

es otro que la propiedad. (1) Así los legatarios son acreedores y propietarios á la vez todos ellos; desde entonces la naturaleza de la cosa legada no puede establecer ninguna diferencia entre ellos y lo concerniente á la reducción de los legados. Después de todo, la naturaleza del legado no puede producir sino probabilidad mayor ó menor en favor del legatario; mas, por muy robusta que sea la probabilidad, nunca equivale á la declaración expresa que exige el artículo 927. La jurisprudencia ha acabado por aceptar esta opinión. (2) Ha y fallos en sentido contrario pero que no responden al argumento, decisivo á nuestro entender, que resulta del artículo 927. (3)

#### § V. DE LOS LEGADOS PARTICULARES.

##### ARTICULO 1. *Qué cosas pueden ser legadas.*

126. Generalmente, puede legarse toda clase de bienes, muebles ó inmuebles, con tal que estén dentro del comercio. Deben estar en el comercio, puesto que el legado es una manera legal de transmitir la propiedad de las cosas. También pueden legarse cosas incorpóreas, créditos ó derechos reales. Con sólo que se legue un derecho real inmueble, tal como una servidumbre, efectúase la translación de propiedad, con relación á tercero, únicamente por efecto del testamento, sin necesidad de que se haga la transcripción del legado; nuestra ley hipotecaria no sujeta á esa transcripción más que los actos entre vivos, translativos

1 Denegada, 3 de Marzo de 1858 (Daloz, 1858, 1, 200); Casación, 30 de Marzo de 1858 (Daloz, 1858, 1, 151). Casación, 16 de Agosto de 1859 (Daloz, 1859, 1, 339); Denegada, 29 de Noviembre de 1865, (Daloz, 1866, 1, 157).

2 Denegada, 11 de Enero de 1830 (Daloz, núm. 3,908, 2°); Orleans, 7 de Abril de 1848 (Daloz, 1851, 2, 99) París, 23 de Enero de 1851 (Daloz, 1851, 2, 200); Casación, 25 de Noviembre de 1861 (Daloz, 1861, 1, 457).

3 Tolosa, 18 de Abril de 1834 (Daloz, núm. 3,909, 3°), y 14 de Julio de 1840 (*Id.*, núm. 4,362); Bruselas, 19 de Mayo de 1841 (*Pasieris*, 1842, 2, 119).

de derechos reales inmuebles. En el título de las *Hipotecas* volveremos á este punto. También se puede constituir una hipoteca por testamento, para garantía de los legados hechos por el testador. La hipoteca testamentaria está sujeta á la ley de publicidad; en lo cual hay verdadera anomalía; porque la hipoteca es también derecho real inmueble (ley hipotecaria, art. 1).

Pueden también legarse hechos, con tal que sean lícitos y posibles. En el título de las *Obligaciones*, diremos lo que se entiende por hechos ilícitos é imposibles. Los principios son los mismos en materia de legados.

El código no establece la regla que acabamos de indicar de acuerdo con todos los autores, (1) sino que se limita á resolver las dificultades bastante numerosas que ocurren al aplicar el principio.

##### *Núm. 1. Del legado de cosa agena.*

127. El artículo 1,021 prescribe: "Cuando hubiese legado el testador una cosa agena, será nulo el legado, ora haya sabido ó no el testador que ella no le pertenecía." Esto es una derogación del derecho antiguo; pues conforme al romano, se admitía como válido el legado cuando sabía el testador que le hacía de cosa agena. Esto no era que el testador pudiese disponer de lo que no le pertenecía; sino que al legar una cosa que sabía no era suya, no podía tener otra intención que la de encargar á su heredero que comprara la cosa legada y la entregara al legatario. El testador no podía obligar al propietario á vender la cosa; con sólo, pues, que éste se negara á venderla, ó que pidiera un precio que no estuviese en relación con su valor, el heredero quedaba obligado á pagar la estimación al legatario. Si, por el contrario, creía el testador que la cosa era suya, aunque estuviera en poder de otro, sería nulo el le-

