

de educación, los cuales, á pesar de los fines que sus nombres indican, no serán reducidos sino por aquel derecho de legítima ó porción ó parte alícuota de la herencia, aunque notoriamente fueran excesivas para tales fines las cantidades señaladas por el testador, que pudo disponer, con ese nombre ó con otro, como mejor le plazca, de la parte libre de su herencia. En cambio de este límite máximo, no lo hay mínimo, y á pesar de resultar manifiestamente insuficientes las cantidades designadas por el testador para los fines de dichos legados, no podrán aquéllas aumentarse, á no ser que del sentido y recta interpretación de las cláusulas testamentarias se dedujera claramente que la voluntad del testador era que así se hiciese, si dicha cuantía fijada por él resultaba insuficiente para los fines del legado.

2.<sup>a</sup> Que no se señalara por el testador la cuantía ó cantidad en que tales legados debían consistir; en cuyo supuesto previene el art. 879 que «se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia».

El art. 142, al definir, por *alimentos*, todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, comprendidas también la educación é instrucción del alimentista, cuando es menor de edad, dice «según la posición social de la familia», y los arts. 146 y 147 establecen que la cuantía de los alimentos «será proporcionada al caudal y medios del que los da y á las necesidades de quien los recibe», y que «se reducirán ó aumentarán proporcionalmente, según la disminución ó aumento que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos».

Preferible hubiera sido que dicho art. 879 conservara la dicción legal de los generales antes mencionados, en lugar de emplear términos nuevos, como el *estado* y *condición* del legatario, que son palabras vagas, ya que no impropias, y el *importe* de la herencia. Aun dando las primeras por equivalentes, esta última, como uno de los reguladores de la cuantía de los legados de alimentos y de educación, cuando el testador no la fijó, es de exégesis difícil, pues atribuyéndole el valor literal, se refiere á todo el caudal hereditario, ó cuando menos á todo lo distribuido en su sucesión testada, por título universal de herencia, y si bien pudiera aceptarse ese tipo regulador como equivalente del caudal de donde los alimentos se prestan, cuando fuere uno solo el heredero que debiera pagarlos, ó, siendo varios, la obligación pesara sobre todos proporcionalmente á su haber, no sucederá lo mismo si lo distribuido por herencia es una parte más ó menos reducida de todo el caudal hereditario, por haberse empleado lo demás en legados ó disposiciones singulares, ó cuando el de alimentos ó el de educación hubiere de estar sólo á cargo de uno de los herederos y no de todos. Mejor fórmula de *cuantía* hubiera sido para este caso la de referir la limitación á la parte libre de

la herencia, puesto que los legados no pueden perjudicar á las legítimas y sobre todo en lugar de la frase «importe de la herencia», referirse al haber de los legatarios, si lo fueren con esta carga, ó de los herederos que hayan de pagar los legados de alimentos ó de educación, y, por supuesto, sin detrimento de sus legítimas, si fueren forzosos; pues eso sería más congruente con la medida legal general en esta materia del art. 146. Por lo menos, debió agregarse al tercer párrafo del art. 879 la limitación expresada en el final del cuarto, que sólo se menciona en la siguiente hipótesis.

3.<sup>a</sup> El párrafo cuarto y último de dicho artículo dice que, «si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero ú otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare notable desproporción con la cuantía de la herencia. No bastará, pues, la desproporción, sino que es preciso que sea *notable*, ó que resulten notablemente desproporcionados los alimentos comparados con aquella cuantía, si es que ha de atribuirse el valor de su significación gramatical á dicho adverbio, pero, en definitiva, y caso de discordancia entre el legatario y los que hayan de pagar los alimentos, quedará sujeto este punto á la apreciación judicial.

Estos legados pueden tener el carácter de una obligación personal, si no se afectan especialmente bienes determinados para garantía de su pago, constituyéndose hipoteca, prenda ó depósito del capital cuyos intereses se destinen á ese fin ó se señalen los productos ó rentas de una finca, gravándolas con esta aplicación.

