

Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Criterios de clasificación*: I. Por su régimen legal: legados típicos y atípicos.—2. Por la titularidad de la cosa legada: legado de cosas pertenecientes al patrimonio del testador y legado de cosas pertenecientes al patrimonio de un tercero.—3. Por su eficacia: legados de eficacia directa e indirecta.—4. Por su objeto: legados de eficacia real y de eficacia meramente obligatoria.—5. Por la individualización de su objeto: legados con objeto inicialmente determinado y susceptible de ulterior determinación.—6. Por la persona del onerado: el sublegado.—7. Por la influencia del tiempo en su cumplimiento: legados de cumplimiento instantáneo y de cumplimiento sucesivo.—III. *Criterio que se adopta*.—IV. *Legado de cosas que forman parte del patrimonio del testador*: 1. Legado de cuerpo cierto: A) Legado de la propiedad de cosas corporales determinadas. B) Legado de constitución de un derecho real. C) Legado de crédito. Legado de liberación. D) Legado de prestaciones periódicas o de tracto sucesivo.—2. Legado de cosa genérica.—3. Legado alternativo.—4. El *legatum debiti*.—V. *Legado de cosas que no forman parte del patrimonio del testador*: 1. En general.—2. En el Derecho comparado.—3. El legado de cosa ajena en el Código civil español.—4. Variedades del legado de cosa ajena.

I. INTRODUCCION

Nuestro Código civil dedica la sección 10, título 3, libro III, a la regulación «De las mandas y legados», utilizando una denominación que ya SÁNCHEZ ROMÁN denunciara como pleonástica. Si se le compara con los modelos, en cuanto a extensión, sus 34 artículos se asemejan más a la prolija reglamentación del Código civil portugués de 1867 que a la sumaria regulación de los 11 únicos artículos del *Code civil*; entre los modernos, el italiano vigente sólo dedica a la materia 25 preceptos,

el B.G.B. llega a 44 párrafos y el nuevo Código portugués sólo 32 artículos. Es de resaltar el encomiable propósito de nuestro legislador de dedicar a los legados una regulación autónoma, independizándola de la institución de heredero, cosa que no habían logrado hasta entonces ni el Código italiano de 1865 ni el portugués derogado. No hay que olvidar, sin embargo, que, como advirtió SÁNCHEZ ROMÁN, fuera de la *sedes materiae* vagan más de medio centenar de preceptos relativos a legados, a los que hay que añadir no pocas normas contenidas en la Ley Hipotecaria y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Formalmente, los artículos 858 y siguientes ofrecen abundante margen a la crítica. En vano se buscará en ellos una ordenación sistemática o, al menos, una idea directriz. Parece que nuestro legislador ha seguido un método empírico en la reglamentación de los diversos tipos de legado, alternando con ellos, como al descuido, normas de aplicación general (así, los arts. 865, 869, 881, 883, 885, etc.). Menos justificación tiene que se interrumpa el régimen de un tipo y que sea preciso «saltar» varios artículos para completarlo. La doctrina ha denunciado no pocos defectos de formulación; no cabe duda que el 865 se expresaría mejor de modo afirmativo; a veces, el legislador se contenta con simples remisiones abriendo no pocas interrogantes, como ocurre con los legados alternativos; hay legados meramente mencionados, como el remuneratorio, y otros con insuficiente normativa, como el de cantidad o el de deuda.

El régimen positivo de los legados en particular es, en nuestro Código, la decantación de una larga evolución, que tiene en el Derecho romano su punto de partida. Con rígido criterio formalista, la diversidad de efectos se vinculaba—en el Derecho antiguo y clásico—a la utilización de alguna de las cuatro fórmulas sacramentales del *legatum per vindicationem*, *legatum per damnationem*, *legatum sinendi modo* y *legatum per praeceptionem*. Como ha escrito GROSSO, los tipos de legado daban a la materia toda la sugestividad de una construcción geométrica. En esta rígida estructura formalista abrió la primera brecha el Senadoconsulto Neroniano ordenando que el legado que resultase nulo *vitio verborum*—por inidoneidad de la fórmula empleada—se considerase válido, en todo caso, como legado *per damnationem*. Debe también considerarse como decisivo en este proceso espiritualizador del legado romano el desarrollo del fideicomiso, que alcanza obligatoriedad jurídica a partir de Augusto y que dará por resultado que el legado sin forma—que no otra cosa vino a ser el fideicomiso—llegara a tener idénticos efectos que el legado formal. La fusión entre legados y fideicomisos se produce cuando, de una parte, se exime al legado de las formas tradi-

cionales, al par que se sujeta el fideicomiso a ciertos requisitos para su validez. Constantino declara válido el legado, cualquiera que sea su forma, y prescribe para los fideicomisos la forma codicilar; Justiniano borrará las últimas huellas de la distinción, de modo que ya no perdurará más que una clase de disposiciones *mortis causa* a título singular, a las que indistintamente se denominará legados o fideicomisos.

Por contraste, en el Derecho moderno la validez del legado no se vincula al empleo de ninguna fórmula sacramental, y la variedad de efectos de cada tipo de legado depende, en general, de la diversidad del objeto legado.

Rige en esta materia la más amplia autonomía de la voluntad no sólo en el sentido de que el testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o a título de legado (cfr. arts. 668-1 y 891 del Código civil), sino más específicamente en cuanto a la elección y determinación del objeto legado. Como dice OSSORIO, la amplia fórmula del artículo 865 debe entenderse en el sentido de que pueden ser objeto de legado todas las cosas y derechos, presentes y futuros, propios del testador e incluso ajenos, susceptibles de transmisión y apropiación, así como cualquier prestación lícita y posible; únicamente carecerá de efectos el legado —según los artículos 866-1 y 878-1— si la cosa era propia del legatario al tiempo de otorgarse el testamento. Cabe concluir que, en virtud de la amplia autonomía reconocida a la voluntad del testador, podrá éste obtener de sus bienes el máximo provecho que hoy posibilitan las técnicas actuales de explotación de la riqueza adaptando el tipo de legado a las condiciones personales del beneficiario, dejando incluso a su elección el objeto de la disposición testamentaria a título singular (si utiliza el legado alternativo o el de opción); si la previsión del testador alcanza a tanto podrá tener en cuenta las alteraciones de valor de la moneda ordenando, por ejemplo, un legado de pensión o de alimentos con una cláusula de estabilización. A virtud de esta misma autonomía podrá el testador elegir cualquiera de los tipos que se regulan en los artículos 858 y siguientes o configurar un legado atípico; podrá ordenar asimismo una regulación divergente de la legal siempre que se trate de normas dispositivas.

II. CRITERIOS DE CLASIFICACION

Aunque algún autor, como DÍAZ CRUZ, renuncia al intento de clasificar los legados por la dificultad de encontrar un criterio homogéneo, no parece superfluo mencionar los criterios de clasificación más fecundos en consecuencias. Pueden así distinguirse:

1. Por su régimen legal, en *legados típicos y atípicos*. Los primeros son aquellos cuya regulación por el Código civil es completa; entran en esta categoría el legado de cosa específica y determinada propia del testador, el legado de cosa ajena y el legado de crédito. Pero no cabe duda que junto a ellos cabe colocar los legados atípicos, pues, en principio, como dice OSSORIO, cualquier atribución patrimonial *mortis causa* a título singular será válida como legado; así este autor menciona el *legatum in faciendo*, el de constitución de un derecho real limitado sobre cosa hereditaria, el de cosas que deben tomarse de determinado lugar (regulado, por ejemplo, en el art. 2.255 del nuevo Código civil portugués). Cabe mencionar, por último, legados nominados, pero no típicos, como el remuneratorio.

2. Por la titularidad de la cosa legada hay *legados de cosas pertenecientes al patrimonio del testador*, y otros, *de cosas pertenecientes al patrimonio de un tercero*.

SCUTO se ha ocupado con detenimiento de esta última categoría, justificando su reagrupamiento porque cuando la cosa no existe en el patrimonio del testador no se da una sucesión directa del legatario con relación a su causante, aunque sí puede hablarse de una sucesión en sentido económico. El gravado con este legado es un verdadero obligado, no un mero ejecutor, sino un verdadero cooperador, que compromete de ordinario su responsabilidad personal. A primera vista hay no poco de extraño en este legado de cosas, que no integran el patrimonio *testatoris*, pues parece natural que sólo pueda disponerse *mortis causa* de cosas propias. Sin embargo, como dice el autor citado, el testador dispone de la esfera jurídico-patrimonial de sus herederos o legatarios, pues, a cambio de lo que les da, dispone de lo que tienen y, dentro de ciertos límites, de su propia actividad.

