

art. 876, á cuya voluntad habrá que ajustarse, así como lo está por la ley á favor del heredero, según el 875, cuando el testador nada haya ordenado sobre semejante extremo.

De todas suertes, esto es adjetivo, mientras que es sustantivo lo que se refiere á su naturaleza genérica, entendida y practicada según que consista en cosas muebles ó inmuebles y existan ó no en la herencia, para que haya ó no legado, conforme al art. 875, y, por tanto, lugar á la elección, con arreglo al 876.

La elección no realizada por el heredero ó legatario, á quien autorizará el testador, pasará á los herederos de uno ú otro, pero una vez hecha será *irrevocable*; esto es, que la verificada por el heredero ó legatario, ó en su defecto por los herederos de uno ú otro, una vez hecha, no puede ser objeto de rectificación ni variación alguna, así como no prevalecerá, tampoco, la que se verifique con perjuicio de la legítima de los herederos forzosos, que quedará sujeta al principio de reducción del art. 817, y á las reglas para llevarla á cabo del 820 al 822 (1).

h. Legados alternativos.—El art. 874 remite esta doctrina á lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie «salvas las modificaciones que se deriven de la voluntad del testador».

Respecto á lo primero, la referencia es á los arts. 1.131 á 1.136, cuya explicación damos aquí por reproducida (2).

En cuanto á lo segundo, habrá que estar á lo que resulte ser la verdadera voluntad del testador, según la recta interpretación de su testamento.

i. Legado de cosa empeñada, hipotecada ó con cargas.

Se trata en el art. 867 de lo que, en general, pudiéramos calificar de *legado de cosa gravada*, distinguiendo el gravamen en dos clases: una, que comprende el de prenda ó de hipoteca, y otra, que se refiere á cualquiera otra carga perpetua ó temporal, que no sean aquellas dos á que se halle afecta la cosa legada. Al primer grupo de esos gravámenes de prenda ó de hipoteca, se refieren los párs. 1.º y 2.º del art. 867, y al segundo del pár. 3.º del mismo.

Constituyendo la prenda y la hipoteca un derecho real sobre cosa mueble ó inmueble en garantía del pago de una obligación, el Código establece su criterio sobre la base de distinguir ambas esferas de la relación jurídica mixta de la ley personal á que dan lugar esos supuestos de prenda ó de hipoteca y el tracto jurídico que, según su naturaleza, corresponde á cada uno de esos supuestos.

El gravamen del derecho real, por su cualidad de *inherencia* es inseparable de la cosa legada á que afecta, y han de soportarse las conse-

(1) Explicados en el núm. 115, cap. 15.º de este tomo.

(2) Núm. 72, cap. 5.º, t. IV, 2.ª edic.

cuencias de su responsabilidad subsidiaria por el legatario; mientras que el derecho de obligación en cuya garantía aquél se constituyó, es de naturaleza personal, se debe sólo por el deudor, que siendo el testador que legó, por su muerte, recae sobre sus herederos.

El criterio del Código es de *unidad y simplificación*, apartándose de aquellas sutiles distinciones de nuestro Derecho anterior (1) que aplicaba diferentes soluciones á los casos en que el testador conociese el gravamen ó lo ignorase, y en este último á que la cosa legada y gravada tuviese una carga mayor, igual ó inferior al valor de la misma; pues en *todo caso*, según el art. 867, el legado de cosa empeñada ó hipotecada *para la seguridad de una deuda exigible*, quedará ésta á cargo del heredero, lo cual equivale, en las palabras subrayadas, á que el [supuesto de este artículo es sólo aquel en que la garantía de la prenda ó la hipoteca lo sea de deuda ó cantidad líquida y vencida ó por vencer, aunque su vencimiento sea posterior á la muerte del testador, porque el pasivo de su herencia ha de recaer siempre sobre los que le sucedan á título universal, como continuadores de su personalidad, sobre sus herederos y no sobre los legatarios de las cosas legadas ó gravadas con prenda ó hipoteca en garantía del pago de cantidades debidas por el testador, hayan vencido ó no al tiempo de su fallecimiento los plazos para su satisfacción, á no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa y de un modo indudable hubiere ordenado que fueran satisfechas por el mismo legatario, al cual tocaba resolver, entonces, sobre la conveniencia de aceptar ó no el legado que le imponía esta responsabilidad.

