después, juzga Celso que si la venta no ha sido hecha con la intención de revocar el legado, la cosa se debe siempre...».

⁴³ Vid. ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 198 y 199; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *op. cit.*, pp. 282 y 283; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *op. cit.*, p. 2129. Por su parte, ROMÁN GARCÍA, A. (*op. cit.*, p. 290,) señala que las permutas de bienes «no se han estimado tradicionalmente en la doctrina jurisprudencial como actividades jurídicas que pongan de relieve la intención del testador de revocar los legados». No obstante, matiza este autor, en estos supuestos siempre «habrá que interpretar y analizar las circunstancias del caso concreto».

⁴⁴ D. 34.4.18.

⁴⁵ D. 32.11.12. e I. 2.20.12.

En nuestro Derecho histórico, el Fuero Real consideraba revocatoria toda enajenación, sin entrar en ninguna distinción⁴⁶. En las Partidas, la enajenación a título gratuito por el testador de la cosa legada indicaba cambio en su voluntad y revocación del legado. No obstante, la enajenación a título oneroso debía entenderse que obedecía más bien a la necesidad de desprenderse de la cosa por escasez o falta de recursos, y no a la voluntad de revocar, a no ser que pudiese probarse lo contrario⁴⁷.

A su vez, García Goyena, en su comentario al artículo 685 del Proyecto de 1851, que contenía la misma regulación que el actual artículo 869, refiriéndose a los citados antecedentes, tras destacar los problemas que podía suscitar la distinción señalada al no existir regla alguna sobre la materia, considera como más justa y sencilla, la disposición de los Códigos modernos; «no distinguimos si (el testador) la donó por necesidad de su patrimonio familiar o porque simplemente quiso hacerlo así, de suerte, que si lo hizo por necesidad, se deba el legado, o porque quiso, no se deba, ya que esta distinción no se aplica a las liberalidades del donante, toda vez que nadie hace una liberalidad por necesidad»⁴⁸.

En la actualidad, el Código Civil no establece distinción alguna en función de la razón que motiva la enajenación y, por tanto, a tenor de la letra del artículo 869.2 («*Si el testador enajena por cualquier título o causa...*»), debe considerarse revocatoria toda enajenación procedente del testador y que no sea legalmente forzosa, con independencia de los motivos que le hayan inducido a enajenar⁴⁹. En consecuencia, existe *animus adimendi* en las enajenaciones a título oneroso realizadas por motivos de urgente necesidad, puesto que se trata de un acto voluntario y la norma presume la revocación en las enajenaciones voluntarias, con independencia de cuál sea su causa⁵⁰.

Así lo entiende la SAP de Bizkaia de 4 de mayo de 2004⁵¹ en un supuesto en el que el causante había vendido un bien inmueble legado con la finalidad de pagar una deuda. El Juzgado de Primera Instancia había considerado que se trataba de una enajenación forzosa, tanto por la fecha en que se produjo (dos días antes del fallecimiento de la causante), como por las circunstancias que rodearon esa decisión: la de pagar determinadas deudas, en concreto del legatario favorecido, que fueron atendidas con la suma obtenida por la enajenación del inmueble. En distinto sentido, la Audiencia estima, en contra de la decisión anterior, que «una cosa es una venta por quien está investido de poder para ello, o una subrogación real, y otra muy distinta es una compraventa usual con la cual se pretende la finalidad, en este caso, de pagar una deuda, pero que en otro caso puede ser distinta o similar y siempre indiferente a los efectos del precepto» (se refiere al art. 869.2 CC). A juicio de la Sala, «lo que el legislador establece es que cuando una cosa se vende voluntariamente se deja sin efecto el legado. Y en el caso enjuiciado es evidente la voluntariedad de la venta pues también

⁴⁶ Fuero Real 3.5.2 (Vid. Díez de Montalvo, A., *El Fuero Real de España*, tomo II, 1781, p. 54).

⁴⁷ P. 6.9.17 y P. 6.9.40.

⁴⁸ Como señala este autor, el que por cualquier causa dispone en vida de la cosa legada, quita el legado; y como esto es una liberalidad, de nadie puede presumirse menos que del necesitado (vide *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, I-II, Madrid, 1852, p. 130).