3. Por razón de su eficacia se dividen en *legados de eficacia directa o inmediata* y *legados de eficacia indirecta o mediata*. Esta categoría no coincide exactamente con la anterior, pues si bien es cierto que los legados que no forman parte del as hereditario carecen de eficacia directa, no lo es la proposición inversa; en efecto, del legado genérico o alternativo de cosas pertenecientes al testador no surge un derecho inmediato para el legatario hasta la concentración o elección. En el Derecho moderno cabe afirmar con carácter general que el intento empírico del testador va encaminado a hacer adquirir la cosa o el derecho al legatario por el modo más rápido.

4. Por el objeto de la relación jurídica a que afectan, los legados de eficacia directa pueden ser de *eficacia real* o de *eficacia meramente*

obligatoria. En el Derecho romano, la eficacia real se vinculaba al legado *per vindicationem*, mientras que la fórmula de la *damnatio* permitía al testador imponer al heredero obligaciones de la más variada índole. En nuestro Código, la eficacia real se expresa en el artículo 882-1, que si bien contempla sólo el legado de cosa específica y determinada propia del testador, no impiden sus términos una prudente generalización. Con todo, la fórmula general es la de la eficacia meramente obligatoria, que se corrobora si se tiene en cuenta que todo legado origina una *actio ex testamento* de carácter personal, que sólo en ciertos casos se refuerza con una acción real.

5. Por la individualización de su objeto hay *legados con objeto inicialmente determinado* y *legados con objeto susceptible de ulterior determinación*. Pertenecen a esta última categoría el legado de género, el legado alternativo y el legado hecho a clases determinadas sin distribución de cantidad que regula el artículo 671 del Código civil. Esta categoría de legados sólo tienen, por regla general, eficacia indirecta o mediata. Pero esta clasificación no coincide con la establecida en el número 3, ya que el legado de un *corpus certum* que no forma parte del patrimonio del testador carece de eficacia directa pese a tener un objeto inicialmente determinado. Si la determinación de la cosa legada no se hace por el testador puede encomendarse al propio gravado, al legatario beneficiado o a un tercero. El legado de cosa absolutamente indeterminada (por ejemplo, de *genus summum*) es nulo absolutamente.

6. En razón a la persona del onerado, dice el artículo 858 que el testador podrá gravar con mandas y legados no sólo a su heredero, sino también a los legatarios; estos últimos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado. El legado a cargo del legatario constituye la interesante figura del *sublegado*, denominación a la que se opone DE SIMONE por evocar la figura del subcontrato, que implica una relación de dependencia objetiva que aquí no se opera, tanto en el plano jurídico cuanto en el económico. Aunque ofrece analogía con el legado modal, se diferencia del mismo por implicar una atribución directa y autónoma y cuya validez es independiente de la del legado sobre la que grava; pero en el cumplimiento del sublegado, el onerado no queda obligado más allá del valor de su propio legado.

7. Por la influencia del tiempo en su ejecución hay *legados de cumplimiento instantáneo* o de tracto único y *legados de cumplimiento sucesivo* que se prolonga en el tiempo. El legado de cosa cierta y determinada, el de suma, el de constitución de un *ius in re aliena*, lo son de tracto único, pues el interés del legatario se agota *uno actu*; pero hay que ad-

vertir que el legado no deja de ser de tracto único por el hecho de que su cumplimiento se fraccione en el tiempo. En los legados de tracto sucesivo se trata de satisfacer un interés del legatario de carácter duradero: puede ser de ejecución continuada, si se trata de un interés permanente, o de ejecución reiterada, cuando el interés del legatario se presenta a intervalos fijos o variables; el legado de pensión y el de alimentos pertenecen a esta categoría.

III. CRITERIO QUE SE ADOPTA

En el presente estudio se adopta el criterio de clasificación que parece responder mejor a la lógica y a la naturaleza del acto de disposición *mortis causa*. Cabe suponer, en efecto, que el testador legará, en primer lugar, las cosas que forman parte de su patrimonio; en esta dirección, el legislador se ha fijado en el legado de cosas específicas y determinadas para hacerle objeto de una regulación especial, pero la palabra «cosa» del artículo 882 ha de entenderse en sentido equivalente a «bien» y, por tanto, este legado no ha de limitarse a las cosas corporales, sino que ha de comprender también las incorporeales, tanto derechos reales limitados como de crédito. Frente al legado de un *corpus certum* ofrece caracteres peculiares el legado genérico, al que se asemeja bajo ciertos aspectos el alternativo. Posición singular presenta el legado de deuda, el cual si bien pertenece al pasivo del patrimonio del testador, no deja de envolver cierta contradicción con la idea de liberalidad aneja inicialmente a todo legado. Frente a este grupo de legados—ciertamente, el más numeroso y frecuente—aparece el de cosas que no forman parte del patrimonio *testatoris*; la ley distingue en su regulación según se trate de cosas del heredero o del legatario gravados o de cosas de un tercero. Conviene advertir que casi todas las modalidades que se contemplan en el primer grupo pueden darse también aquí; caben así el legado de un crédito perteneciente a tercero, el legado alternativo de cosas pertenecientes a tercero, etc.

Prescindiendo en este ensayo de las determinaciones accesorias de la voluntad impuestas en el legado, del sublegado y de los casos-límite con la institución de heredero (legado de parte alícuota, institución *ex re certa* y distribución de toda la herencia en legados).

IV. LEGADO DE COSAS QUE FORMAN PARTE DEL PATRIMONIO DEL TESTADOR

Incluyo aquí como supuestos específicos los siguientes tipos de legados:

1. Legado de cuerpo cierto.
2. Legado de cosa genérica, legado de cantidad y legado de suma.
3. Legado alternativo.
4. *Legatum debiti*.

1. *Legado de cuerpo cierto*

Al referirse el artículo 882-1 a «cosa específica y determinada», hay que considerar aquí incluidos el legado de la propiedad de cosas corporales y el de la titularidad de otros derechos reales y de crédito, siempre que reúnan los requisitos generales exigidos al objeto de los legados.

A) Legado de la propiedad de cosas corporales determinadas.

Este legado corresponde por sus efectos al *legatum per vindicationem* del Derecho romano, es el más frecuente en la práctica por adecuarse al modo natural de proceder el testador. Aparece regulado en los Códigos con cierto detalle y a veces en forma destacada (así se le dedica el primer artículo en el Código italiano vigente), viniendo a ser el modelo de todos los legados típicos.

Dice el artículo 882-1 de nuestro Código civil: «Cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.»

La formulación de este precepto coincide sustancialmente con la del Proyecto de 1851, el cual se inspiró, al parecer, en el § 686 All. B.G.B. (pero este párrafo, en cuanto a la adquisición de la propiedad, reenvía a los modos generales). Cabe destacar, por tanto, la originalidad de nuestro Código civil, a quien parece haber imitado el artículo 649-2 del Código civil italiano de 1942, cuyo tenor literal extiende el posible objeto de este legado a *altro diritto appartenente al testatore*.

No se introduce ninguna especial limitación en cuanto al objeto de este legado, pudiendo serlo cualquier clase de cosas siempre que sean específicas y determinadas; en este requisito legal hay cierta redun-

dancia y con acierto el Código civil italiano vigente sólo habla de «cosa determinada»; la cosa específica se define por oposición a la genérica, es decir, es la designada por sus caracteres propios, que la contradistinguen de todas las demás del mismo género; es el *corpus certum*, definido por LACRUZ como el plenamente identificado e individualizado sin necesidad de operación alguna.

Suele invocarse en este punto la doctrina de la sentencia de 16 de abril de 1947, según la cual «la cláusula testamentaria del legado de cosa específica debe interpretarse de modo restrictivo»; pero, en mi opinión, tal doctrina va más lejos de lo efectivamente resuelto por la sentencia. Se trataba del legado de una dehesa, pretendiendo los legatarios—hijos adoptivos del testador—que aquél se extendía a otras fincas colindantes que habían sido adjudicadas al testador con anterioridad al otorgamiento del testamento, existiendo indicios de que éste las había considerado a todas como formando una sola finca. Se trataba de un problema de individualización del objeto y determinación del objeto legado; en este punto, como expresa BINDER, rige el principio de que al testador, y sólo a él, corresponde señalar el objeto de su disposición; para el intérprete será una *questio voluntatis*, y planteándose dudas sobre la determinación del objeto, la prueba incumbe al beneficiario, como también declaró dicha sentencia. Pero sin que, a mi parecer, pueda deducirse ningún criterio, ni restrictivo ni extensivo, en la interpretación de este tipo de legado.

Este legado tiene eficacia directa y real, sin perjuicio de la obligatoria común a todo tipo de legado. Como dice LACRUZ, el legatario adquiere *ipso iure* la propiedad de la cosa legada, de suerte que la titularidad pasa *recta vía* del causante al legatario, existiendo sucesión particular de aquél por éste sin mediación del heredero. A diferencia del B.G.B., observa ROCA SASTRE, no puede hablarse de ninguna pretensión a cargo del heredero dirigida a transferir la cosa del legatario; también, a diferencia del sistema austríaco, este legado es título para adquirir la propiedad sin necesidad de tradición, pues el artículo 609 no exige modo en la adquisición por sucesión testada.