Es decir, que el art. 867 constituye un derecho *supletorio*, en defecto de disposición expresa del testador en contrario, ó una regla general para cuando no exista aquella excepción de regla expresa opuesta.

Asimismo, es de observar, en explicación de este art. 867, que no obstante la generalidad de su principio al referirse al legado de cosa empeñada ó hipotecada, no se ha de entender aplicable por las palabras que siguen en su texto, «para alguna deuda exigible», sino como se ha dicho, las deudas de cantidad, y no cuando la prenda y la hipoteca estén constituidas en garantía ó fianza de cualquier otra obligación; por ejemplo, del desempeño de un cargo público ó privado que haya exigido este requisito, siquiera pueda convertirse en tiempo ulterior en alguna responsabilidad concreta de cantidad. La razón de la diferencia, sin duda, consiste en que no debe quedar afecta ni pendiente la liquidación de la herencia de estas expectativas eventuales, sino que su activo y su pasivo han de ser de posible determinación inmediatamente después de la muerte del testador, mediante el conocimiento cierto y actual de la cantidad determinada de las deudas que le sean imputables, que es la signi-

(1) L. 11.ª, tit. 9.º, Part. VI.

ficación de las palabras «deuda exigible» que se leen en el párrafo primero de dicho art. 867, regulándose todos los demás, aunque sean de prenda ó hipoteca, por el párrafo tercero del mismo, comprendidos en sus frases generales «cualquiera otra carga, perpetua ó temporal á que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario», y asimismo lo comprueba el final de este tercer párrafo, que lo mismo, refiriéndose á su supuesto que al del párrafo primero, «de cosa legada, hipotecada ó empeñada á la seguridad de una deuda exigible», añade, «pero en ambos casos las rentas ó los intereses devengados hasta la muerte del testador son de cargo de la herencia», porque esas ya son deudas de cantidad, cierta y conocida, que pueden figurar en la liquidación de la misma.

El Código, ni en este artículo ni en otros relativos á los legados hace mención expresa del supuesto de gravámenes que el mismo establece respecto del derecho de retención de los muebles en la prenda, como derivación de la misma, regulada por los arts. 1.866, 1.867, 1.870, 1.871 y 1.872 (1), ó de la anticresis en los inmuebles, que reglamentan los arts. 1.881 á 1.886 (2); pero es indudable que deben reputarse comprendidos en el último párrafo de dicho art. 867, bajo la genérica denominación de «cualquiera otra carga, perpetua ó temporal, á que se halle afecta la cosa legada», que comprende también los censos, pensiones perpetuas, vitalicias ó temporales garantidas con bienes, inscripción arrendaticia, cargas pias y cuanto tenga el carácter de derecho real, mientras el testador no hubiere dispuesto que se entregue la cosa legada al legatario, libre de cualquiera de esos gravámenes.

El segundo párrafo del art. 867, al establecer que, «si por no pagar el heredero lo hiciere el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero», no se hace otra cosa que aplicar el criterio establecido en el art. 1.158 (3), que autoriza para hacer el pago á cualquiera persona, tenga ó no interés en el cumplimiento de la obligación, y el legatario lo tiene evidente en que por la falta del pago de la deuda exigible, en cuya seguridad se estableció la prenda ó hipoteca en la cosa legada, no se aumenten las responsabilidades de la misma y hasta pueda sobrevenir la pérdida del legado por su enajenación en juicio ó adjudicación en pago al acreedor, siendo natural que, si tiene el *derecho* de pagar por el heredero que no lo hace, quede subrogado en el lugar del acreedor contra aquél. La única diferencia entre el precepto general del segundo y del tercer párrafo del art. 1.158 y el especial del segundo párrafo del 867, es que en éste no se hace, como en aquél, la salvedad de que si hubiere pagado contra la expresa

(1) Explicados en el núm. 21, cap. 37.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) Idem en el núm. 22, idem id.

(3) Idem en el núm. 39, cap. 12.º, t. IV, 2.ª edic.

voluntad del deudor no podrá reclamar de éste lo que hubiese pagado, sino sólo aquello en que le hubiera sido útil el pago, por la sencilla razón de que siendo el deudor el testador, aunque por su representación deba pagar el heredero, muerto ya aquél cuando pueda llegar el supuesto de pago por el legatario, no cabe admitir en realidad la hipótesis de que el legatario lo hubiera hecho contra la expresa voluntad del primitivo deudor, el testador.