⁴⁹ Albaladejo, M., *op. cit.*, p. 187. También, vide Serrano de Nicolás, *op. cit.*, p. 635; Hernández Gil, *op. cit.*, p. 1010.

⁵⁰ Hernández Gil, F., *op. cit.*, p. 1010.

⁵¹ JUR 2004/294918.

podían haberse vendido otros inmuebles y no consta que no existieran otros bienes con que atender a la premura del pago».

A mi juicio, este último argumento relativo a la existencia de otros posibles bienes que podían haber sido vendidos, debe rechazarse, porque aunque dichos bienes no hubieran existido, si se entiende, como se ha mantenido, que el carácter forzoso de la enajenación debe entenderse reducido a los supuestos en que realmente falta la voluntad del testador, seguiríamos ante un acto negocial voluntario.

II. EFICACIA REVOCATORIA DE LAS ENAJENACIONES INVÁLIDAS

Conforme al inciso final del artículo 869.2 CC, el legado no recobra vigor si después de la enajenación volviese la cosa al dominio del testador, aunque sea por nulidad del contrato.

Una primera aproximación podría llevar a sostener que la norma abarca todos los posibles casos de nulidad, pero, al mismo tiempo, al referirse expresamente a los casos en que la cosa «volviera al dominio del testador», cabría entender que quedan excluidas de su ámbito de aplicación aquellas enajenaciones declaradas nulas después de la muerte del testador. Sin embargo, esta interpretación literal no se acomoda al verdadero espíritu del precepto, pues ni la acción de nulidad recuperatoria del objeto enajenado e impeditiva de la validez del legado tiene un ámbito temporal limitado, sino que tiene eficacia revocatoria tanto si hace reingresar la cosa en el patrimonio del testador enajenante en vida de éste como en su herencia, ni la nulidad del contrato determina siempre la revocación⁵².

En efecto, esencial a la revocación es la existencia de una verdadera voluntad de enajenar y no el resultado práctico de la enajenación. El espíritu del artículo 869.2 CC, como se ha señalado, no es agrupar las enajenaciones inválidas en dos campos: «uno, el de las enajenaciones impugnables (en las que la cosa *sale y vuelve*, después al patrimonio del testador) que serían revocatorias; otro, el de las enajenaciones nulas (en las que la cosa no sale del patrimonio del testador), que no serían revocatorias». Por el contrario, el espíritu de la Ley es «agrupar las enajenaciones inválidas en dos campos: en uno las que, siendo nulas o siendo impugnables, muestren verdadera y libre voluntad de enajenar, y en otro, las que no la muestren»⁵³.

Tras estas precisiones de carácter general, hay que distinguir dos supuestos: el de la enajenación onerosa que resulta inválida y el de enajenación gratuita que resulta inválida. Aunque cierta posición, al analizar el artículo 869.2 CC, considera irrelevante tal distinción en orden a la extinción del legado⁵⁴, entiendo que ésta sí es procedente, puesto que no debe olvidarse que la enajenación de la cosa legada se puede

⁵² Vid. HERNÁNDEZ GIL, F., *op. cit.*, p. 1011.

⁵³ ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 191 y 192. Como indica DÍAZ FRAILE, J. M.^a (*op. cit.*, p. 7079), «el *animus adimendi* no existirá en los supuestos impeditivos de una libre y efectiva voluntad por parte del testador, es decir, en los supuestos de enajenaciones forzosas, de vicios del consentimiento en el negocio transmisivo, en los supuestos de insuficiencia de poder o defectos en la representación, y en general, en cualquier otro supuesto de falta de una real y efectiva voluntad en el enajenante al concluir el negocio, como sucedería en los supuestos de enajenación absolutamente simulada».

⁵⁴ SERRANO DE NICOLÁS, A., *op. cit.*, p. 637.

realizar a favor del gravado con el legado, de un tercero, o, incluso, del propio legatario favorecido, en cuyo caso entraría en juego el artículo 878.2 CC que sí distingue en función del título de adquisición.