El legatario de alimentos y de educación podrá ampararse en las garantías que le facilitan los artículos de la ley Hipotecaria, á saber: el derecho á obtener anotación preventiva (art. 42, núm. 7.º, L. Hip.); el de que dentro del plazo señalado en el art. 86, ó sea antes de que transcurra un año de la fecha de la anotación, pueda exigir que ésta se convierta en inscripción hipotecaria (art. 88, L. Hip.), y si no hubiere constituido dicha anotación también podrá exigir en cualquier tiempo inscripción hipotecaria, aunque ésta no surtirá efecto sino desde su fecha, sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero ó se hayan adjudicado al heredero ó legatario especialmente gravado (art. 90, L. Hip.); á lo cual vendrá obligado el heredero ó legatario gravado con la pensión, debiendo constituir esa hipoteca, á su elección, ya sobre los mismos bienes anotados, si se le adjudicaren, ya sobre cualesquiera otros inmuebles de la herencia que se le adjudiquen, siempre que sean bastantes y procedan de dicha herencia ó completando los anotados con otros si aquéllos no fueran suficientes para asegurar el legado (arts. 89 y 91, L. Hip.).

Si alguno de los legatarios no fuere persona cierta, el Juez ó Tribunal mandará hacer la anotación preventiva de su legado, bien á instan-

cia del mismo heredero, ó de otro interesado, bien de oficio (art. 49, párr. 3.º, L. Hip.).

Cuando los bienes de la herencia ó de la parte libre de ella, si no hubiere herederos forzosos, no alcanzaren á cubrir todos los legados, la ley establece un orden para su pago, correspondiendo los números 4.º y 5.º de dicho orden, á los legados de alimentos y de educación, respectivamente (art. 887).

Concuerda con este art. 879 el 162 (1), relativo á los legados para gastos de educación é instrucción hechos en favor del hijo no emancipado, manteniendo en el derecho de su administración al padre ó á la madre, á no ser que en el legado se hubiere dispuesto otra cosa.

*Segundo. Por razón del OBJETO.*

58. He aquí sus respectivas reglas:

e. Legado de *especie*.

Sobre la base general del art. 881, antes explicado, de que el legatario adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testador, y si se tratara de legados condicionales ó á plazo, bajo el influjo de las reglas expuestas en los arts. 790 á 805, de común aplicación á la institución de heredero y á los legados, que son todos puntos de vista que se refieren á la *forma* de aquéllos, se regulan y modifican también sus efectos por razón del *objeto*, si bien combinando las reglas legales respecto de una y otra consideración, puesto que no son aspectos compatibles; debiendo entenderse, sin embargo, todo lo que á continuación se expresa, referido siempre á la hipótesis de legados ordenados puramente ó sin condición ni plazo, sin perjuicio de la consiguiente modificación en sus efectos cuando concurren estos elementos accidentales.

Los efectos del legado de *especie* se distinguen, según que la cosa legada sea propia del testador, ó ajena. Los del legado de cosa propia se regulan por los arts. 882, 885, 883 y 886, aparte sus concordancias con otros más generales, y se refieren; á la adquisición, posesión y entrega de la cosa (2) legada, y gastos que ocasione, á sus frutos y gastos

(1) Explicado en el núm. 28, cap. 28.º, t. V, 2.ª edic.

(2) Conforme á lo dispuesto en los arts. 768 y 882 del Código civil, el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, y hallándose aquélla inscrita á nombre de éste, no necesita el primero, en cuanto se refiere á la inscripción de su derecho, la presentación de ninguna escritura particional ni de ningún otro documento, salvo las certificaciones de defunción y del Registro general de actos de última voluntad referentes al testador, si el legatario tuvo en su poder el testamento.

Bajo este supuesto, es inaplicable al caso referido la doctrina consignada en la Resolución de la Dirección general de 21 de Marzo de 1899, toda vez que no se refiere á la inscripción de bienes señaladamente determinados en el testamento, sino á otros cuya propiedad exclusiva no se adquiere por cada heredero sino después de hecha la partición, según prescribe el art. 1.068 del citado Código. (Resol. Direc. gen. Reg., 18 Julio 1900).

de producción, á sus accesiones ó mejoras, menoscabos y pérdidas y su inscripción en el Registro.