Finalmente, no participamos de la opinión de algún comentarista (1), de que el art. 867 puede referirse lo mismo á deudas contraídas en favor como en contra del testador, pues entendemos, con otro comentarista (2), que el artículo se refiere sólo á deudas contra el testador, ó en que éste haya garantizado la seguridad de su pago con prenda ó hipoteca de cosas propias que después lega con este gravamen, sin expresar su voluntad de que lo soporte el legatario—en cuyo caso ya hemos dicho que se antepondría su voluntad á la aplicación de las reglas del 867—, ya sean deudas contraídas por él, ya por un tercero, á quien prestara la garantía en concepto de fianza real, siquiera, en ese supuesto, con los derechos correspondientes al caso de fianza, derechos cuyo ejercicio se sujetaría á las reglas de los arts. 1.838 y siguientes (3), entre el deudor y el fiador, sin perjuicio de la subrogación del legatario en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero, conforme al pár. 2.º del 867.

j. Legado de cosa sujeta á usufructo, uso ó habitación.

No hay que confundir este legado con el de usufructo, uso ó habitación, que no tiene precepto especial en el Código, y cuyo contenido, cuando se ordenare, se acomoda á las reglas respectivas de estos derechos con las modificaciones ó adiciones que en cada caso exprese la voluntad del testador.

El art. 868, que no tiene precedentes en nuestro Derecho anterior, ni en el proyecto de 1851, se refiere al supuesto contrario; esto es, cuando el gravamen que afecta á la cosa legada sea de un derecho de usufructo, uso ó habitación, limitándose á declarar que el legatario deberá «respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan»; declaración perfectamente innecesaria y ocioso el precepto especial que la contiene, pues si al fin aquellos derechos son verdaderos gravámenes ó cargas existentes sobre los bienes legados, basta y sobra con el pár. 3.º del art. 867, al decir en su primera parte, «cualquiera otra carga perpetua ó temporal que se halle afecta, la cosa legada, para con ésta al legatario»; pues si ya esta declaración no era muy precisa, atendida la naturaleza de Derecho real de dicha carga sobre la cosa legada y la genérica condición de

(1) M. Scævola, ob. cit., t. XV, pág. 241.

(2) Manresa, ob. cit., t. VI, págs. 585 y 586.

(3) Explicados en los núms. 26, 64 y 67, cap. 17, t. III, 2.ª edic.

inherencia de aquélla á ésta, menos lo es el escribir un artículo aparte, limitado á consignar que el legatario deberá respetar tales derechos hasta que legalmente se extingan, lo cual tendrá lugar por las causas y con los efectos que enumeran los arts. 513 á 522 y 529 (1), y se produzca la *consolidación* de la nuda propiedad que corresponde al legatario [de la cosa legada y gravada con el usufructo ó de sus derechos dominicales, con los de uso y habitación, cuando en ellos consista el gravamen y se produzca la extinción legal de los mismos.

Las demás servidumbres, censos, etc., que puedan afectar á la cosa legada, no son objeto de mención especial ni de precepto aparte; y, sin embargo, resultan comprendidos, aunque nominalmente no se mencionen en el concepto genérico de *gravámenes*, en el pár. 3.º del art. 867, y lo mismo podían reputarse los que nacen de los derechos de usufructo, uso y habitación. En tales casos, al legatario corresponderán los derechos y obligaciones peculiares de estas situaciones legales; es decir, los mismos que correspondían al dueño ó testador; si el usufructo, uso ó habitación en la cosa legada existían antes de su muerte ó los que atribuye la ley á estos supuestos fraccionarios del dominio, cuando se constituyeran mediante la voluntad del testador, que lega á una persona el usufructo, el uso ó la habitación, y á otra la nuda propiedad ó los demás derechos dominicales, excepto los dos últimos.

k. Legado de cosa totalmente ajena para el testador y propia de un tercero, que no sea el heredero ni el legatario.

Los arts. 861 y 862 que al supuesto de este epígrafe se refieren, tienen tres fines: declarar la posibilidad del legado de cosa ajena; determinar cuándo es *válido* y cuándo es *nulo*; y fijar la forma *alternativa* de su cumplimiento.