Pero la adquisición *ipso iure* de la propiedad no entraña adquisición correlativa de la posesión, la cual, según el artículo 440 del Código civil, «se entenderá transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante», juntamente con la de los demás bienes del caudal hereditario. De modo coherente dispone el artículo 885 que «el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla». Para LACRUZ,

el mantenimiento de la unidad de posesión de la herencia obedece a una importante razón práctica: los legados, aun de cosa cierta, están subordinados al pago de las deudas y satisfacción de las legítimas, y la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de una masa que, igual que en vida del causante, sirve de garantía a los acreedores, y especialmente a los legitimarios. Como observa DE LOS MOZOS, la cuestión no puede plantearse en el B.G.B., sino únicamente en los sistemas romanistas, como en el francés e italiano, e incluso en el nuevo Código portugués y en el filipino de 1949 por derivación inmediata de nuestro Código civil. Entiendo con el autor citado, y frente a VALLET DE GOYTISOLO, que el artículo 885 del Código civil es de orden público, de modo que el testador no podrá autorizar al legatario para que tome posesión por sí mismo de la cosa legada; la sentencia de 26 de octubre de 1928, que mantuvo lo contrario, es única, mientras que la recta doctrina aparece reflejada en la resolución de 19 de mayo de 1947, que recoge la interpretación de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861. Reputo también necesaria la entrega cuando el legatario se encuentra en posesión de la cosa legada, de acuerdo con DE LOS MOZOS y LACRUZ, y la resolución de 19 de noviembre de 1952, que rectifica otras anteriores. En cuanto al artículo 83 del Reglamento Hipotecario, que otorga competencia al contador partidor y al albacea para la entrega de los legados, me uno a las críticas de ROCA SASTRE, DE LOS MOZOS y LACRUZ y entiendo que tal doctrina no puede derogar el Código civil.

La doctrina califica diversamente la posición jurídica del heredero gravado mientras no realiza la entrega. Para ROCA SASTRE es un administrador de cosa ajena, mientras que para LACRUZ en ciertos aspectos es semejante a la del depositario con relación a la cosa mueble depositada, pareciéndole de aplicación los artículos 1.767 y 1.779. En realidad tal posición hay que inducirla de la normativa del cumplimiento de este tipo de legado contenida en los artículos 882, 883 y 886.

El heredero debe dar la misma cosa legada pudiendo hacerlo y no cumple con dar su estimación (art. 886-1). A *contrario sensu* deduce OSSORIO que cumplirá con dar la estimación cuando no sea posible entregar la cosa legada, refiriendo la valoración al momento de la muerte del testador.

La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador (art. 883); la norma es reproducción casi literal del artículo 699 del Proyecto de 1851, debiendo citarse la opinión de GARCÍA GOYENA, para quien los accesorios en materia de legado son los mismos que en la venta, a saber, todo lo que sin ser la misma cosa tiene con ella tal relación que no debe separarse,

antes bien, debe seguirla; parece que se incluirán los títulos de propiedad, las servidumbres activas y, probablemente, los derechos de adquisición subjetivamente reales de origen voluntario.

Como el legatario adquiere la propiedad al morir el testador, desde este mismo momento corre a su cuenta el *periculum* y el *commodum*, tal como lo expresa el artículo 882-2: «La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora.» Este precepto debe coordinarse con la referencia del artículo 869-3 a la pérdida de la cosa legada después de la muerte del testador y sin culpa del heredero; en tal caso es evidente que no hay ineficacia del legado—consumado ya por la adquisición—, sino extinción del derecho de propiedad por la pérdida del objeto, correspondiendo al legatario las acciones pertinentes contra el responsable de la pérdida. El legatario se aprovecha también de todo aumento o mejora que experimente la cosa legada a partir de la muerte del testador, y ello cualquiera que sea su causa. En este punto, el Derecho italiano ofrece una norma de gran interés: según el artículo 667-2 del Código civil vigente, si se ha legado un fundo, se comprenden en el legado las construcciones hechas en él, existiesen o no al tiempo de la confección del testamento, salvo que se entienda revocada la disposición por la transformación de la cosa legada, y si el fundo se ha acrecido con adquisiciones posteriores, éstas se deben al legatario con tal que sean contiguas al fundo y constituyan con él una unidad económica; se trata de una norma interpretativa de gran alcance práctico, que parece acoger la noción de finca funcional.

Si la cosa legada es fructífera, es obvio que fructifica para su dueño y el legatario hará suyos los frutos producidos después de la muerte del testador. Para los frutos pendientes, el artículo 882-1—que especifica innecesariamente «frutos o rentas»—ordena que los haga suyos el legatario. Para LACRUZ es discutible si el heredero responde de los *fructus neglecti* o *percipiendi*, aduciendo en contra que el Código civil no le impone de modo expreso la obligación de hacer fructificar el caudal relicto, si bien puede alegarse en su favor que ello forma parte de su deber de conducirse como un *bonus pater familias*.

El Código no menciona expresamente los gastos. LACRUZ considera aplicable por *analogía iuris* el artículo 1.779 complementado por las normas de la posesión; en consecuencia, todas las impensas resultantes de una administración regular, que no tengan la consideración de los «gastos de entrega» del artículo 886, serán de cuenta del legatario.

En cuanto a los gravámenes de la cosa legada, la regla general es que la carga perpetua o temporal a que se halle afecta la cosa legada pasa

con ésta al legatario (art. 867-3); en tal sentido puede ser interpretado el artículo 883 cuando alude a la entrega de la cosa «en el estado en que se halle», entendiendo por tal no sólo el estado físico, sino el jurídico. Por ello resulta redundante, como dice OSSORIO, el artículo 868, cuyo contenido es una inherencia del *ius in re aliena*. Para la prenda y la hipoteca, el artículo 867-1 dicta una norma especial, que tiene su precedente en el Proyecto de 1851 y en las Partidas. «Cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará a cargo del heredero», lo cual es mera aplicación del artículo 661; pero «si por no pagar el heredero lo hiciese el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero». Hay que entender, con LACRUZ, que la obligación del heredero de liberar las cosas gravadas sólo será exigible al vencimiento de la obligación garantizada; se trata, sin duda, de una norma dispositiva y con tal carácter se presenta en el Derecho comparado (así, el art. 1.020 del *Code* exige disposición expresa del testador para que el gravado quede obligado a liberar la cosa legada de la carga; el art. 668-2 del Código civil italiano de 1942 permite al testador disponer que el heredero no quede obligado al pago de la deuda). El precepto de nuestro Código presupone, como dice Roca SASTRE, que el acreedor es un tercero y que el testador es el deudor; pero si el acreedor fuera el propio legatario habría que considerar aplicable el artículo 873 y entender que no se imputa en pago de la deuda a menos que así lo declare el testador, produciéndose entonces la extinción de la garantía por confusión. Si el causante no era deudor personal, caso de pagar la deuda el legatario parece que la subrogación se dará no contra el heredero, sino contra el deudor principal.

Según el artículo 864, cuando el testador tuviera sólo una parte en la cosa legada se entenderá limitado el legado a esta parte. Es una norma interpretativa que reproducen los demás Códigos. Para que se entienda legada la totalidad de la cosa es preciso que el testador lo declare expresamente.

También ofrece especialidad el legado de una universalidad. Objeto de este legado puede ser tanto una universalidad de hecho como de derecho, siempre que se trate de cosas específicas y determinadas. El testador podrá legar un rebaño, una biblioteca o una empresa; podrá disponer del conjunto como tal o hacer tantos legados como cosas particulares lo compongan. El legado de una empresa puede ofrecer no pocas dificultades prácticas dada la heterogeneidad de sus elementos integrantes. También ofrece interés dogmático el legado de una herencia; cuando el testador no la aceptó a su fallecimiento, el heredero deberá hacerlo

y transmitirla al legatario. ¿Es posible legar el *ius transmissionis*? Con LACRUZ entendemos que no, por la estricta personalidad del objeto transmitido y porque el causante transmite al primer heredero no sólo derechos y facultades, sino también obligaciones destinadas *ope legis* a los herederos. En el fondo, lo que ocurre es que cuando se dice que el objeto del legado puede ser una universalidad de bienes se expresa cierta contradicción con la idea misma de legado, definido por el Código —aunque no sea exacto en todos los casos— como sucesión a título particular. Parece que las ineludibles conexiones entre la universalidad del objeto y la universalidad del llamamiento pueden implicar dificultades para construir dogmáticamente este tipo de legado.

B) Legado de constitución de un derecho real.

Cabe considerar una triple hipótesis:

1.º El testador dispone a título de legado de un derecho real sobre cosa ajena (censo, superficie, tanteo o retracto convencionales) que forma parte de su patrimonio y que tenga la cualidad de transmisible *mortis causa* (la servidumbre no podrá legarla con independencia del fundo dominante ni la hipoteca con separación del crédito que garantiza).