1.º Adquisición, posesión y entrega y sus gastos del legado de cosa específica y determinada, propia del testador.

La *adquisición* á que se refiere el art. 882, es la de la *propiedad* de la cosa específica y determinada, propia del testador, por el legatario, que según el mismo «adquiere su propiedad desde que aquél muere», lo cual significa que al legatario corresponde la acción reivindicatoria y todas las demás que puede utilizar el dueño, desde que fallece el testador y sin necesidad de ningún otro hecho.

La *posesión* de derecho, ó el derecho de posesión, de la cosa específica legada, se entiende transmitida por ministerio de la ley desde igual instante, según el art. 440, antes citado, por analogía con lo que éste dispone para la de los bienes hereditarios y además como complemento de la adquisición de propiedad declarada en el art. 882.

La *entrega* necesitará, sin embargo, ser realizada por el heredero ó albacea, cuando éste se halla autorizado para ello, pues, según el art. 885, el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión á dichos heredero ó albacea. Parece contradictorio este artículo con el 440, y no es así, sin duda porque el 885 dice relación á la posesión de hecho, obtenida mediante la entrega, y el 440 á la de derecho.

Lo excepcional, pero no imposible, es que el heredero pueda no aceptar la herencia ó dilatar considerablemente su aceptación, y los albaceas no estén debidamente autorizados para hacer la entrega y dar la posesión al legatario de la cosa objeto del legado específico, en el supuesto previsto por el art. 885, y como al mismo tiempo este artículo prohíbe al legatario ocuparla por su propia autoridad, no le quedará otro recurso á éste sino el de promover la aplicación de los arts. 1.005 y 1.020 (1) para que el heredero acepte ó repudie la herencia, dentro del término que el Juez le señale, que no puede pasar de *treinta días*, ó para que el Juez provea á la formación de inventario y hasta la aceptación de la herencia y al nombramiento de un administrador para la custodia de la misma, al cual se podría autorizar para la entrega del legado. El Tribunal Supremo tiene declarado que puede pedirse la cosa específica objeto del legado sin aguardar el término de las operaciones testamentarias (2).

Según el art. 883, «la cosa legada deberá ser entregada con todos sus *accesorios* y en el *estado* que se halle al morir el testador». Tomado á la letra este artículo y el 699 del Proyecto de 1851, debe aceptarse

(1) Explicados en el cap. 26.º de este tomo.

(2) Sents. de 24 de Noviembre de 1900 y 7 de Diciembre de 1901.

como explicación la de Goyena (1), que dice, «llámase accesorio de la cosa legada todo lo que, sin ser la misma cosa, tiene con ella tal relación, que no debe separarse, y antes bien debe seguirla», sin que, por tanto, sea necesario que, las cosas sean inseparables entre sí, ó lo que es lo mismo, que esta calificación de accesorios no equivale al significado del fenómeno jurídico de la *accesión*. De todas suertes, la frase de este art. 883, «con todos sus accesorios», nunca deberá entenderse contra lo expresamente prevenido en los arts. 346 y 347 del Código civil, antes citados (2).

La entrega ha de ser también de la misma cosa legada, según previene el art. 886, y añade «pudiendo hacerlo», sin que el heredero cumpla con dar su estimación. De esta última parte de la regla se exceptúan los casos previstos en los arts. 861, 863 y 878, relativos á los supuestos de legado específico de cosa ajena ó de cosa propia del heredero ó de un legatario ó de aquella que, siendo propia del legatario, hubiese éste adquirido por título oneroso, en los cuales cumplirá el heredero con entregar su estimación al legatario.

En todo caso de legado de especie, si el legatario, voluntariamente prefiriera recibir la estimación de la cosa objeto del legado de especie, en lugar de la cosa misma, se reputará pagado el legado, puesto que la prohibición impuesta al heredero por el pár. 1.º del art. 886, se ha establecido en favor del legatario, el cual podrá renunciarla, prestándose á recibir su estimación, según parece de razón, aunque el Código no lo exprese así.

Es terminante la prescripción del segundo párrafo del art. 886 de que si el legado consistiere en dinero deba ser así pagado, aunque no lo haya en la herencia; debiendo arbitrarse, según el 903, cuando los herederos no lo aprontaren de lo suyo, promoviendo los albaceas la venta de los bienes muebles, y no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.