1. ENAJENACIÓN ONEROSA QUE RESULTA INVÁLIDA

Procederá la aplicación del artículo 869.2 CC y, por tanto, el legado será ineficaz, siempre y cuando la causa de invalidez no excluya la voluntad revocatoria del testador al realizar la enajenación: por ej. las enajenaciones sin causa o con causa ilícita, las efectuadas por el testador (menor emancipado, pródigo, o incapacitado sujeto a curatela) sin el complemento necesario exigido por la ley para realizarlas; las efectuadas por el testador en contra de prohibición legal (art. 1459 CC), y las que carecen de la forma solemne que necesitan, con tal que conste que, sin embargo, son verdaderas por lo demás⁵⁵. En todos estos casos es evidente que permanece la voluntad real de enajenar, con independencia del resultado práctico de la enajenación.

Por el contrario, carecerán de fuerza revocatoria, al no existir *animus adimendi*, las enajenaciones inválidas en las que la invalidez proceda de ausencia de voluntad de enajenar verdadera y libre (por ej. por incapacidad natural del testador, o por vicios del consentimiento en el negocio transmisivo⁵⁶).

En el caso de las enajenaciones simuladas, si la simulación es absoluta, la enajenación no puede producir efectos revocatorios porque se aparenta la celebración de un negocio con intención de no celebrar ninguno y, por tanto, falta la verdadera voluntad revocatoria. Sin embargo, si se demuestra que la enajenación simulada se hizo para encubrir la revocación del legado, debe admitirse que aquélla tiene carácter revocatorio⁵⁷. En caso de simulación relativa, si el acto disimulado encubre una enajenación, el legado quedará revocado. No obstante, se ha mantenido que, para que se produzca dicha revocación, es necesario que el acto realmente querido tenga los elementos precisos para su existencia. Así, en el caso típico de donación encubierta bajo la apariencia de una venta, si ésta se celebró en escritura privada no habrá revocación, ya que, por lo que se refiere al acto simulado (la venta), no hay voluntad de enajenar y, en cuanto al acto disimulado (la donación) falta un requisito esencial para su existencia: la escritura pública⁵⁸. A mi juicio, la donación disimulada tiene carácter revocatorio, aunque no reúna los requisitos formales para su validez, puesto que parece

⁵⁵ ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 193.

Por su parte, GANGI, C. (*op. cit.*, pp. 450 y 451) considera que cuando la enajenación es absolutamente nula, por ejemplo, por defecto de forma esencial, el acto es jurídicamente inexistente y también lo es la voluntad de enajenar manifestada en ese acto; por tanto, no es apta para revocar.

⁵⁶ En este sentido, HERNÁNDEZ GIL, F. (*op. cit.*, pp. 1011 y 1012) precisa que la violencia, en sus formas de *vis corpori illata* y *vis animo illata*, y el dolo, incompatibles con la voluntad de enajenar, lo son también con la voluntad de revocar. En cuanto al error en la formación de la voluntad del testador enajenante elimina la revocación presunta cuando recaiga sobre la sustancia (*error in substantia*). Sin embargo, este autor considera que el error *in quantitate* no es impeditivo de la revocación del legado, porque debe equipararse en sus efectos a la enajenación parcial a que se refiere el artículo 869.2, primer inciso. Por su parte, GONZALEZ PACANOWSKA, I. (*op. cit.*, p. 274) excluye el carácter revocatorio de la enajenación otorgada bajo el imperio de la violencia, o de un vicio del consentimiento que excluya la voluntad de enajenar la cosa legada como pudiera ser el error sobre la cosa misma; en cambio, probablemente sí sea revocatoria si el error recae sobre la persona del comprador.

⁵⁷ GANGI, C., *op. cit.*, p. 453.

⁵⁸ GANGI, C. *op. cit.*, p. 454.

claro el cambio de voluntad del testador manifestado en su deseo de desprenderse de la cosa legada. En consecuencia, habrá que considerar que el legado ha quedado revocado, sin perjuicio de que la solución sea otra, como se verá, para el caso en que el adquirente lo sea el propio legatario favorecido.

Por último, si la enajenación simulada encubre otro acto de distinta naturaleza que la enajenación, así se aparenta una venta, pero en realidad se quiere un arrendamiento, no hay revocación del legado, porque falta la voluntad de enajenar⁵⁹.