Parece, á primera vista, un equívoco la rúbrica de *legado de cosa ajena*, puesto que su condición de tal la sustrae á la libre disposición del testador y la priva de la condición jurídica indispensable para ser materia de sucesión *mortis causa*, á título universal ni singular, por no ser *hereditaria*, puesto que no figura en el haber patrimonial del causante, al tiempo de su muerte, faltando, desde esa estricta consideración, la posibilidad jurídica de que sea objeto de la disposición testamentaria. Sin embargo, no es así, ni en el precedente romano (2), ni en el Derecho español anterior (3), ni en el Código civil (4), que admiten la posibilidad de dicho supuesto, en realidad reducido á una cuestión de interpretación de la voluntad del testador, ó sea, á deducir, si dada la ordenación del legado que recaiga en cosa ajena, no obstante esta circunstancia, debe

(1) Explicados en los núm. 64, 67 y 68, cap. 17.º, t. III, 2.ª edic.

(2) Párs. 4.º y 6.º, tit. 20, lib. II, Inst., § 3.º, l. 34.º, lib. XXX, Dig.

(3) LL. 10.ª, 37.ª, 38.ª y 44.ª, tit. 9.º, Part. VI.

(4) Arts. 861 y 862.

entenderse subsistente la voluntad de legar, á pesar de ella, y válido el legado para que se cumpla real ó simbólicamente, en la forma posible; ó si debe interpretarse, por esto, insubsistente dicha voluntad y *nulo* el legado.

La primera solución corresponde al caso de legado de cosa ajena, «si el testador, al legarla, *sabía* que lo era», en cuya hipótesis el art. 861 declara *válido* el legado; y la segunda, al de «si el testador *ignoraba* que la cosa que legaba era ajena», en cuyo caso será *nulo* el legado, á no ser que el testador «la adquiriere después de otorgado el testamento», y al morir, que es cuando éste ha de cumplirse y realizarse la sucesión en favor del legatario ó la adquisición del legado tuviere ya la condición de *propia* del causante, aunque en el tiempo anterior, al ordenar el legado, fuere *ajena*, puesto que al adquirirla después el testador, no hizo más que anticiparse al cumplimiento de la obligación impuesta al heredero de adquirirla para entregarla al legatario, todo con arreglo al art. 862.

De estos dos artículos resulta la posibilidad y eficacia, según la ley, del legado de cosa ajena, dependiendo su validez ó nulidad del predominio de la voluntad del testador para legar, sobre la circunstancia, y, á pesar de ella, de ser la cosa legada ajena, si de la interpretación de la cláusula testamentaria se justifica, estando conformes en ella heredero y legatario, en su concepto respectivo de deudor y acreedor del legado, ó por falta de conformidad, contradicción ó resistencia del heredero al pago del mismo; por prueba posterior, que corresponde al legatario, ó se demuestra «que el testador sabía que la cosa era ajena», según el precepto final del art. 861.

Se entiende que el testador sabe que la cosa legada es ajena: si éste lo declara así en el testamento; si, aunque no lo declare, se prueba posteriormente por el legatario; si se adquiere la cosa por el testador después de hecho el legado; ó si la cosa ajena pertenece al heredero ó á un legatario distinto de aquel á quien se lega; cuyo supuesto se rige por el art. 863, que explicamos en el siguiente epígrafe.

El elemento *personal* de la voluntad para legar del testador, predomina y produce la solución de *validez* del legado de cosa ajena sobre el elemento *real* de esta cualidad de *ajena* en la cosa legada, si aquél se integra, por el reconocimiento del heredero ó la prueba del legatario, de ser conocedor el testador de dicha cualidad de *ajena*, y, no obstante, haber ordenado el legado de la misma. En cambio, prevalece la solución de *nulidad*, cuando el heredero afirma que el testador ignoraba tal condición de ajena en la cosa legada y el legatario *no prueba* lo contrario, ó sea que el testador sabía que no era suya, á menos que se revalide el legado, aun en este caso, si antes de morir la adquirió el testador.