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núms. 158 y 177. Duranton, t. 6º, pág. 246, núm. 233, y pág. 249, núm. 239.

gado. Era dudoso, en efecto, que el testador habria hecho el legado sabiendo que no era propietario; mas las liberalidades testamentarias deben ser expresión de una voluntad cierta; y un legado dudoso no es legado. Sin embargo, se admitía una excepción y se mantenía la validez del legado cuando el testador y el legatario estaban unidos por el vínculo de la sangre, del matrimonio ó de la amistad, porque, en ese caso, era casi cierto que el testador habria donado, aun cuando hubiese sabido que no le pertenecía la cosa. (1)

Estas distinciones daban lugar á muchas dificultades en la aplicación; y es indudable que para prevenir cualquier discusión los autores del código prohibieron el legado de cosa agena. En el consejo de Estado, Treilhar tildó de sutil la doctrina romana y dijo que más valía exigir una declaración neta y clara de la voluntad del testador. Como regla práctica, es ciertamente preferible la disposición del código; sin embargo, no es justo acúsar de sutiles á los jurisconsultos romanos, cuando no hicieron más que interpretar con su habitual ingenio, la voluntad del testador. El derecho es sutil por naturaleza, y son de esencia en él las distinciones; por tanto, no hay que reprochar á los jurisconsultos, nuestros maestros, lo que es para ellos timbre de gloria. (2)

128. ¿Qué se entiende por legado de cosa agena? No basta que el testador legue una cosa que no posee en el momento de testar para que haya legado de cosa agena, es menester que ésta pertenezca á determinada persona extraña, lo cual implica que también la cosa debe ser determinada. Es, pues, muy válido el legado de alguna indeterminada, aunque el testador no posea las cosas que lega:

1 Coin-Delisle, pág. 479, núm. 2, y pág. 480, núm. 6 y los autores que cita.

2 Sesión del consejo de Estado de 27 ventoso, año 11, núm. 9 (Lo cré, t. 5º, pág. 271.)

si lega géneros, pero sin tenerlos, no lega cosa agena. Sucede con el legado lo que sucede con la venta de cosa agena; esta expresión tiene un sentido tradicional, en el cual la han usado los autores del código. En este particular hay un perfecto acuerdo. (1)

129. Es necesario, pues, que el legado tenga por objeto una cosa cierta que sea propiedad de otro. Si el testador tiene en ella algún derecho, aunque sólo sea eventual, no hay legado de cosa agena. Ocurrió un caso singular en la sala de casación. Poseía la testadora el inmueble legado, hacía ya más de treinta años; y al legarle, declaró que no era su voluntad aprovechar la prescripción para adquirir la propiedad, sino que proponía que se restituyera á su antiguo dueño ó á sus causahabientes, si reclamaban oportunamente después de su fallecimiento: ¿era nulo aquel legado como de cosa agena? No, dijo la sala, porque la testadora había adquirido la propiedad del inmueble por la prescripción de treinta años; renunciaba, ciertamente, el beneficio de la prescripción, pero sólo respecto de aquel contra quien ella decía haber prescripto; respecto de todos los demás, había conservado íntegros los derechos anexos á la posesión, derechos que formaban parte de su patrimonio, y que ella podía transmitir á sus herederos ó legatarios con las condiciones que quisiera: que era precisamente lo que había hecho. En el caso de que sus legatarios no descubrieran al antiguo propietario en el término que ella les había fijado, les encargaba que pagaran la cantidad de 1,800 francos á los pobres del lugar. En suma, ella había dispuesto de una cosa en la cual, aun respecto del propietario, conservaba un derecho eventual; por lo cual era válido el legado. (2)

1 Coin-Delisle, pág. 480, núm. 7 y pág. 479, núm. 3 del artículo 1,021 y todos los autores.

2 Casación, 24 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 351).

Con mayor razón no habría legado de cosa ajena si el testador fuera propietario de la cosa legada al tiempo de su fallecimiento. Los legados no producen efecto sino á la muerte del testador; sólo hasta ese momento se puede saber si el testador lega una cosa que pertenece á otro. Así opinan todos los autores, menos Zachariæ, y es inútil insistir en su disentimiento. (1)