En cuanto á la forma de la entrega, pueden reputarse concordantes por analogía los arts. 1.461, 1.462 y 1.463 (3), relativos á las especies de *tradición* y obligación del vendedor á entregar la cosa en la compra-venta.

El párrafo final del art. 886 establece la regla de que, «los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada, serán á cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima», ya sean estos gastos extrajudiciales ó judiciales si el legatario se viera obligado, por la resistencia del heredero, á promover juicio sobre petición del legado. Esta responsabi-

(1) Ob. cit., t. II, pág. 139.

(2) Explicados en el núm. 34, cap. 18.º, t. II, 2.ª edic.

(3) Idem en el núm. 17, cap. 9.º, t. III y en los núms. 134 y 135, cap. 20.º, t. IV, 2.ª edic.

lidad tiene las siguientes limitaciones; 1.ª, que los gastos han de ser precisamente necesarios, ó sea los indispensables para dicha entrega y no otro alguno; 2.ª, que aun de los necesarios quedará relevado el heredero, cuando al sufragarlos sufra perjuicio ó menoscabo la legítima, cuyo caso equivale al de legado excesivo y queda sujeto á la prohibición del art. 813 y á las reglas de reducción de los arts. 817 y 820 á 822 (1); 3.ª, que el testador haya dispuesto que los satisfaga el legatario.

No se entienden como imputables al legatario ó heredero los gastos de primera copia de la escritura, impuesto de derechos reales é inscripción en el Registro, por reputarse posteriores á la entrega del legado.

2.º Frutos y rentas y gastos de producción de la cosa objeto del legado de especie.

Los *pendientes* al tiempo de la muerte del testador, los hace suyos el legatario, pero no las rentas devengadas y no satisfechas, usándose en el art. 882 las dos palabras *frutos* y *rentas*, aunque todos jurídicamente son *frutos*, con aplicación, sin duda, de los primeros á los naturales é industriales, y las segundas á los civiles, con el criterio legal de los arts. 354, 355, 357 y 451 (2), sobre todo este último, en cuanto que los civiles se consideran producidos por días. El opuesto, es el criterio del Código para el legado de crédito ó de liberación de deuda, pues ambos comprenderán los intereses devengados que se debieren al morir el testador, según previene el párrafo último del art. 870. En cuanto á los gastos de producción de los frutos que pertenecen al legatario de cosa específica desde la muerte del testador, no es aplicable el precepto general del art. 356 (3), de que el que percibe los frutos tiene obligación de abonar los gastos para su producción, porque aquel artículo se refiere á los hechos por un *tercero*, y el testador no lo es respecto del legatario, y se extiende también á los de recolección y conservación, que están fuera del alcance del art. 882, cuyo supuesto es de frutos *pendientes*, no recogidos y menos conservados.

3.º Pérdida ó deterioro y aumento ó mejora de la cosa legada.

Declara el segundo párrafo del art. 882 que la cosa legada, en el legado de especie, correrá desde el instante de la muerte del testador, á riesgo del legatario, el cual sufrirá los unos ó aprovechará los otros, como consecuencia de la adquisición de su propiedad, siendo de apreciar con relación al *estado* en que la cosa específica legada se halle al morir el testador; siempre, es claro, que dicha pérdida ó deterioros no se hayan causado por culpa del heredero, que es también el criterio del núm. 3.º del art. 869 (4).

(1) Explicado en los núms. 114 y 115, cap. 15.º de este tomo. '.

(2) Idem en el núm. 37, cap. 28.º, t. II, y 74, cap. 5.º, t. III, 2.ª edic.

(3) Idem en el núm. 74, cap. 5.º, t. III, 2.ª edic.

(4) Como comentario oficial, de indudable valor doctrinal y práctico, es útil con-

f. *Legado de género, cantidad ó parte alicuota.*

El legado de cosa genérica se regula por los arts. 884 y 875, y para una aplicación especial, por el 872.