2.º El testador impone al gravado el *facere*, consistente en la obligación de constituir un derecho real a favor del legatario.

3.º El testador atribuye directamente al legatario, con efecto constitutivo, un derecho real sobre cosa de la herencia. Sólo en este caso existe un verdadero legado de constitución de un *iura in re aliena*, disponiendo el testador de mayor autonomía que en el primer supuesto (podrá legar un usufructo, una servidumbre que grave un bien del caudal, etc.).

En el sentido restringido citado se trata de un legado atípico que la doctrina admite sin dificultad. Para LACRUZ, ROCA SASTRE, BORRELL y SOLER tiene eficacia real, pues la sucesión testada es, como sabemos, título de adquisición de derechos reales sin necesidad de tradición. En la práctica es frecuente la constitución de un usufructo por vía de legado, pero no hay duda que cabe la de servidumbres, derechos de habitación, tanteos y retractos; también es posible constituir por este procedimiento derechos de garantía, pues, al margen de las medidas de aseguramiento que la Ley Hipotecaria establece para el pago de legados, un testador previsor podrá asegurar así la posición de un legatario beneficiado ya con otro legado (por ejemplo, de alimentos).

La constitución de estos *iura in re aliena* por vía de legado se interfiere con la exigencia de determinados requisitos formales (*datio rei*, inscripción). Sin embargo, ALBALADEJO para la prenda con desplaza-

miento considera innecesaria la entrega de la cosa, pero la hipoteca inmobiliaria exigirá en todo caso la inscripción y el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria.

En los casos en que la eficacia directa del legado funciona plenamente habrá que entender, por aplicación del artículo 882, que la titularidad del derecho real limitado nace en el legatario desde la muerte del testador y que le corresponden los frutos pendientes en aquel momento. Si el derecho real es susceptible de posesión, el legatario podrá pedirla conforme al artículo 885.

C) Legado de crédito. Legado de liberación.

El testador que carezca de cosas específicas y determinadas en su patrimonio puede legar los créditos que le correspondan contra tercero, en cuyo caso el legado tiene por objeto una *res incorporalis*. Desde un punto de vista económico, el legado de créditos ofrece al legatario menores garantías que el de cosas corporales por la intrínseca fragilidad de su objeto, que depende, en último término, de la solvencia de un tercero; por otra parte, el vencimiento del crédito antes de la apertura de la sucesión pone en peligro la subsistencia misma del legado.

Conocido en Roma como *legatum nominis*, en una primera época no se podía otorgar dada la concepción romana del crédito; luego se abrió paso a través de la novación por cambio de acreedor, con consentimiento del deudor, dentro de la figura del *legatum per damnationem*, adquiriendo un definido contorno por medio de la cesión que implicaba la *procuratio in rem suam*; el *heres* otorgaba un *mandatum* al legatario designándole *procurator* con exención de la obligación de rendir cuentas y autorizándole a quedarse con lo obtenido. En la época postclásica, dice ARIAS BONET, se inicia un despegue del *legatum nominis* respecto del *legatum per damnationem*, y se apunta una concepción que otorga ciertos efectos directos a este legado mediante el traspaso del crédito mismo, subrogándose el legatario en la posición del *decius*; las acciones para hacer efectivo el crédito no las ejercita el beneficiario en virtud de un mandato, sino *suo nomine* como *actiones utiles*.

En el Derecho moderno, la configuración de este legado plantea menos problemas dogmáticos que en el Derecho romano, apareciendo regulado en todos los Códigos, a excepción del francés y del suizo. Nuestro Código civil lo reglamenta con cierto detalle junto al legado de liberación.

En el legado de crédito intervienen, en principio, cuatro personas:

- a) El acreedor-testador.
- b) El deudor.

- c) El heredero gravado.
- d) El legatario beneficiario.

Cuando se produzca una coincidencia entre las personas del deudor y del legatario estamos en presencia del legado de perdón o liberación, que se examinará a continuación.

El testador puede legar toda clase de créditos siempre que sean susceptibles de transmisión *mortis causa*; siendo titular de varios podrá legar uno solo, algunos de ellos o la totalidad de los que le pertenecen; este último supuesto está expresamente contemplado por el nuevo Código civil portugués, que dicta una norma interpretativa en el sentido de comprender únicamente los créditos en dinero (art. 2.262).

Por razón de su objeto, el *legatum nominis* está sujeto a especiales requisitos de eficacia, pues sólo surtirá efecto—dice el artículo 870-1— en la parte de crédito subsistente al tiempo de morir el testador; si el deudor ha pagado parte de la deuda antes de morir el testador, sólo se entiende legada la parte de crédito restante, y si la ha cancelado en su integridad, el legado es totalmente ineficaz; ineficacia que también se produce cuando el testador, después de haber ordenado el legado de crédito, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque el pago no se haya realizado al tiempo del fallecimiento (artículo 871-1). Se trata de una revocación tácita; pero en el Derecho comparado no faltan soluciones encaminadas al mantenimiento del legado, pese a la extinción del crédito *post testamento condito*.

Ya en el Derecho romano, advierte ARIAS BONET que en caso de extinguirse el crédito por novación necesaria en virtud de la *litis contestatio*, aun demandado y condenado el deudor *vivente testatore*, si no hubiese pagado pertenecía al legatario del *nomen* lo que *ex sententia iudicis deberetur*. Dentro del Derecho moderno cabe señalar que en el Derecho austríaco el legado subsiste si el deudor ha pagado el crédito por su propia iniciativa; según el § 2.173 B.G.B., si antes de la muerte se realiza la prestación y el objeto entregado existe aún en la herencia, en la duda ha de entenderse que este objeto debe ser atribuido al designado, y que si el crédito estaba dirigido al pago de una suma de dinero, en la duda vale como legada la suma correspondiente, aunque no se encuentre en la herencia; observa BINDER que en tal situación no basta afirmar formalmente que el cumplimiento se ha hecho imposible, puesto que la intención del causante continúa siendo presumiblemente la de hacer una atribución al legatario. Para nuestro Derecho, opina SÁNCHEZ ROMÁN que la reclamación extrajudicial no implicará caducidad del legado; en opinión de LACRUZ, lo mismo que el cobro, la transmisión del crédito deja sin efecto el legado, siendo más dudoso en los casos de

transmisión de la deuda e incluso de novación por cambio de deudor o del objeto.

Se discute la eficacia del *legatum nominis* en nuestro Derecho. Para OSSORIO, el legatario no deviene acreedor del tercero por muerte del testador, pues son los herederos quienes suceden en los créditos, y es necesario que éstos los cedan al legatario para que se convierta en acreedor; este legado impone al heredero un *facere*, según resulta, a su juicio, del artículo 870; opinión que también siguen MANRESA y TRAVIE-SAS. En sentido contrario se expresan DÍAZ CRUZ y LACRUZ. Para el último autor citado cabe sostener que el heredero sólo conserva la posesión del crédito, pues siendo éste determinado, su titularidad pasa *ipso iure* al legatario al abrirse la sucesión, por aplicación del mismo principio que inspira los artículos 882 y 885, entendiéndose el artículo 870-2 en el sentido de que el deudor no puede hacer efectivo el crédito legítimamente al legatario mientras no sea oportunamente notificado por el heredero, cuya notificación equivaldría a la escritura pública de entrega de la cosa inmueble. Opinión a la que me adhiero por ser conforme a una adecuada interpretación del artículo 882, y que explica asimismo la indetentación de régimen en cuanto a los frutos pendientes en los artículos 870-4 y 882-1.

Tampoco reina unanimidad en la doctrina acerca de la forma de cumplimiento de este legado. Para SÁNCHEZ ROMÁN, a quien modernamente sigue BORRELL y SOLER, caben dos modalidades: o bien percibiendo el heredero el crédito para abonarlo luego al legatario o bien mediante la cesión de acciones, que vendría a ser una forma mínima de cumplimiento. Pero observa con razón OSSORIO que el heredero no está facultado para hacer efectivo el crédito no sólo porque no le pertenece, sino porque al legatario puede interesarle no hacerlo (por ejemplo, para que siga devengando interés). No hay, por tanto, más forma de cumplimiento que la cesión de acciones que contempla el artículo 870-2, cuyo significado es el mismo—dice LACRUZ—que la entrega del artículo 885; el heredero no responderá ni de la *bonitas* ni de la *veritas* del crédito legado, ni podrá hablarse de una responsabilidad por evicción a cargo del heredero. Con el crédito se entienden legados sus accesorios, entre los que deben incluirse—por analogía con el artículo 1.528—los derechos de garantía y también los documentos en que conste. En cuanto a los intereses, el artículo 870-4 contiene una norma singular extremadamente beneficiosa para el legatario, al disponer que el legado comprende los intereses que por el crédito se debieren al morir el testador; naturalmente, como dice LACRUZ, se extiende también el legado a los intereses ulteriores. En el legado de cosa específica se

atribuyen al legatario los frutos pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte, y en el de cosa genérica ni siquiera se le conceden los frutos producidos a partir de la muerte del testador, salvo expresa disposición de éste. En estricta justicia, los intereses devengados y no satisfechos a la muerte del causante debieran refundirse en el caudal hereditario como un crédito a favor de la herencia.