La especialidad circunstancial del legado de cosa ajena, cuando se reputa *válido*, impone una forma alternativa para su cumplimiento, que

es la consignada en el art. 861, y consiste en que «el heredero estará obligado á adquirirla para entregarla al legatario, y, no siéndole posible, á dar á éste su justa estimación». Lo primero, si consigue el heredero hacer la adquisición de la cosa ajena, lo cual depende de la voluntad del tercero á quien pertenezca, no ofrecerá dificultad para el cumplimiento del legado en tal caso, el cual se reputará cumplido mediante la entrega al legatario de la cosa legada. Lo segundo, cuando el heredero no pueda adquirir la cosa ajena legada y haya de sustituirse la forma de cumplimiento del legado por la entrega de la *justa estimación* de la misma, es ya más ocasionada á dificultades y diferencias sobre esta apreciación cuantitativa, acerca de la cual, si no tuviera la previsión el testador de anticipar reglas ó criterios, incluso el de valoración de la cosa ajena legada, para esta hipótesis, y no se llegare á una conformidad respecto de tal extremo entre heredero y legatario, no habrá más remedio que remitir el punto á la decisión judicial.

Puede, por tanto, concluirse afirmando:

1.º Que el legado de cosa ajena, en el supuesto de su validez, ó sea cuando el testador *sabía* aquella circunstancia, se funda en la soberanía civil de la voluntad del testador para imponer al heredero, en favor del legatario, una obligación alternativa ó un gravamen consistente en la gestión para adquirir la cosa ajena legada á costa de la herencia, *pero sin perjuicio de la legítima*, ó, en su defecto, en un verdadero legado de *cantidad*, cuyo importe ha de determinarse por la justa estimación de la cosa.

2.º Que ésta ha de ser *determinada* ó específica ó individualizada, puesto que ha de ser *ajena*, y conocida por el testador esta cualidad, y ha de servir, además, como tipo por su *justa estimación*, para fijar el importe de la cantidad, como forma subsidiaria del cumplimiento del legado, para el caso de imposibilidad de adquirir del heredero la cosa ajena legada.

3.º Que de esto se deduce que el legado de cosa ajena, tiene una naturaleza *mixta* de legado de *especie*, primero, y de *cantidad*, después; pero nunca de *género*, porque cuando se lega una cosa genérica y no existe de su género ninguna en la herencia, si es *inmueble*—una casa—, es *nulo*, y si fuere cosa mueble—un caballo—, entonces es válido, regulándose ambos supuestos por lo preceptuado en el art. 875, y nunca, tampoco, de *opción* ó *elección* cuando una de las dos ó varias cosas que se leguen fuere ajena, porque es sabido que en el legado de esta clase se entiende debida una de las cosas legadas en defecto de las otras, por igual criterio legal que en las obligaciones alternativas, con arreglo á lo dispuesto en el art. 874.

1. *Legado hecho á un tercero de cosa propia totalmente del heredero ó de un legatario ó en la que el testador, heredero ó legatario tuviesen sólo una parte ó un derecho.*

Cualesquiera de estas hipótesis, á que se refieren los arts. 863 y 864, no son más que variantes del mismo supuesto de *legado de cosa ajena*, en estas concretas aplicaciones.

Primera. Legado de cosa *ajena* del testador y *propia totalmente* del heredero ó del legatario, ordenado en favor de otro legatario, ó sea de un *tercero*, como dice el art. 863. Estos supuestos añaden al general delegado de cosa ajena, regulado por los arts. 861 y 862, ya explicados, la especialidad de que la cosa legada pertenezca totalmente al heredero ó á otro legatario. Son sus reglas:

1.ª Que no depende su validez ó nulidad, como en las hipótesis de los arts. 861 y 862, de que el testador sepa ó no la cualidad de *ajena* de la cosa legada, pues ni el art. 863 así lo establece, ni se explicaría su duplicación á renglón seguido del 861 y 862, si fuera á repetirse la propia regla, para la hipótesis de aquéllos y de éste (1).