En caso de enajenación onerosa válida otorgada por el testador, que posteriormente se deshace por falta de pago del precio mediante el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1124, se ha sostenido que la transmisión realizada en su día debe tener eficacia revocatoria del legado por equiparación de este supuesto al de nulidad del contrato⁶⁰.

Por mi parte creo que, para sostener en este supuesto la eficacia revocatoria de la enajenación, no es necesaria tal equiparación. Su inclusión en el ámbito del artículo 869.2 viene determinada simplemente por la consideración de que es un supuesto de enajenación válida, en el que posteriormente, por el juego de la resolución, la cosa vuelve al dominio del testador⁶¹.

2. ENAJENACIÓN GRATUITA QUE RESULTA INVÁLIDA

En caso de enajenación gratuita, aunque sea declarada nula, si realmente existe voluntad de enajenar, debe entenderse, con carácter general, que existe voluntad del testador de revocar el legado. Recuérdese todo lo dicho anteriormente sobre el caso típico de donación encubierta bajo la apariencia de una venta. Ahora bien, si la enajenación se realiza a favor del mismo legatario, nos encontramos ante una confirmación o ejecución anticipada del legado, que viene a ratificar el deseo del testador-donante de beneficiar al legatario. En consecuencia, si la donación *inter vivos* al legatario es inválida y, por tanto, esa ejecución anticipada carece de efectos, habría que admitir que persiste la voluntad testamentaria. No es que reviva el legado revocado por una donación nula, sino que, como no hubo revocación, ni tampoco se ha cumplido la voluntad liberal del testador, ha de ejecutarse ésta conforme al testamento. Aunque el artículo 869.2 incluye, a efectos de revocación, las transmisiones a título gratuito, lo hace en cuanto que éstas revelan el cambio de voluntad del testador, cambio que no parece darse en caso de enajenación gratuita a favor del legatario favorecido⁶².

Por último, en relación con estas transmisiones a título gratuito, queda aún una cuestión por solucionar: ¿qué sucedería si el donatario no acepta la donación que el testador, en vida, quiere hacerle del bien legado?

En la doctrina encontramos dos posiciones enfrentadas a la hora de determinar si la donación no aceptada tiene o no fuerza revocatoria. Así, para un sector, la dona-

⁵⁹ GANGI, C., *op. cit.*, p. 454; HERNÁNDEZ GIL, F., *op. cit.*, p. 1012.

⁶⁰ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1977, p. 453.

⁶¹ En esta dirección, *vid.* ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 194; y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *op. cit.*, p. 1063.

⁶² GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *op. cit.*, p. 539.

ción, y, por tanto, la enajenación, está sujeta al acontecimiento de la aceptación o no del donatario. Si éste acepta, se produce la revocación tácita; si la rechaza, no hay donación, y, por lo tanto, no podemos hablar de tal revocación. Indiscutiblemente, existirá la voluntad de enajenar, pero ésta, de acuerdo con el artículo 869.2, no es suficiente para producir la revocación tácita, ya que el precepto exige la enajenación⁶³.

Desde otra perspectiva, se defiende que el legado queda revocado, puesto que el defecto de aceptación de la donación es extraño al testador donante, y no impide considerar que la donación pone de manifiesto la voluntad de este último de desprenderse de la cosa y, por tanto, de revocar⁶⁴.

Por mi parte, considero preferible esta segunda solución por las razones alegadas, siempre que la negativa a aceptar la donación provenga de un tercero, si bien la cuestión cambiaría en el supuesto en que la donación haya sido realizada a favor del propio legatario favorecido. En este caso, decíamos que la donación suponía una confirmación o ejecución anticipada del legado, debiendo excluirse la voluntad revocatoria del testador. En consecuencia, aunque el legatario no acepte la donación, persiste la voluntad testamentaria, que aún no se ha visto cumplida y que, por tanto, podrá serlo por vía de legado.