La forma de cumplimiento que aceptamos para este legado encuentra paralelo en el Derecho comparado. Así, el artículo 658-2 del vigente Código civil italiano dispone que «el heredero está obligado solamente a entregar al legatario los títulos del crédito legado que se encuentren en poder del testador», y el artículo 2.261 del nuevo Código civil portugués ordena: «El heredero satisfará la disposición entregando al legatario los títulos relativos al crédito.»

El legado de liberación fue reconocido y ampliamente practicado en el Derecho romano y está regulado por la mayoría de los Códigos modernos. En nuestro Derecho recibe también el nombre de legado de perdón de deudas y su régimen es paralelo al legado de créditos. Tiene lugar, dice OSSORIO, cuando el testador lega a su deudor el crédito que contra él tenía, con lo cual renuncia a que le sea exigido. Sólo surte efecto en cuanto a la parte de deuda que estuviese pendiente al morir el testador. MUCIUS SCAEVOLA opina que si la deuda se ha extinguido antes de morir el testador por la sola voluntad del deudor, el legado surte sus efectos; pero la mayoría de la doctrina (SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, DÍAZ CRUZ, OSSORIO) sostiene lo contrario con apoyo en el artículo 870-1. Parece indudable que la reclamación del testador después del otorgamiento equivale a una revocación tácita.

Aunque la doctrina contempla con amplitud el legado de liberación, admitiendo que pueda tener por objeto la deuda contraída con un tercero o con el propio gravado (así, LACRUZ), en este estudio me limito al caso específicamente regulado por los artículos 870 y 871 de deuda del legatario con respecto al causante. Testamentariamente puede condonarse toda clase de deudas, en la totalidad de su importe o en parte, en el principal o en los intereses. Puede ordenarse prácticamente, dice LACRUZ, de muy diversas formas: legando al deudor lo mismo que éste debe, prohibiendo a los herederos que exijan el pago o declarando expresamente que condona al legatario su deuda. Cuando el testador declara en el testamento que un deudor suyo le ha pagado, entiende DÍAZ CRUZ que no se trata de un legado, sino de una confesión extrajudicial de pago, y si esta declaración no responde a la realidad habrá un legado de liberación, a menos que se demuestre el error del testador. Nuestro

Código admite el legado genérico de liberación, el cual comprende las deudas existentes al tiempo de hacerse el testamento, pero no las posteriores, conforme al artículo 872, que es, sin embargo, norma interpretativa. También es de liberación el legado hecho al deudor de la cosa empeñada, por el que sólo se entiende remitido el derecho de prenda, según el artículo 871-2; pero siendo dispositiva esta norma nada impide que el testador le condone la deuda y le remita la prenda, en cuyo caso la remisión de ésta sería accesoria de aquélla, conforme al artículo 1.190.

En orden a la eficacia de este legado se señalan idénticas discrepancias doctrinales que respecto del legado de crédito. Personalmente entiendo con GANGI, LACRUZ y BONET RAMÓN que la liberación del deudor-legatario se produce *ipso iure* siempre que el crédito fuese a favor del testador. El heredero gravado cumplirá dando carta de pago al legatario. Observa SÁNCHEZ ROMÁN que el Código añade «si lo pidiere», puesto que a él es a quien interesa quedar libre de la deuda dándola por pagada. En realidad, el legatario-deudor ha quedado liberado *ipso iure* por fallecimiento del acreedor, y caso de reclamación podrá oponer la excepción correspondiente, aunque el heredero no le hubiera otorgado carta de pago. Si el legatario paga su deuda después de morir el testador ignorando la existencia del legado, podrá repetir lo pagado mediante la *conditio indebiti*; pero si lo conocía, habrá una renuncia tácita al legado. Los gastos de cumplimiento serán a cargo de la herencia, pues estimo que el artículo 886-3 es de aplicación preferente al artículo 1.168.

D) Legado de prestaciones periódicas o de tracto sucesivo.

Anteriormente lo hemos diferenciado del legado de prestación única. Este legado de prestaciones periódicas se parece al *legatum nominis* en que ambos tienen por objeto un derecho de crédito, y se diferencia en que en éste el testador transmite uno ya existente en su patrimonio, mientras que en el de prestaciones periódicas el testador lo crea *ex novo* y lo adjudica al legatario; en un caso hay transmisión *mortis causa* del crédito; en el otro, creación constitutiva *ex testamento*. Incluyo bajo la citada denominación a los legados de pensión, de alimentos y de educación.

Se trata de figuras de legados típicos muy elaborados en el Derecho romano; en el *Digesto*, el legado de pensión se regula bajo el epígrafe *De annuis legatis et fideicommissis*, y el de alimentos lleva el rótulo *De alimentis vel cibariis legatis*. CAMARELA, en su clásica obra sobre legados, le dedica 75 páginas, y SURDUS, en su célebre *Tractatus de alimentis*, dedica todo el título II al legado de esta denominación. La Partida 6.^a

título 9, ley 24, contiene una regulación de los alimentos que ha servido de antecedente al Código civil, mientras que guarda silencio sobre el legado de pensión periódica. En los Códigos modernos se regulan estos tipos de legado con variada extensión; destacan por su minuciosidad el All.B.G.B. y el portugués derogado, mientras que la materia aparece simplificada en el Código civil italiano de 1942 con una remisión a los alimentos legales en cuanto a extensión (art. 660), al par que le considera como un subtipo del legado de prestaciones periódicas regulado con alcance general en el artículo 670, orientación que también ha seguido el nuevo Código portugués (art. 2.273).

Ha sido discutida su naturaleza jurídica. En mi opinión, el legado de prestaciones periódicas posee una interna estructura unitaria, si bien su contenido objetivo es plural, constituido por varias prestaciones autónomas. En Alemania, y con referencia a la renta vitalicia, GIERKE y GSCHNITZER distinguen dos obligaciones, una básica y fundamental, de la que derivan, como de su fuente, pretensiones singulares para las distintas prestaciones de renta. También en Italia una dirección doctrinal (ANDREOLI, BARASSI, DEVOTO, OSTI, STOLFI) sostiene que el legado de prestaciones periódicas constituye la fuente de una pluralidad de prestaciones autónomas. A favor del legado único se manifiestan LOSANA, VENZI y CRISCUOLI. Entre nosotros, por la pluralidad están TRAVIESAS, BORRELL y SOLER; por la unicidad, DÍAZ CRUZ y LACRUZ.

El legado de pensión está regulado por el artículo 880. Consiste en atribuir al legatario el derecho a percibir en forma periódica (por días, semanas, meses, años, etc.) una determinada suma de dinero o de otras cosas fungibles, bien durante cierto tiempo, bien con carácter vitalicio; el artículo 880 parece contemplar sólo esta última modalidad, pero observa OSSORIO que el testador puede señalar un plazo determinado de duración. El Código no alude a la finalidad de la pensión, que puede ser variadísima; si el testador la expresa, el legado puede ser modal. Siguiendo en esto una orientación casi unánime del Derecho comparado, el artículo 880 establece el pago por períodos anticipados con carácter general: «El legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar a la devolución, aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado.» Idéntica norma se contiene en el artículo 148-2, sobre los alimentos legales, y en el artículo 1.806, sobre renta vitalicia. Puede verse aquí una derogación a la norma general sobre cumplimiento de obligaciones aplazadas contenida en el artículo 1.125.

El legado de alimentos es un subtipo del legado de prestaciones pe-

riódicas, caracterizado por ser submodo, consistente en facilitar al legatario los medios necesarios para su subsistencia. Puede ordenarse de alguna de las formas siguientes:

a) Fijando una cantidad determinada para alimentos, en cuyo caso se trata de un simple legado de pensión que la doctrina denomina «a título de alimentos». Esta denominación, sin embargo, no influye en su régimen y así no será preciso cumplir con los requisitos de los alimentos ordinarios. Sólo en este sentido cabe aceptar la opinión de algunos autores italianos (GANGI, TALASANO, TEDESCHI) para quienes el legado de alimentos no está condicionado por el estado de necesidad del beneficiario.

b) Cabe que adopte la modalidad contemplada en el artículo 879-4: «Si el testador acostumbró dar en vida al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.» Este supuesto se parece al estudiado sub a), diferenciándose por una limitación cuantitativa, a saber, la notable desproporción con la cuantía de la herencia, que sólo el juez puede fijar atendidas las circunstancias de cada caso.

c) El verdadero legado de alimentos es aquel en que el testador dispone se pague al legatario una pensión para alimentos sin fijar su cuantía, en cuyo caso son de aplicación las normas sobre alimentos legales por la remisión general del artículo 153, salvo disposición diversa del testador. En cuanto al contenido regirá en toda su extensión el artículo 142, con las limitaciones cuantitativas que fija el artículo 879-3, según el cual habrá de tenerse en cuenta «el estado y condición del legatario y el importe de la herencia».