El 884 se limita á declarar que, en el mismo, «los frutos producidos desde la muerte del testador corresponderán al legatario *cuando el testador lo hubiese dispuesto expresamente*». Luego, la regla general es la contraria, ó sea que los frutos de la cosa genérica legada pertenecen al heredero, á no ser en el caso excepcional de que el testador hubiese ordenado de modo expreso que correspondan al legatario, á diferencia de lo que sucede en el legado de cosa específica que, según se ha dicho, el legatario hace suyos los frutos pendientes de la misma desde la muerte del testador.

Aparte de que el art. 884 debió formularse en sentido contrario al en que aparece redactado, consignando la regla general en lugar de la

signar aquí, á manera de complemento á la explicación de los arts. 881 y 882, el siguiente pasaje de la Memoria de 1901, elevada al Gobierno por el digno Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que dice así: «Relacionada con la materia de testamento, no ya en cuanto á su forma, sino en cuanto á su trascendencia y manera de cumplirse lo dispuesto por el testador, se ha discutido y ha tenido que resolver este Tribunal, cuándo puede un legatario de cosa específica pedirla y cuándo debe serle entregada, y si es ó no valedera la única excepción en que el legatario se hallaba de tener que aguardar para el éxito de su acción á que terminasen las operaciones de la testamentaria. Aunque los arts. 881 y 882 no resuelven por sí solos, aisladamente aplicados, la cuestión, contienen, sin embargo, substancia bastante para determinar el criterio con que deba ser examinada y decidida. Si el legatario adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testador, y si en el legado de cosa específica propia del testador el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, hace suyos los frutos y rentas pendientes y corre la cosa legada á cargo del legatario, es consecuencia lógica é indeclinable de estos preceptos que, desde el instante en que muera el testador y desde el momento en que la cosa se halle en disposición de poder ser entregada, hay acción para pedirla y obligación de darla sin subordinación alguna al tiempo que se tarde en ultimar las operaciones de la testamentaria si no afecta esta dicha entrega; pues sería anómalo y contradictorio de los preceptos legales transcritos que, siendo del legatario los frutos de la cosa legada, y corriendo por cuenta del mismo su pérdida y deterioro, no pudiese disponer desde luego de aquélla, si el estado y circunstancia de la testamentaria no obstaba al cumplimiento de la voluntad del testador, bien porque ésta no pudiera realizarse en la forma prevenida, bien por desconocimiento de tal posibilidad y temores racionalmente fundados de dificultades existentes para la ejecución de la disposición testamentaria. Claro es que esto constituiría una excepción apreciable para que el albacea ó heredero pudieran negarse á hacer la entrega de la cosa legada; pero cuando nada de esto acontezca, cuando el albacea ó heredero se negasen, sin alegar razón alguna, pretextando sólo la mera circunstancia de no estar ultimadas las operaciones de la testamentaria, es esta una circunstancia que no puede ni debe ser atendida, porque no hay razón para diferir el cumplimiento de la voluntad del testador si éste no la ha hecho depender de estas circunstancias, y porque las condiciones de toda propiedad exigen que se halle directa é inmediatamente á disposición del propietario, para conseguir lo cual éste tiene la correspondiente acción contra el tenedor ó poseedor de aquélla.»

excepción, sin duda obedece el criterio que le inspira á la idea de que en el legado de cosa genérica no se halla ésta determinada en el momento de fallecer el testador, sino después, cuando se hace la elección de la misma, bien por la voluntad del heredero, al propósito de pagar el legado, bien por consecuencia de la que haga el legatario, si el legado contuviera además la facultad de elegir en favor del mismo, bien por virtud de su petición, ejercitando el derecho de pedir su entrega que le otorga el art. 885; esto es, cuando por uno ú otro medio se especifica y determina la cosa que se ha de dar en pago del legado correspondiente al género en que consistió, porque entonces parece cesar la razón que hacía imposible la imputación de frutos.

Esto no es más que una deducción racional que no tiene en su apoyo texto legal expreso alguno que la establezca. Los comentaristas aducen en su abono un argumento de analogía derivado del art. 1.095, según el cual, «el acreedor tiene derecho á los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, si bien no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada».