2.ª Que también se distingue del legado de cosa ajena, pero no propia del heredero ó de un legatario diferente de aquel á quien se hace este legado, en que, si bien es cierto que el cumplimiento es *alternativo* en cuanto á la entrega de la cosa legada en todos los casos, lo mismo en los del 861 y 862 que en los del 863, en los de éste es, además, *facultativo* ó potestativo en el heredero ó legatario á quien pertenece totalmente la cosa legada á un tercero, desprenderse de ella y entregarla al legatario, ó preferir entregarle su justa estimación; mientras que en los de aquellos sólo podrá acudirse á este medio de cumplimiento del legado cuando al heredero obligado á pagar el legado no le sea posible adquirir la cosa ajena de su propietario. Esta diferencia, que es sólo de *aplicación*, pero no de *fundamento*, no implica novedad de doctrina, y sólo consiste en que en los casos del 864, están reunidas las cualidades de propietario de la cosa legada, y heredero ó legatario obligado á cumplir el legado en la misma persona, y ni en uno ni en otro caso puede obligarse á enajenar ni desposeerse al dueño de una cosa contra su voluntad, por la simple circunstancia de que un tercero, como el testador, haya dispuesto legarla; y de la combinación de estas circunstancias, en el caso del 863, resulta necesaria é implícita la facultad de elegir por el que deba pagar el legado, de hacerlo en una ó en otra forma, entregando la cosa ó su justa estimación á su libre voluntad.

3.ª; Que el fundamento de la facultad de legar á un tercero cosa ajena, totalmente propia del heredero ó de otro legatario, es el art. 858, según el cual «el testador podrá gravar con mandas ó legados, no sólo á su heredero, sino también á los legatarios, supuesta siempre la condi-

(1) Aunque hubiera sido preferible, para mayor exactitud, que se hubiera reproducido el texto del art. 680 del proyecto de 1851, que dice: «El legado de una cosa propia del heredero ó del legatario encargado de darla á un tercero, será válido, aun cuando el testador ignorase su verdadera pertenencia.»

ción precisa, para que vengan obligados á respetarlos, de que lleguen á ser tales herederos ó legatarios por la aceptación de la herencia ó del legado, si bien con la limitación, respecto de los últimos, de que «no estarán obligados á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado que ellos reciban»; limitación y salvedad que no se halla establecida en el art. 863, pero que ha de sobrentenderse siempre por la concordancia del segundo párrafo del 858.

4.^a Que, á su vez, dicho 863 consigna en el segundo párrafo una limitación genérica, que no era necesaria, cual es la de que lo dispuesto en el párrafo anterior del mismo, «se entiende sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos»; porque igual en este caso, que en el 861, que en todos, así lo establecen como principio el 813 y el 817, y lo complementan el 818 al 822, sobre reducción de legados y donaciones, para que no se perjudiquen las legítimas.

5.^a Que otra [limitación se establece en el final del primer párrafo del 863, por la referencia al 864, de que se entenderá limitado el legado hecho á un tercero de cosa á que tuviesen sólo una parte ó un derecho el testador, el heredero ú otro legatario, á esta parte ó derecho tan sólo, á menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero, en cuyo supuesto, la limitación deja de existir; y, aunque en el Código no resulte de modo expícito, habrá de sobrentenderse que, aceptada la herencia ó el legado por aquellos á quienes se impone este gravamen, se aplicará el criterio del primer párrafo del art. 861, en cuanto á la obligación del heredero ó legatario llamados á pagar este legado á un tercero, de procurar adquirir la cosa ó el resto de los derechos en ella que no les pertenecieren, de su dueño, y de no serles posible, venir obligados á la entrega al legatario de todo el valor de la justa estimación de la misma.

6.^a Que complementa esta doctrina, á pesar de su distancia en la numeración de los artículos, el 878, conforme al cual, si la cosa ajena legada era propia del legatario á la fecha del testamento, no vale el legado, aunque después haya sido enajenada, ni tampoco vale si el legatario la hubiera adquirido por título lucrativo después de aquella fecha; pero si la adquisición se hizo por título oneroso, se entenderá válido el legado en cuanto al importe de lo que el legatario haya dado por adquirirla, que debe entregarle el heredero como pago de su legado.

Segunda. Legado de cosa, en parte ajena, cuando el testador, heredero ó legatario tuviesen sólo una parte ó un derecho en la cosa legada á un tercero, que es el supuesto del art. 864; el cual provee á esa hipótesis mediante una *regla general* y una *excepción*.

Es la primera, que se entenderá limitado el legado á esta parte ó derecho; y es la segunda, que comprenderá el legado toda la cosa por entero, cuando el testador declare expresamente ser esta su voluntad.