III. ENAJENACIÓN CONDICIONAL O A TÉRMINO

Si la enajenación realizada por el testador no es pura, sino sujeta a término o condición, deben distinguirse los siguientes supuestos:

a) La enajenación bajo término suspensivo es revocatoria, porque ya se realizó el acto de enajenación, y el retraso en la transmisión no es obstáculo para mantener la existencia de revocación del legado⁶⁵.

b) Si la enajenación es a término resolutorio, debe equipararse, por lo que se refiere al elemento volitivo del testador, a la otorgada con pacto de retroventa. La enajenación está condenada *ab initio* a quedar sin efecto, por lo que no se ve la intención del testador de desprenderse definitivamente del objeto legado, que es el motivo que fundamenta la revocación tácita de la manda; por tanto, si el término

⁶³ Vid. DÍAZ CRUZ, M., *op. cit.*, pp. 656 y 657. Para LAURENT, F. (*op. cit.*, pp. 254 y 255), la donación no aceptada es un acto inexistente y no es suficiente para revocar.

⁶⁴ MANRESA, J. M., *op. cit.*, p. 418; ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 193. Para MARÍN CASTÁN, F. (*op. cit.*, p. 44), si se objetiva el núm. 2 del artículo 869 parece que sólo habría enajenación si se dan todos los requisitos para la perfección de la donación; pero si se atiende al fundamento de dicho precepto parece que debería bastar el acto de disposición del donante, suficientemente indicativo de la voluntad de revocar el legado.

En Derecho francés, *vid.* BAUDRY-LACANTINERIE, G. et COLIN, M., *op. cit.*, p. 378 y LAURENT, F., *op. cit.*, pp. 254 y 255.

Por su parte, GANGI, C. (*op. cit.*, pp. 452 y 453) precisa que puesto que la aceptación no tiene que producirse necesariamente en el mismo acto en que se realiza la donación, sino que puede tener lugar en un acto posterior, si la donación se hizo en la forma legalmente establecida, contiene la efectiva voluntad de enajenar con independencia de que produzca sus efectos y, por tanto, comporta la revocación del legado.

⁶⁵ Albaladejo, M., *op. cit.*, p. 189; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *op. cit.*, p. 2130; MARÍN CASTÁN, F., *op. cit.*, p. 90; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 5.ª ed., Bosch, Barcelona, 1999, p. 756

llega en vida del testador y éste recobra la cosa, el legado será válido como legado de cosa propia del testador, excluyéndose la aplicación del artículo 878.2 CC⁶⁶.

Si el testador fallece pendiente el término resolutorio, la solución, según cierta posición doctrinal, es otra, puesto que conforme al artículo 657 CC los derechos a la sucesión de una persona nacen al momento de su muerte. Y, en ese momento, es incuestionable que, pendiente el término resolutorio, existe una enajenación, que, aunque condenada a muerte, debe entenderse revocatoria del legado. En consecuencia, el término resolutorio sólo funciona como excepción a la revocación cuando la cosa legada haya sido readquirida en vida del testador⁶⁷.

Desde otra perspectiva, si se tiene en cuenta que, como venimos afirmando, sólo son revocatorias las enajenaciones en las que el testador manifiesta su voluntad de desprenderse definitivamente de la cosa legada y en la medida en que lo haya hecho, puede sostenerse que en el supuesto debatido no hay revocación del legado, sino que la eficacia de éste se limita al derecho que se reservó el testador de recobrar la cosa una vez cumplido el término; es decir, el derecho legado sería el de recuperar automáticamente la cosa al llegar el término⁶⁸.

c) Si la enajenación se realizó bajo condición suspensiva, sólo será revocatoria si la condición se cumple, ya que el testador únicamente quiere enajenar la cosa si se da la condición⁶⁹.

Sin embargo, ciertos autores mantienen que en tal caso la revocación no está subordinada a la realización del evento que constituye la condición, pues para obtener aquella consecuencia basta la voluntad de enajenar. Como el fundamento del artículo 869 y de la presunción en él establecida parece estar más en el cambio de voluntad del testador que en los efectos conseguidos, no es arriesgado sostener que en caso de enajenación de la cosa legada bajo condición suspensiva, debe entenderse revocado el legado, sobre todo si se tiene en cuenta que siendo nulo el contrato tampoco hay enajenación y, sin embargo, el precepto citado considera revocado el legado⁷⁰.

⁶⁶ DÍAZ CRUZ, M., *op. cit.*, pp. 648 y 649; ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 190; LACRUZ BERDEJO, J. L. (et al), *Elementos de Derecho Civil, V*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 272; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *op. cit.*, p. 2130; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *op. cit.*, p. 756.