Además de que estos argumentos de analogía y de transportación de textos legales de una á otra materia, son siempre expuestos á errores y arbitrios de interpretación que con el mejor deseo pueden llegar á subvertir el verdadero orden legal aplicable al caso, aunque dicho artículo, que forma parte del Lib. IV, destinado á las obligaciones y contratos, se halla comprendido en el cap. 2.º del tít. 1.º del mismo, bajo el epígrafe «De la naturaleza y efectos de las obligaciones», y en ese sentido que es de carácter general, pudiera observarse que su generalidad se refiere tan sólo á las obligaciones y no á las sucesiones *mortis causa*, sin que en el art. 884, que explicamos, ni en ningún otro relativo á los legados se haga referencia expresa ni indicación alguna, como se hace en otros (1), es lo cierto que ese art. 1.095, aceptada la sinonimia entre *acreedor* y *legatario*, limita su declaración de que el acreedor tenga derecho á los frutos de la cosa al tiempo que revelan sus palabras, «desde que nace la obligación de entregarla». Será preciso determinar, cuándo *nace* esta obligación de entregar el heredero al legatario de género la cosa genérica legada y distinguir entre los frutos que la misma produjera antes de esa fecha y desde la muerte del testador, y los que produjera después que nació la obligación de entregarla al legatario.

Hay que estar á lo dispuesto en el art. 885, según el cual el legatario debe *pedir* su entrega, y desde que lo haga podrá entenderse que *ha nacido la obligación de entregarla* y colocarse en el supuesto del art. 1.095, por cuya aplicación por analogía se le considera con derecho

(1) Por ejemplo, en el 791 y respecto de los legados condicionales, explicado en el núm. 27, cap. 12.º, de este tomo.

á los frutos desde dicha fecha, así como hasta ella y desde que murió el testador corresponden al heredero por el precepto del art. 884, á no ser que el testador hubiera dispuesto expresamente que correspondieran al legatario.

Con esta solución pueden resultar compatibles ambos artículos y suplido en su deficiencia el 884 por el 1.095, puesto que no son incompatibles el precepto del uno con el del otro y la pertinencia de aplicación del 1.095 como complemento del 784, éste relativo á la materia de legados, y aquél, regla general de la de obligaciones, no sólo de las contractuales, sino también de las que nacen de la ley y de los actos y omisiones ilícitas en que intervenga cualquier género de culpa ó negligencia, según el art. 1.089.

Aunque mal colocado, como lo está el art. 875, es indudable que integra el criterio legal del Código respecto de los legados de género con el 884 y algún otro, debiendo haber figurado ambos unidos y no separados con la interpolación de ocho más que se refieren á diferentes aspectos y modalidades de la doctrina.

El criterio que inspiró el precedente legal del art. 691 del proyecto de 1.851, el cual distinguía respecto del legado de cosa indeterminada pero comprendida en algún género ó especie, si se hallaba «determinada por la naturaleza ó por designación del hombre», declarándolo válido aunque no hubiera cosas de aquel género ó especie en la herencia, que equivale á considerarlo nulo en las hipótesis contrarias, no incurrió en la confusión del Derecho Romano, ni se ajustó á ley de Partida (1) desechando como impropia del momento solemne de legar, la presunción del escarnio, irrisión ó burla que supone aquella ley, quiso hacer el testador del legatario cuando le legó una casa sin haber ninguna en su herencia, teniendo por nulo el legado en este supuesto, por tratarse de cosas cuyos límites no están determinados por la Naturaleza y faltar la suficiente designación del hombre para identificar el objeto del legado.

Desviándose el Código de la fórmula de estos precedentes adopta como criterio la distinción de que el legado genérico recaiga en cosa mueble ó en cosa inmueble, no determinadas ó individualizadas, y considera válido el legado en el primer caso, aunque no existan cosas muebles de su género en la herencia y sólo válido el de cosa inmueble no determinada cuando la hubiere de su género en la herencia; pero nulo el legado, cuando no existiere ninguna de su género en la misma.