Adviértase que este art. 864 no distingue, como el 861, la importante circunstancia de que el testador sepa ó ignore que es *ajena*, y á quién pertenece la parte de cosa ó resto de derechos en ella, que no le corresponden á él ó á su heredero ó legatario; y, sin embargo, prescribe de un modo general y absoluto, si se atiende sólo á su letra, que se entienda extensivo el legado á toda la cosa, en que él, el heredero ó un legatario tuviesen sólo una parte ó un derecho, al decir, «á menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero». Si se entendiera así literalmente, resultaría diferente, en punto tan capital, el criterio legal de los dos artículos, cuando no lo justifica la unidad de materia de ambos, puesto que, al fin, los dos son relativos al legado de cosa ajena en todo ó en parte, su intermediación numérica, que no hace verosímil que les inspirara diferente criterio y la supresión precisamente de la circunstancia inductiva de la voluntad del testador de legar ó no, en todo ó en parte cosa ajena, según que al legarla supiera ó ignorara que lo es; á lo que se agrega que este artículo tuvo una primera redacción en el 849 del proyecto de los dos libros del Código de 1882, el cual, refiriéndose al mismo supuesto del 864, que ahora explicamos, decía: «si el testador no declaró expresamente que sabía ser la cosa parcialmente de otro, y que, *no obstanté esto*, la legaba por entero».

Pero, á pesar de los anteriores fundamentos en que puede apoyarse esta exégesis, no debe desconocerse que ella tiene un marcado carácter *adicional* del texto, incorporando al art. 864 lo que él no dice, y que la invocación de su precedente redacción en 1882, lejos de ser un argumento que favorezca la solución indicada, es contraproducente, en cuanto no cabe negar que en la definitiva del 864 del Código se suprimió precisamente aquel pasaje de la del 849 del proyecto de 1882, el cual se hubiera conservado en el 864,—de querer mantener la doctrina del 861—, acerca de la importante circunstancia de saber ó ignorar que esa parte ó resto de derechos que no correspondían al testador, al heredero ó al legatario en el legado de cosa parcialmente ajena; y cuando no se hizo, no obstante dicho precedente, parece más ajustada al texto legal y á la recta interpretación de la voluntad del legislador la solución contraria, ó sea que en el supuesto especial, á que provee el referido art. 864, no se quiso atribuir valor ni influencia alguna á la expresada circunstancia de que el testador supiera ó ignorara la condición de ser ajena en parte la cosa legada para que, según una ú otra hipótesis, fuera *válido* ó *nulo* el legado, igualando en ambos arts. 861 y 864 el criterio de *validez* ó *nulidad*, dependiente de aquella circunstancia, del 861, aplicable también al 864.

Y la razón de la diferencia de criterio entre ambos artículos, además de la de su texto, es obvia, si se observa que son diferentes los supuestos de uno y otro, pues mientras el 861 se refiere al caso de legado de

cosa *totalmente* ajena, el 864 se contrae al de cosa *parcialmente* ajena y en parte propia del testador, heredero ó legatario, y no de terceros ú otras personas, como el 861; de lo que resulta, según parece evidente, y de más escrupulosa exégesis, que no es aplicable el 864 más que para el supuesto *especial* para que se dictó, en el que ni racionalmente cabe admitir la distinción de que el testador supiera ó ignorara que la cosa era *parcialmente* ajena, toda vez que por esto mismo de saber que le correspondía en parte ó en algún derecho á él ó á su heredero ó legatario, es claro que sabía que en el resto la cosa era *parcialmente* ajena, siendo por esto inaplicable el criterio general de distinción del 861, para la validez ó nulidad del legado, al supuesto especial del 864.

De todas suertes, son dos las hipótesis á que provee el art. 864, á partir de la misma base de hecho de que la cosa legada pertenezca sólo en parte ó en algún derecho al testador, al heredero ó á otro legatario; á saber: 1.^a, que el legado de la cosa legada, *parcialmente* ajena, se haga especificando que se lega esa parte ó derecho en ella perteneciente al testador, heredero ó legatario, ó sin especificarlo y con mera indicación de la misma, pero no de la parte ó derecho que en ella les corresponde; pues, en ambos casos se entenderá limitado el legado á esa parte ó derecho, cualquiera que sea la forma más ó menos explícita y concreta que se emplee, de las dos expresadas; 2.^a, que el testador declare *expresamente* que lega la cosa *por entero*, no obstante pertenecer en parte ó en algún derecho al testador, heredero ó legatario, y en lo demás á terceras personas ó extraños.