El legado de alimentos dura mientras viva el legatario si el testador no dispone otra cosa.

El legado de educación es una subespecie del de alimentos y dura hasta que el legatario sea mayor de edad (art. 879-1); pero siendo una norma dispositiva puede durar, como dice LACRUZ, por disposición del causante hasta cualquier edad. BORRELL y SOLER propone que la reducción experimentada por la mayoría de edad no se aplique a este legado; es probable que el legislador de 1943 no tuviera presente esta consecuencia, pero estimo que para que este legado llegue a los veintitrés años debe haberlo dispuesto expresamente el testador. Por aplicación del artículo 142-2 habrá que entender que el legado de alimentos incluye el de educación cuando el legatario es menor de edad; pero no a la inversa, salvo voluntad expresa del testador.

En cuanto a su eficacia, el legado de pensión produce efectos inmediatos, mientras que el de alimentos *stricto sensu* se subordinará a la situación de necesidad del beneficiario.

2. Legado de cosa genérica

Se contrapone al legado de un cuerpo cierto o de especie. En el legado de cosa genérica resulta cierta indeterminación en su objeto, ya que puede satisfacerse indistintamente con una cualquiera de las cosas pertenecientes al mismo género; pero tal indeterminación no puede llegar al extremo de que no se sepa qué es lo que quiso legarse.

La regulación legal de este legado se hace con cierta profusión y con ausencia de sistema:

El artículo 860 se refiere a la evicción.

El artículo 869-3 también se refiere a la evicción en relación con la ineficacia del legado por perecimiento del objeto.

El artículo 872 trata del legado *genérico* de liberación.

El artículo 884 regula los frutos del legado genérico.

La *sedes materiae* se encuentra en los artículos 875 a 877. Subsidiariamente se aplicarán las normas sobre obligaciones genéricas.

Cuando se trata de cosas pertenecientes al patrimonio del testador, no hay limitación en cuanto a las cosas que pueden ser objeto de este legado.

En contra del precedente de las Partidas, que la atribuían al legatario, el artículo 875-3 dispone que «la elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior». Pero al ser una norma dispositiva, el testador podrá encomendar la elección al legatario o a un tercero. Este derecho de elección es un *Gestaltungsrecht*, derecho de formación o de configuración jurídica, de igual naturaleza que el derecho de opción en las obligaciones alternativas. Si el testador no ha fijado plazo para ejercitarlo, parece que tanto el gravado como el legatario podrán acudir a los Tribunales para que lo señalen; es un derecho transmisible *mortis causa*, pues, según el artículo 877, «si el heredero o legatario no pudiese hacer la elección en el caso de haberle sido concedida, pasará su derecho a los herederos». La elección podrá hacerse en cualquier forma que revele por modo claro el ejercicio consciente y deliberado de la facultad otorgada. Si corresponde al heredero, éste cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior, según el artículo 875-3; parece que tal regla es aplicable no sólo a la opción atribuida a un tercero —como defiende LACRUZ—, sino al propio legatario. Hecha la elección,

es irrevocable, incluso la hecha en testamento (cfr. la sentencia de 23 de noviembre de 1904 referente al legado dejado por la marquesa de Valparaíso, y cuya elección se otorgó a su marido, el marqués de Villafuerte).

GANGI, modernamente seguido por ENRIETTI, sostiene la eficacia real de este legado cuando tiene por objeto cosas genéricas existentes en el patrimonio del testador, citando en su apoyo la doctrina romana que permitía un legado *per vindicationem* de cosas genéricas. Entiendo que este legado posee sólo eficacia indirecta; la individualización de la cosa legada es una operación cronológicamente subsiguiente a la apertura de la sucesión; la existencia de un legado genérico supone la obligación para el heredero de hacer la elección o de permitir que otro la haga; por ello dice acertadamente OSSORIO que no se adquiere la propiedad de la cosa legada hasta que se le entrega.

Aunque normalmente el derecho a los frutos nace con la concentración, la norma excepcional contenida en el artículo 884 permite al testador disponer que ese derecho se retrotraiga al momento de su muerte. En tal supuesto podría verse la existencia de dos legados: uno, por los frutos, hasta la concentración, y otro, ordinario, por la cosa genérica legada.

Debe reputarse igualmente excepcional la norma contenida en el artículo 860, según la cual el obligado a la entrega de este legado responde por evicción. Acaso pueda aplicarse aquí la razón que da SCUTO para el legado de cosa ajena, que el que dona lo hace espontáneamente, mientras que el gravado entrega el legado porque está obligado, por cuya razón hay una relación obligatoria y puede hablarse de cumplimiento inexacto y culposo. Según KIPP, la situación se aproxima más a una venta que a una donación. Para LACRUZ no hay responsabilidad por evicción cuando han perecido la totalidad de los objetos existentes en la herencia o cuando la elección corresponde al favorecido por el legado; DÍAZ CRUZ, en cambio, no admite excepciones. El artículo 860 no menciona los vicios ocultos; ROCA SASTRE y DÍAZ CRUZ los excluyen, pero parece más aceptable la opinión contraria sostenida por MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, TRAVIESAS, OSSORIO, LACRUZ y PUIG BRUTAU.

El legado de cantidad es una subespecie del legado de género. Al legado de cantidad se refiere *nominatim* el artículo 884, al disponer que los intereses de la misma corresponderán al legatario a partir de la muerte del testador cuando éste lo hubiese dispuesto expresamente. MUCIUS SCAEVOLA, DE BUEN y DÍAZ CRUZ entienden que el legado de cantidad es un legado genérico en el que no es necesaria la elección

y que—en realidad—el artículo 884 se está refiriendo al legado de dinero. En la doctrina italiana estima GANGI que una determinada cantidad de cosas fungibles puede ser objeto de legado, el cual será válido aunque no existan tales cosas en la herencia. Nuestra jurisprudencia se ha referido en diversas ocasiones al legado de cantidad; la sentencia de 19 de junio de 1901 declaró que no cambia su naturaleza convirtiéndose en legado de cosa específica por el hecho de que el testador *demonstrationis causa* señalara un determinado crédito para pago del mismo; doctrina que reiteró la sentencia de 6 de junio de 1903 en un supuesto análogo, en el que se habían señalado fincas; la sentencia de 27 de octubre de 1903 declaró que los legados de cantidad no devengan intereses salvo disposición contraria del testador, aun cuando se haya producido dilación en la entrega no siendo maliciosa; la sentencia de 13 de mayo de 1910 especificó que se devengan desde la reclamación judicial o extrajudicial del legatario al albacea. No todos los autores aceptan, sin embargo, esta doctrina jurisprudencial acerca del momento en que surge la obligación de abonar intereses en el legado de cantidad; a juicio de OSSORIO, esta obligación nace desde la aceptación del legado; DÍAZ CRUZ argumenta que al no ser necesaria la elección, no hay obstáculo para que el heredero no los deba desde la muerte del *decuius*, por aplicación del artículo 1.095. La doctrina tradicional se ha reiterado en sentencia de 11 de mayo de 1956, en la que resolviendo un caso procedente de Cataluña declaró que, por regla general, conforme a las leyes 1 y 4, *De usuris et fructibus*, no devengan intereses los legados de cantidad sino desde la interpelación judicial, si bien la legítima devenga interés desde la muerte del testador, aunque se dé por vía de legado.

3. Legado alternativo

Hay legado alternativo cuando el testador señala varias cosas o prestaciones, de tal forma que sólo una de ellas debe entregarse o cumplirse. Igual que en las obligaciones alternativas hay aquí una sola cosa o prestación *quoad solutionem* y existe, igual que en las genéricas, una facultad de elección, pero limitada a las cosas alternativamente legadas. Los legados alternativos se rigen, conforme al artículo 874, por la voluntad expresa del testador y, subsidiariamente, por las normas de las obligaciones alternativas. Con todo, parece evidente que el testador no podrá alterar la esencia de la alternatividad, disponiendo, por ejemplo, que el heredero quede obligado a entregar todos los objetos que comprende, pues en tal caso no habría un legado alternativo, sino cumula-

tivo. En la alternatividad pueden entrar cualquier clase de cosas, derechos o prestaciones siempre que reúnan los requisitos generales del objeto del legado. Por aplicación del artículo 1.132, la elección corresponderá al heredero o legatario gravados, a menos que el testador la confíe a un tercero o al legatario beneficiado, en cuyo caso se tiene un legado de opción.