Sin duda el Código traduce esto por una equivalencia á aquella distinción del Derecho anterior de cosas, de género determinado por la naturaleza ó por la designación del hombre, entendiéndose que las muebles

(1) 23.<sup>a</sup>, tit. 9, Part. VI.

pueden siempre estarlo por la primera y que las inmuebles sólo pueden estarlo por la segunda, y deduciendo de tal prejuicio la falta de necesidad de que existan cosas de aquel género, muebles, en la herencia para que, sin embargo, el legado sea válido, por ejemplo, el legado de un caballo, y, en cambio, la absoluta necesidad de que exista alguna cosa por lo menos, si no varias, en la herencia, cuando el legado genérico sea de cosas inmuebles, por ejemplo, legado de una casa, para su validez. El legado de uno de mis caballos ó de una de mis casas no sería genérico ni propiamente específico, sino alternativo.

El legado genérico de cosas muebles que existan en la herencia, si fuere una sola la que existiera de aquel género, se convierte por esta circunstancia en un legado de especie, hecho indirectamente, y si fueran varias las que existieren y no se hubiera ordenado por el testador que la elección la haga el legatario, corresponderá al heredero, quien cumplirá con dar una de ella que no sea de la calidad superior ni de la inferior, y no existiendo en la herencia ninguna, adquirirá una de aquel género, de condiciones regulares, ni de las mejores ni de las peores.

En el legado genérico de cosa inmueble ocurrirá lo mismo, si de aquel género existiera una ó varias cosas en la herencia; pero si no existiere ninguna, el legado no será válido, según se ha dicho, y no estará obligado á adquirirla el heredero.

Para apreciar si existen ó no en la herencia cosas del género legado, habrá que estar al momento de la muerte del testador y no antes, aunque existieran en su patrimonio al hacerse el testamento; hipótesis que se rige por la regla del núm. 2.<sup>o</sup> del art. 869 (1), en cuanto á la extinción del legado, por la enajenación de la cosa legada en el de género de cosa inmueble, pero no de cosa mueble, ni después de muerto el testador, aun cuando su testamentaria ó heredero adquiriesen por cambio, permuta ó por cualquier otro título para el *pro indiviso* de la herencia, cosa inmueble de aquel género que fué objeto del legado.

Deducen de esto, que el sentido del art. 875 equivale á considerar que el género en las cosas muebles legadas se reputa siempre determinado por la Naturaleza, aunque no existan cosas del mismo en la herencia, y subsistente y válido el legado; mientras que en el de cosas inmuebles, el género se reputa indirectamente determinado por la designación del testador sólo cuando existen cosas de aquel género en la herencia, por entender que aquél se ha referido á una de ellas y porque de otro modo no puede ser suplida su designación por la Naturaleza, lo cual hace imposible la validez y subsistencia del legado. Si bien se observa el resultado de comparación de esta doctrina de legados genéricos de cosas muebles ó inmuebles, no es otro, en definitiva, que declarar la ley posible única-

(1) Explicado en el núm. 65 de este capítulo.

mente el de las primeras y convertir en legado *alternativo* el de las segundas, cuando sean varias de aquel género las cosas inmuebles que existan en la herencia, y en *específica*, cuando sea una sola, si bien por su calidad de género en el legado, el de una casa, sin decir cuál, aunque sólo existiera una en la herencia, y el no haberla individualizado el testador, no producirá los efectos propios del legado de especie que le señala el art. 882, antes explicado, sino los del de género que establece el art. 884, complementado por el 885, á los cuales se contraen estas explicaciones.

En cuanto á la calificación de las cosas *inmuebles* ó *muebles*, hay que estar á la legal del Código en sus arts. 334 para las primeras y 335, 336, y 337 para las segundas, y respecto de ambas, á los 346 y 347.

También el 872 habla del legado *genérico* de liberación ó perdón de las deudas de que tratamos después y sólo citamos aquí al efecto de dejar consignado que éste es un *género* de creación artificial por la ley, que comprende sólo las deudas existentes al tiempo de hacerse el testamento, no las posteriores, y claro es, aunque no lo añada, que según el estado en que se encuentren al de la muerte del testador.