Á la primera hipótesis hay que aplicar el primer precepto del art. 864, esto es, sólo se hará efectivo el legado en la parte ó derecho que á aquéllos pertenezca en la cosa legada, ó en su justa estimación, según previene el art. 863, «con la limitación establecida en el artículo siguiente», que es el 864, ó sea, únicamente la parte ó derecho en la cosa legada, ó, en su defecto, su justa estimación, á libre elección del heredero ó legatario que deban pagar el legado, sin las distinciones de validez ó nulidad ni obligaciones de prueba para el legatario, que establecen los arts. 861 y 862, por las razones antes dichas.

Á la segunda hipótesis, cuando el testador declare que lega la cosa *por entero*, á pesar de no pertenecerle á él, al heredero ó á otro legatario más que una parte ó un derecho en la misma, se aplicará el criterio del art. 861, aunque el 864 no haga referencia expresa al mismo.

Las vicisitudes ó modificaciones que pueda sufrir la situación patrimonial *parcial* en la cosa legada del testador, del heredero ó de otro legatario á quienes pertenezca en parte ó en algún derecho aquélla, no influirán en la subsistencia de la doctrina anterior, fuera de convertirse en legado de cosa propia y entera y regularse, entonces, si es del testador, como en un legado simple de especie, al cual serán aplicables los

arts. 882, 883 y 886, y si fuere del heredero ó de otro legatario, se regirá por el art. 863, antes mencionado.

Si la parte ó derecho que el testador, heredero ú otro legatario, tuviesen en la cosa legada y ajena en lo demás, se convirtiera en cosa *totalmente* propia, por efecto de la división de una cosa perteneciente antes en común y *pro indiviso* á varios, la parte que en la división se le adjudique después de haberse otorgado el testamento en que el legado se hiciera, y antes de la muerte del testador remplazará el objeto del legado, que ya será de cosa *totalmente* propia, y no de *parcialmente* ajena, si aquél no llega á modificar en este punto su testamento, así como si enajenare ó perdiere ese derecho ó parte en la cosa legada el testador antes de su muerte, se extinguirá el legado, á tenor de lo dispuesto en los núms. 2.º y 3.º del art. 869, cuyo núm. 1.º creemos, sin embargo, será aplicable al caso antes mencionado de división de cosa común, por no entender que este hecho es equivalente á la causa de extinción que en aquél consigna el Código, al decir que el legado quedará sin efecto, si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía.

II. *Legado de pensión periódica*.—Esta nueva variedad de los legados por razón de su *objeto*, tiene relación manifiesta con el legado de *alimentos*, que explicamos antes, comprendiéndole entre los legados *sub modo*, en unión del de *educación*, en cuanto el de *pensión periódica* puede referirse á esos fines alimenticio ó educativo, como á cualquiera otros—benéficos, de instrucción, etc.—, expresamente consignados en la voluntad del testador, en cuyo caso la naturaleza del legado es *mixta*, por razón del *objeto*, del legado de pensión y por razón del *fin* del de *sub modo*; pero al figurar en el Código, regulado por el art. 880, con separación, respecto de los de alimentos y educación que reglamenta el 879, parece que se le considera como una nueva especie. Lo es, en efecto, pero sólo bajo la consideración de la *periodicidad* de la pensión ó de cierta cantidad anual, mensual ó semanal en que el legado consista y al propósito de determinar que 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 á la devolución, aunque el legatario muera antes de que termine el período comenzado».

Esta nota de *periodicidad* concurre, también, en el de *alimentos* y aun en el de *educación*; pero se diferencian estos dos del de *pensión*, en que en estos dos últimos su duración y la forma de su prestación se deducen de su fin especial, mientras que en el de pensión periódica se determinan por la voluntad expresa del testador, y aun pueden confundirse, pues no excluye, sino que es una de sus más probables aplicaciones, el que el legado de pensión sea destinado á uno de aquellos dos fines, así como puede serlo á cualquiera otro ó á ninguno expresamente determinado.