⁶⁷ DÍAZ CRUZ, M., *op. cit.*, p. 649.

⁶⁸ Como destaca GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (*op. cit.*, pp. 268 a 270), éste es el criterio que parece seguir el 869.2 del CC al excluir la revocación cuando el testador, en el momento de enajenar, se reserva la facultad de readquirir la cosa. Añade esta autora que, «no se trata de una revocación de la revocación presunta (ejercitando la acción de rescate), sino que la revocación sólo se produce en la medida de lo enajenado, subsistiendo el legado respecto del derecho que se hubiese reservado el testador. La manda sólo será ineficaz si al abrirse la sucesión aquél careciere de derecho alguno respecto de la cosa legada (por caducidad del retracto, por falta definitiva de la condición)».

⁶⁹ ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 190; LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, p. 272; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *op. cit.*, p. 271; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *op. cit.*, p. 548; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *op. cit.*, p. 2130; MARÍN CASTÁN, F., *op. cit.*, p. 90. Por su parte, SCAEVOLA, Q. M., *op. cit.*, pp. 322 y 323) y TRAVIESAS, M. (*op. cit.*, p. 178) también consideran que la enajenación bajo condición suspensiva incumplida no es revocatoria, porque no origina la salida de la cosa legada del patrimonio del testador.

⁷⁰ OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, p. 368; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *op. cit.*, p. 438; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *op. cit.*, p. 1062.

EN EL DERECHO COMPARADO, DEFIENDE ESTA MISMA POSICIÓN GANGI, C. (*op. cit.*, pp. 448 y 449), para quien la enajenación sujeta a condición suspensiva representa una voluntad de enajenar incompatible con la persistencia del legado. Esto es así, añade el autor, no sólo porque la letra de la ley no distingue entre la enajenación hecha pura y simplemente y la realizada bajo condición, sino también porque la enajenación origina la revocación aún cuando sea nula, demostrándose con ello que no es a los efectos de la enajenación a lo que se refiere el precepto para ad-

En nuestra opinión, resulta desacertado basar esta última solución en el cambio de voluntad del testador, ya que éste sólo tiene la voluntad de enajenar si la condición se cumple⁷¹. En efecto, en estos casos, la intención del testador de deshacerse de la cosa legada es meramente eventual y, puesto que la presunción de revocación se encuentra vinculada a tal intención, dicha presunción tiene ese mismo carácter eventual.

Debe rechazarse también el argumento en contra derivado de la validez, como negocio revocatorio, de las enajenaciones inválidas, ya que éstas son hábiles para integrar la presunción de revocación sólo cuando medie voluntad de enajenar, único supuesto en que concurren la ineficacia en el negocio de transmisión y una eficaz voluntad revocatoria. En definitiva, las enajenaciones condicionadas suspensivamente no implican, en tanto en cuanto no se haya cumplido la condición, una inequívoca voluntad de revocar; la voluntad de transmitir sólo está completa cuando se cumple el acontecimiento del que dependa su definitiva eficacia, aunque exista antes la voluntad de declaración o formación del negocio⁷².

Si la condición suspensiva estuviere pendiente al morir el testador, teniendo en cuenta, de un lado, que la revocación sólo se desea si se cumple la condición y, de otro, que el testador es titular a su muerte de un derecho transmisible, el legado puede considerarse reducido a los derechos que aquél se hubiera reservado sobre la cosa⁷³; luego, en caso de incumplimiento de la condición, el legado sería eficaz.

d) Si la enajenación es bajo condición resolutoria, se equipara a la otorgada con pacto de retroventa. En consecuencia, si la condición se cumple en vida del testador y éste recobra la cosa, el legado será válido⁷⁴.

En contra de esta solución, cierta posición doctrinal considera que la enajenación bajo condición resolutoria es siempre revocatoria, porque el artículo 869 declara que el legado no recobrará fuerza aunque la cosa vuelva al dominio del testador⁷⁵. Sin embargo, considero preferible la tesis que sostiene que el supuesto examinado no queda bajo esa regla, sino bajo la excepción, a cuyo caso se equipara, de que la cosa vuelva por pacto de retro⁷⁶.

mitir la revocación, sino al hecho de la enajenación en sí y a la voluntad que en ella se manifiesta, voluntad incompatible con la persistencia del legado.