El *legatum optionis* fue conocido en el Derecho romano, diferenciándose del alternativo en que la *optio* no se transmitía al heredero por ser facultad estrictamente personal; pero Justiniano refundió ambas especies de legados. El B.G.B. contempla la figura del *Wahlvermächtnis*, también admitida en el Derecho italiano y en el portugués vigente. En nuestro Código acaso pudiera verse recogida en el artículo 876, en cuyo caso lo expresamente legado es la misma facultad de opción, que se declara transmisible por herencia en el artículo 877.

En el legado alternativo, una vez hecha la elección será irrevocable. Producida la concentración del objeto se aplica el mismo régimen que en el legado de cosas genéricas. Por tanto, la eficacia del legado alternativo es meramente obligatoria, incluso en el supuesto de que la alternatividad recaiga sobre cosas específicas y determinadas propias del testador (en tal sentido, GROSSO, como regla general, y CRISCUOLI).

4. *El legatum debiti*

La exacta delimitación de esta figura suscita no poca incertidumbre en la doctrina. Por de pronto cabe subrayar que aquí no existe sucesión de ninguna clase del legatario al testador.

Para SÁNCHEZ ROMÁN es el legado que hace el testador a un acreedor suyo declarando expresamente que le lega lo mismo que le debe; OSSORIO aclara que no se trata de que el testador pueda legar una deuda suya, pues ello carecería de sentido, ya que la deuda no es un bien que pueda ser objeto de disposición.

En el Derecho romano clásico se consideraba nulo el *legatum debiti* por no contener una liberalidad, pero el *Digesto* admite su validez siempre que el legatario obtenga una ventaja. A juicio de BIONDI, producía una especie de novación, surgiendo entre heredero y legatario una nueva obligación, que sustituye a la precedente entre testador y legatario. Las Partidas lo admitieron y los Códigos modernos reconocen la figura, aunque ofreciendo un variado cuadro de regulaciones. La orientación del Derecho comparado puede sintetizarse así: 1.º El legado hecho por el deudor al acreedor no se presume hecho en pago de la deuda. 2.º Aun-

que se legue para pago de una deuda se mantiene la validez del legado, aun en el caso de que la deuda no existiese (*in dubio pro legatario*).

De alguna manera esta orientación está recogida en el artículo 873, de evidente carácter interpretativo: «El legado hecho a un acreedor no se imputará en pago de su crédito, a no ser que el testador lo declare expresamente. En este caso, el acreedor tendrá derecho a cobrar el exceso del crédito o del legado.» A falta de declaración expresa no podrá hablarse de legado de deuda, sino de un legado ordinario de suma, de cosa específica, etc.

En el caso de un legado expreso de deuda no se trata de algo inútil, pues, como resume LACRUZ, pueden verse las siguientes ventajas:

- a) Supone un reconocimiento de la deuda, que corrobora las pruebas existentes.
- b) Interrumpe la prescripción.
- c) Invierte al titular del crédito de nuevas acciones y posiciones dimanantes del legado.
- d) Podrá pedir anotación preventiva también del legado genérico.
- e) Puede implicar la desaparición de condiciones o términos que impedirían la inmediata realización del crédito.
- f) La deuda podía no ser líquida y resultar tal en virtud de la ordenación del legado.

A mi modo de ver, la idea de una dación en pago está expresamente excluida del artículo 873-2, pues el acreedor tiene derecho a cobrar el exceso de crédito o del legado. Con todo se trata de una norma dispositiva. El legado expreso de deuda produce los efectos propios de la cosa legada y una vez cumplido por el gravado produce, además, la extinción de la deuda que tenía el causante y que pasó al heredero al abrirse la sucesión. El acreedor, mientras no se dé cumplimiento al legado, dispone de dos acciones; pero pagado el legado que cubra la totalidad de la deuda, ésta se cancela *ipso iure*.

Entiendo con la mayoría de la doctrina (TRAVIESAS, BORRELL Y SOLER, LACRUZ) que el legado de una deuda inexistente no quedará ineficaz, a menos que se pruebe que el testador no lo hubiera hecho de haber conocido la inexistencia de la deuda (art. 767-1). Discrepa DÍAZ CRUZ opinando que al ser expresa la imputación ello lleva consigo que no se hubiera hecho el legado de no existir la deuda; pero OSSORIO invoca el precedente de las Partidas, que en tal hipótesis ordenaban que se entregase el legado, «porque se entiende que se lo quiso dar»; nuestro Código parte, además, del principio del mantenimiento del legado.

El legado expreso de deuda implica un reconocimiento de deuda;

en mi opinión, sin embargo, no todo reconocimiento de deuda hecho en testamento implica un legado. El tema ha sido estudiado por PASTOR RIDRUEJO y tiene unas derivaciones en las que aquí no puedo entrar. Baste subrayar que el simple reconocimiento de una deuda formando parte del contenido atípico de un testamento no puede transformarse en legado de deuda ni siquiera invocando la voluntad conjetural del testador, ya que el artículo 873-1 requiere una declaración expresa.

V. LEGADO DE COSAS QUE NO FORMAN PARTE DEL PATRIMONIO DEL TESTADOR

1. *En general*

SCUTO ofrece un concepto muy amplio del legado de cosas que no forman parte del patrimonio del testador, incluyendo el de cosa ajena en sus varias manifestaciones, el de cosa mueble genérica, el de cosa futura, el del hecho del heredero o del gravado cuando se legue el resultado de su actividad y el de la conclusión de un contrato o realización de cualquier acto jurídico entre gravado y legatario. El más importante de todos ellos es, sin duda, el legado de cosa ajena.

Dice OSSORIO que, a primera vista, el legado de cosa ajena es una figura que puede resultar anómala por contraria al principio de que «nadie da lo que no tiene» y, en todo caso, su admisibilidad no puede implicar un poder de disposición sobre bienes ajenos. Es un legado que ha de carecer de efectos reales, pues sería absurdo que la cosa perteneciente a un extraño pudiera pasar directamente al legatario por la simple voluntad del testador. Por otra parte, dice BORRELL Y SOLER, el legar una cosa que no le pertenece no implica la intención de despostrar ilegalmente de ella a su legítimo dueño para darla al legatario, pues no se trata de legar mediante un acto punible.

2. *En el Derecho comparado*

Admitido este legado por el Derecho romano y por las Partidas, ha pasado a los Códigos modernos, resaltando la amplitud con que lo acepta nuestro Código frente a las restricciones de los Códigos extranjeros.

Destaca la absoluta inadmisibilidad que pronuncia el artículo 1.021 del *Code français*: «Cuando el testador ha legado la cosa ajena, el legado

será nulo, tanto si conocía como si no conocía que la cosa no le pertenecía»; postura que, sin embargo, ha sido moderada por la jurisprudencia y la doctrina modernas.

Admisivos con restricciones son el Código austríaco, el italiano de 1865 y el portugués derogado. El artículo 651-1 del Código civil italiano de 1942 ha suavizado el régimen contenido en el Código derogado, pues ya no exige que conste expresamente en el testamento la declaración de saber que la cosa era ajena, sino que puede constar por escrito en otro lugar. En el nuevo Código civil portugués se requiere para la validez que el testador conozca la alienidad (art. 2.251-1), mientras que en el Código anterior se exigía ignorancia de tal circunstancia. En el B.G.B., el testador ha de manifestar expresamente que la cosa no le pertenece, en cuyo caso el gravado queda obligado a suministrarla al legatario (*Verschafungsvermächtnis*).

3. El legado de cosa ajena en el Código civil español

Nuestro Código, en los artículos 861 y siguientes, ha recogido con más fidelidad que otros modernos la doctrina romana sobre el legado de cosa ajena. En Roma, la admisión del *legatum rei alienae* vino por la vía del *legatum per damnationem*. Según ULPIANO, *per damnationem omnes res legari possunt, etiam quae non sunt testatoris, dummodo tales sint quae dari possint*. Según GAYO, su contenido era el *redimere et praestare rem*, y no siendo posible para el gravado adquirir la cosa, subentraba la obligación de dar la *aestimatio*. A juicio de SCUTO, en el Derecho romano no hubo dificultad dogmática de admitir la *res aliena* como posible objeto del legado, pero se quería que resultase con claridad la voluntad del testador, y toda duda se excluía cuando se probaba que el testador sabía que la cosa era ajena.

Dice el artículo 861:

«El legado de cosa ajena, si el testador al legarla sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario, y no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación. La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena corresponde al legatario.

Aunque SÁNCHEZ ROMÁN limita este legado, por razón de su objeto, al de cosa específica y determinada, dada la amplitud del término «cosa» entiendo que tanto puede referirse a las corporales como a las incorpóreas, estando admitido en general por la doctrina el legado de crédito de un tercero.

Los presupuestos de validez del legado de cosa ajena son:

- a) Que al tiempo del otorgamiento la cosa fuese ajena.
- b) Que el testador conociese esta circunstancia.
- c) Que la cosa fuese ajena al tiempo del fallecimiento.