El legado de *cantidad* á que también se refiere el art. 884 colocándole bajo el influjo de la misma regla del genérico en cuanto á sus *intereses*, en equivalencia de los *frutos* de aquél, es un aspecto *cuantitativo* del legado de género expresado en números, y consistente en dinero ó valores que lo representen y puedan refundirse en una cifra ó cantidad, y en cuanto á los intereses, se le aplica igual criterio negativo que á los frutos del legado de cosa genérica, según dejamos expuesto, ó sea que pertenecen al heredero cuando el testador no hubiere dispuesto *expresamente*, y no por conjeturas, interpretaciones ó deducciones que pertenezcan al legatario hasta que éste ejercite la acción personal de testamento en petición del legado, usando del derecho que le otorga el art. 885 y se constituya en mora el heredero que deba pagarle.

Una variedad especial del legado de cantidad es el de *parte alicuota*. Sin embargo, ningún artículo de esta Sección de los legados (1) lo menciona ni define, ni regula sus efectos, no obstante tenerlos especialísimos en orden á su garantía mediante el Registro y al enjuiciamiento.

Consisten éstos, respecto de lo primero, en que al legatario de parte alicuota no se le otorga, como á los demás, el derecho de pedir anotación preventiva que reconoce el núm. 7.º del art. 42 de la ley Hipotecaria y sus concordantes; precisamente porque tiene derecho á promover el juicio de testamentaria, según el núm. 3.º del art. 1.038 de la ley de Enjuiciamiento civil, á no ser que el testador lo haya prohibido expresamente, según dispone el 1.039 de la misma, y esta garantía hace innecesaria la otra.

(1) Décima, tit. 3.º, lib. III, Código civil.

Pero si en el lugar indicado no se mencionan esta especie de legados y legatarios, no es porque no se reconozca su existencia en otros, como el 655 del mismo, que trata de la reducción de las donaciones, y en su primer párrafo prescribe que sólo podrán pedirla aquellos que sólo tengan derecho á legítima ó á una parte alicuota de la herencia y sus herederos ó causahabientes; y en el último párrafo los menciona ya por su nombre diciendo «los donatarios, los *legatarios que no lo sean de parte alicuota*, y los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción, ni aprovecharse de ella».

Una sentencia (1) del Tribunal de lo Contencioso declara que, ningún artículo del Código habla de los legatarios de parte alicuota, equiparados á los herederos, y aceptada puramente la herencia sólo tienen derecho á exigir su legado cuando queden bienes propios del testador, después de satisfacer las deudas; aunque, como todos esos legatarios, han de pedir al heredero su legado, y otra del Tribunal Supremo (2) declara que «el Código civil no prohíbe los legados de parte alicuota, sin perjuicio de las legítimas expresamente autorizadas por la legislación anterior».

Es el mismo legado de cantidad consistente en una cifra que sea *cuota*, ó parte divisible de la herencia, el tercio, el cuarto, el quinto, etc. *g. Legado de elección.*

Se refiere también esta especie al legado de *género*, cuando en lugar del supuesto del último párrafo del art. 875, que otorga al heredero la elección, se agregue á esta especie de legado la facultad de *elegir*, concedida expresamente por el testador al heredero ó al legatario y también á un tercero, si así lo dispusiere el testador, aunque el Código no prevea esta hipótesis.

Derivado este artículo del 692 del proyecto de 1851, con redacción diferente, aunque su sentido es el mismo, pues si bien en éste se lee, «siempre que el testador deja expresamente la elección al heredero ó al legatario, podrá el heredero, en el primer caso, dar lo peor, y el legatario, en el segundo, escoger lo mejor», y en el 876 se copia literalmente la primera parte de aquél; en la segunda se cambia de redacción y se dice, el «primero podrá dar, ó el segundo elegir, lo que mejor les pareciere», lo cual no significa que haya de ser lo *mejor*, como es de suponer que lo haga el legatario, así como lo *peor* será lo que escoja con preferencia el heredero, sino que uno ú otro, á quien la elección esté conferida, elijan de entre las del mismo género á que la elección se refiere. Esta cláusula de *opción* ó de *elección* es un accidente más que puede revestir ó no el legado de género, determinado en este caso por el testador, según el

(1) De 9 de Marzo de 1897.

(2) De 11 de Febrero de 1903.