⁷¹ Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, nota 28.

Por su parte, LAURENT, F. (*op. cit.*, p. 248) sostiene que si la condición no se cumple, el artículo 1038 del Code no es aplicable. Podría objetarse que la enajenación condicional es enajenación; pero lo fundamental aquí es si la condición se cumple o no. Vid. también BAUDRY-LACANTINERIE, G. et COLIN, M., *op. cit.*, p. 376.

En el Derecho italiano, vid. TALAMANCA, M. (*op. cit.*, p. 186) y RICCI, *op. cit.*, pp. 860 y 861.

⁷² HERNÁNDEZ GIL, F., *op. cit.*, p. 1013.

⁷³ Vide GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *op. cit.*, p. 272; SERRANO DE NICOLÁS, A., *op. cit.*, p. 636 y LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 272. Este autor mantiene la misma solución para el caso de enajenación a término inicial, opinión que, por los motivos ya expuestos, no podemos compartir.

Por su parte, DÍAZ CRUZ, M. (*op. cit.*, p. 650) considera que si la condición está pendiente al morir el testador, el legado debe considerarse revocado, porque aunque no haya nacido el negocio jurídico, existe la «spes» del mismo y la voluntad testamentaria de que surta efecto caso de que llegue o tenga efecto el acontecimiento futuro e incierto a que está sujeto. En definitiva, debe atenderse al momento del fallecimiento del causante para determinar si hay o no revocación del legado.

⁷⁴ ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 190; LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, p. 272; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *op. cit.*, p. 548; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *op. cit.*, p. 2130; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *op. cit.*, p. 756.

⁷⁵ SCAEVOLA, Q. M., *op. cit.*, p. 323 y TRAVIESAS, M., *op. cit.*, p. 178. También GIMENEZ DUART, T., *op. cit.*, p. 1045.

⁷⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, p. 190, nota 29.

Si el testador fallece durante la pendencia de la condición, debe entenderse aplicable la solución vista para el término resolutorio.

Finalmente, en el Derecho comparado, la doctrina italiana y francesa⁷⁷ admiten, en general, la revocación del legado en caso de enajenación bajo condición resolutoria, invocando los correspondientes preceptos legales de sus respectivos Códigos civiles que, a diferencia del nuestro, conceden eficacia revocatoria a las enajenaciones con pacto de rescate. Sin embargo, en el Derecho italiano cierta posición sostiene que debe tenerse en cuenta que el legislador italiano se refiere expresamente en el artículo 686 al caso específico de venta con pacto de rescate y no a todas las compraventas celebradas bajo condición resolutoria. De ahí, surge el problema de si -se configure o no la venta con pacto de rescate como condicionada resolutoriamente- este caso concreto presenta tales peculiaridades que deba excluirse su extensión a otros casos de enajenación condicionada. Para esta posición, la solución estriba en partir de la consideración de que para resolver los efectos de la compraventa, el pacto de rescate presupone un acto del vendedor, que, al estar dirigido a extinguir los efectos de un negocio anterior, sólo puede calificarse como negocio unilateral recepticio. Por tanto, el supuesto quedaría fuera de la figura del negocio condicionado resolutoriamente. La necesidad de un nuevo negocio jurídico para suprimir los efectos de la enajenación representa, en relación a la cuestión que aquí interesa, la diferencia esencial entre la venta con pacto de rescate y la enajenación bajo condición resolutoria. En definitiva, a juicio de esta posición, no se puede extender la previsión legislativa, que se refiere a un caso en que la supresión de los efectos de la enajenación dependen de un sucesivo acto negocial del testador enajenante, a los casos de enajenación condicionada resolutoriamente en los cuales la eficacia o cesación de la eficacia dependen de una única disposición de intereses⁷⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo XII, vol. 1.º, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1998 p. 208.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. et COLIN, M., en *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, XI, 2.º, 2.ª ed., París, 1899.
- DÍAZ CRUZ, M., *Los legados*, Reus, Madrid, 1951.
- DÍAZ FRAILE, J. M.^a, «Transmisión de la cosa legada mediante representante. Comentario al artículo 869.2 del Código Civil», RGD, 1998, pp. 7075 y ss.
- DÍEZ DE MONTALVO, A., *El Fuero Real de España*, tomo II, 1781.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.