Si el testador lega como ajena una cosa propia, entiendo con ROCA SASTRE que el legado será válido como legado ordinario de cosa propia, a menos que se pruebe que la causa determinante del legado fue la convicción de ser ajena la cosa. La alienidad debe darse tanto respecto del testador como del legatario. Si la cosa era ajena al tiempo del testamento y el testador la adquiere después, el legado valdrá como ordinario, según dispone el artículo 862-2, invirtiendo la regla catoniana. El legado no será válido si la cosa al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario (art. 866-1). Pero si el legatario *la* adquiere después de otorgado el testamento y, por supuesto, antes de abrirse la sucesión, habrá que atender a la causa de la adquisición, conforme el artículo 878-2; si fue a título lucrativo nada podrá pedir por ello el legatario, pero si fue a título oneroso podrá pedir al heredero que le indemnice de lo que haya dado por adquirirla; hay que concluir que, en el último supuesto, el legado produce algunos efectos. El conocimiento por el testador de que la cosa era ajena puede resultar del propio testamento, pero puede también demostrarse por cualquier medio sin que en nuestro Código se contengan las limitaciones de prueba que existen en el Código italiano vigente. La carga de la prueba corresponde al legatario, pues se presume—como dice OSSORIO—la ignorancia del testador.

La sentencia de 16 de enero de 1932, al estimar el recurso, declaró que el legado de cosa ajena debe entenderse en sentido restrictivo por ser excepcional, ya que la facultad jurídica de disposición de bienes se ejercita ordinariamente sobre cosas propias.

El legado de cosa ajena carece de eficacia real, ya que grava al heredero con un *facere*, que confiere al legatario un derecho de crédito para exigir del heredero que adquiera la cosa y se la entregue; el gravado queda obligado al *redimere et praestare rem*, cuyo cumplimiento puede serle urgido por el legatario mediante la *actio ex testamento*; el legatario no puede ejercitar la acción reivindicatoria, como declaró la sentencia de 3 de febrero de 1930.

El cumplimiento del legado de cosa ajena se contempla en el artículo 861-1: «El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario, y no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación.» Pero se discute en la doctrina la naturaleza jurídica de la obligación

del gravado. Hay que rechazar, en principio, las soluciones construidas con base en ordenamientos extranjeros que no coinciden con el nuestro. Así, el Código italiano derogado establecía claramente una obligación alternativa (entregar la cosa o pagar el precio justo), mientras que en el Código vigente la obligación del gravado se configura claramente como facultativa en el artículo 651-1. A la vista de nuestro artículo 861-1 hay que concluir que ambas construcciones son inaceptables, ya que el abono de la justa estimación sólo se impone *cuando no es posible adquirir la cosa*. Por todo ello estimo inexacta la opinión de DÍAZ CRUZ, quien siguiendo literalmente a SCUTO habla de una *facultas solutionis ex lege*, e igualmente la de MORENO QUESADA, para quien se trata de una modalidad de las obligaciones alternativas caracterizada porque el orden de preferencia en cuanto a la prestación que ha de realizarse en el pago, así como las circunstancias que autorizan la realización de la prestación considerada como subsidiaria, viene preestablecido por la ley. Más conforme con la intención del legislador me parece la opinión de OSSORIO, para quien inicialmente no existe más que una obligación única, la de adquirir la cosa y entregarla al legatario, siendo subsidiaria y nunca facultativa la obligación de pagar la estimación. Puede pensarse que en el artículo 861 el legislador ha querido dar una normativa sustitutoria del artículo 1.101—en otro caso aplicable—, de suerte que la obligación de pagar la estimación representa una especial prestación por equivalente. Este legado no persigue de modo exclusivo la entrega de una cosa, sino la atribución de un valor al favorecido con él, y ello tanto puede lograrse por medio de la entrega de la cosa como mediante el pago de su justa estimación. Lo que ocurre es que el legislador ha tipificado la prestación por equivalente, en parte, reduciendo su alcance (ya que el gravado no responde normalmente de los daños y perjuicios) y, en parte, ampliándola (pues debe la justa estimación, aunque la cosa se pierda sin culpa suya).

En la forma normal de cumplimiento, el gravado deberá adquirir la cosa por el procedimiento que mejor le pareciere y luego entregarla al legatario. Para LACRUZ no hay inconveniente en que el gravado pacte con el dueño la directa transmisión de la propiedad a dicho favorecido, sin pasar por el patrimonio del gravado.

Entiende MORENO QUESADA que una vez adquirida la cosa del tercero queda concentrada la prestación, rigiéndose a partir de entonces, en cuanto a riesgos, frutos, etc., como si fuera un legado de cosa específica y determinada. No comparto esta opinión y considero que hasta la efectiva entrega de la cosa por el gravado el legado de cosa ajena no se equipara al de cosa específica.

Si al gravado no le resulta posible entregar la cosa del tercero entra en funcionamiento la forma de cumplimiento subsidiario o supletorio, quedando obligado a entregar su justa estimación. ¿Cómo ha de interpretarse la frase «no siéndole posible», del artículo 861-1? La problemática, que arranca ya del Derecho romano, puede resumirse hoy en el sentido de si el tercero se niega a enajenar la cosa, a transmitirla por cualquier otro título económicamente equivalente, si existe algún obstáculo legal o si exige un precio exorbitante.

Falta una norma expresa que imponga en este caso la responsabilidad por evicción y la doctrina se halla dividida. TRAVIESAS y DÍAZ CRUZ no la admiten, mientras que la aceptan en general SCUTO y MORENO QUESADA, y con limitaciones y restricciones, LACRUZ. Por mi parte, entiendo que si el legatario es privado de todo o parte de la cosa legada, en virtud de sentencia firme, por un derecho anterior a la entrega del legado, el gravado deberá responder, pero no propiamente por evicción, sino con base en el mismo artículo 861-1, puesto que la cosa no ha sido entregada efectivamente en tal supuesto, y se debe cumplir por equivalente; en tal supuesto no habría lugar a aplicar el artículo 1.478, y los perjuicios eventualmente causados al legatario por culpa del gravado o del tercero sólo cabrá reclamarlos al amparo del artículo 1.902.

4. *Variedades del legado de cosa ajena*

El artículo 863 reconoce validez al legado hecho a un tercero de la cosa propia del heredero o legatario, quienes al aceptar la sucesión deberán entregar la cosa legada o su justa estimación al legatario favorecido, siempre que con tal disposición no se perjudique la legítima de los herederos forzosos. PAPINIANO justificaba este legado por el hecho de que para el gravado era menos oneroso dar la cosa propia que procurar la ajena. Para SÁNCHEZ ROMÁN, el fundamento del artículo 863 radica en el artículo 858, que permite gravar con mandas y legados no sólo al heredero, sino también al legatario. LACRUZ, por su parte, critica con dureza la regulación de dicho precepto, que encuentra carente de fundamento razonable y presenta dudas interpretativas, pues no determina en qué momento ha de ser propia del gravado la cosa legada, si al otorgarse la disposición *mortis causa* o al fallecer el testador; ni alude al conocimiento por el testador de no ser propia la cosa legada; ni prevé el supuesto de repudiación de la herencia o legado por el gravado. En mi opinión, no aparece muy justificada la diferencia de régimen con el legado de cosa de un tercero, pues una parte de la doctrina se inclina a considerar como facultativa la obligación del gravado en este caso.

Cabe observar que el Código italiano de 1942 ha unificado esta figura con el legado de cosa de un tercero, orientación también seguida por el nuevo Código civil portugués. Por todo ello cabe preguntarse si nuestro legislador ha querido establecer en el artículo 863 un régimen diverso del artículo 861.

El artículo 864 contempla el legado de cosa perteneciente, en parte, a un extraño y, en parte, al testador o al gravado, disponiendo que en tal caso se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero. No parece haber aquí un legado de cosa ajena; se exige una declaración expresa de legar la cosa por entero, mientras que en el artículo 861 basta que el testador sepa que lega una cosa ajena; en ausencia de declaración expresa se entenderá legada sólo la parte correspondiente al testador. La palabra «derecho» se interpreta en sentido amplio, y así, LACRUZ opina que si al fallecimiento, no siendo propietario de la cosa legada, tiene el testador la *possessio ad usucapionem* o una pretensión a la entrega de la cosa, probablemente, por aplicación del artículo 964, deben entenderse legadas éstas.

Cabe el legado de un crédito ajeno, dando un sentido amplio al término «cosa» del artículo 861. En tal supuesto, como dice OSSORIO, el heredero vendrá obligado a adquirirlo para cederlo al legatario, y no siéndole posible abonará su estimación.

El artículo 875 limita a los bienes muebles el legado de cosas genéricas que no formen parte de la herencia. No parece, sin embargo, que haya insalvables obstáculos dogmáticos en admitir un legado genérico de inmuebles que no formen parte de la herencia (por ejemplo, una parcela para edificar e incluso un apartamento de tales características).

Tampoco hay dificultad en que sean de ajena pertenencia las cosas que entran en un legado alternativo.

GABRIEL GARCÍA CANTERO