⁷⁷ Vid. GANGI, C, *op. cit.*, p. 448; VITALI, V., *op. cit.*, pp. 462 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, G. et COLIN, M., *op. cit.*, p. 376; LAURENT, F., *op. cit.*, p. 248.

⁷⁸ TALAMANCA, M., *op. cit.*, pp. 186 y 187.

- GANGI, C., *I legati nel diritto civile italiano*, vol. II, Cedam, Padova, 1932.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, I-II, Madrid, 1852.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Comentario a los artículos 858 a 869 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006.
- GIMÉNEZ DUART, T., «La ineficacia de los legados (arts. 306-307)», en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, coord. por LL. Jou i Mirabent, tomo II, Bosch, Barcelona, 1994.
- GIORDANO-MONDELLO, Voz «Legato», en *Enciclopedia, del Diritto*, tomo XXIII, 1973, pp. 755 y ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *El legado de cosa ajena*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- HERNÁNDEZ GIL, F., «Revocación tácita de los legados: notas sobre el artículo 869. 2.º del Código Civil», *La Ley*, 1981-1, pp. 1006 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L(y otros), *Elementos de Derecho Civil*, V, Dykinson, Madrid, 2001.
- LAURENT, F., *Principes de Droit Civil français*, tomo XIV, 3.ª ed., París, 1878.
- LLEDO YAGÜE, F., *Derecho de Sucesiones*, vol II, Universidad de Bilbao, Bilbao, 1991.
- MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VI, vol. 2.º, 8.ª ed., Reus, Madrid, 1973.
- MARÍN CASTÁN, F., en *Comentario del Código Civil*, Coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, tomo 5 (arts. 858 a 1087), 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2006.
- MEDINA ALCOZ, M.ª, «La regulación del legado de cosa ajena en el Código Civil español: una síntesis de las cuestiones que plantea», *La Notaría*, Colegio de Notarios de Cataluña, núm. 17, mayo 2005, pp. 74 y ss.
- OSSORIO SERRANO, J. M., *Comentario del Código Civil*, I, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez (et al), 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- PERLINGIERI, P., *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro 2.º, Utet, Turín, 1980.
- POLACCO, V., *De las sucesiones*, I, 2.ª ed., Traducción de Sentis Melendo, EJE, Buenos Aires, 1950.
- POTHIER, R. G., *Traité des donations testamentaires*, en *Ouvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle*, par M. Bugnet, tomo 8, 2.ª ed., París, 1861.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1977.
- RICCI, F., *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, vol. 3.º, *Delle successioni*, 3.ª ed., Utet, Turín, 1923.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, Dykinson, Madrid, 1992.
- ROCA SASTRE, R. M.ª, *Anotaciones a la traducción española del «Derecho de Sucesiones»*, de Kipp, tomo V, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1951,
- ROMÁN GARCÍA, A., *Derecho de Sucesiones. Instituciones de Derecho Civil Español VII*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

- SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Comentario del Código Civil*, I, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez (et al), 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil*, tomo XV, 4.ª ed., revisada por F. Ortega Lorca, Reus, Madrid, 1945.
- SERRANO DE NICOLÁS, A., en *Instituciones de Derecho Privado*, coor. J. F. Delgado de Miguel, tomo V, Civitas, Madrid, 2005, pp. 619 y ss.
- TALAMANCA, M., «Successioni Testamentarie (arts. 679-712)», en «Commentario del Codice Civile», a cura di A. Scialoja e G. Branca, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1978.
- TRAVIESAS, M., «Legados», RDP 1931, pp. 87 y ss.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 5.ª ed., Bosch, Barcelona, 1999.
- VITALI, V., *Il Diritto Civile Italiano*, Parte 9.ª, *Delle Successioni*, vol. 2.º, 2.ª ed., Utet, Torino, 1924.
- YSAS SOLANES, M.ª, «Comentario a la STS de 29 de septiembre de 1986», CCJC, núm. 12, sep-dic. 1986, pp 4017 y ss.