130. Habría legado de cosa llena en uno concebido como sigue: "Encargo á Pedro, mi legatario universal, que se haga de la casa de Pablo, durante el año siguiente á su fallecimiento para entregarla á mi sobrino; en el caso de que no pueda conseguirlo, pagará 20,000 francos á éste último." Hay conformidad para resolver que el legado es válido; sin embargo, en la sustancia, el legado de cosa ajena no era distinto en el derecho antiguo. ¿No podría objetarse que esto era hacer indirectamente lo que la ley prohíbe que se haga directamente? No, porque el testador no lega realmente una cosa ajena, sino un hecho, al encargar á su legatario universal que se procure la casa, ó bien que pague 20,000 francos al sobrino del testador; y es muy válido el legado de un hecho lícito y posible. Que el hecho sea lícito, es cierto, así como que es posible, puesto que todo lo que el testador pide á su heredero, es que haga ofertas al propietario de la casa.

Se ha dado otra interpretación á ese legado para demostrar su validez; es, dicen, un legado con alternativa; una de las cosas que él comprende, la casa, no puede ser su objeto, puesto que la casa es ajena; pero la cantidad de 20,000 francos sí puede darse lícitamente; por tanto valdrá el legado como el legado de una cantidad de dinero. Nos parece que no es exacta esta explicación. No hay la alternativa que se supone; el testador no dijo que legaba la casa de Pablo ó 20,000 francos, sino deseaba que su here-

1 Demolombe, t. 21, pág. 614, núm. 681 bis y los autores que cita.

dero comprara la dicha casa, y ese era el objeto principal del legado, pues sólo en caso de negativa de Pablo, encargaba al legatario que pagara aquella cantidad á su sobrino. No cumpliría, pues, el legatario con pagar la cantidad para libertarse de su deuda; sino que será menester ante todo que haga ofertas al dueño de la casa, y sólo en el caso de que no sean aceptadas, deberá pagar la cantidad que, en la mente del testador, equivale á la casa.

Hay un caso análogo previsto por el artículo 1,020. La cosa legada está gravada con usufructo; el testador encarga al deudor del legado que la redima; el encargar que se adquiriera el usufructo pertenece á un tercero. Si no consigue redimirla, deberá al legatario el valor del usufructo. El código considera, pues, esta carga como desvalida, y con ello implícitamente hace válida la carga que consiste en adquirir la propiedad de la cosa; porque, desde el punto de vista de los principios, ambos casos son idénticos.

Podría estar concebido el legado de manera que hubiese obligación alternativa. Si el testador dijo: Lego la casa de mi vecino ó 20,000 francos, el legado es alternativo. En ese caso, es aplicable por analogía el artículo 1,192, según el cual es pura y simple la obligación, si no puede ser objeto de ella una de las dos cosas que de una manera alternativa comprende ella misma. Ahora bien, perteneciendo la casa á un tercero no puede ser legada, y quedará entonces la cantidad de 20,000 francos como objeto único del legado. Pero si el testador se hubiese limitado á decir: "Lego la casa de mi vecino," el legado sería nulo, porque lo sería de cosa ajena, y el artículo 1,021 dice de una manera absoluta que ese legado es nulo. (1)

131. ¿Puede legar el testador la cosa del heredero *ab intestato* ó del legatario universal? Mucho se contravierte es:

1 Duranton, t. 9º, pág. 254, núms. 245-247; Demolombe, t. 21, página 615, núms. 682 y 685.

te punto. (1) Es preciso distinguir los diversos casos que pueden ocurrir.

La jurisprudencia admite que puede el testador legar la cosa del heredero en forma de carga ó de condición. Si el testador instituye un legatario universal con la carga de dar á Pedro una cosa que le pertenece, ó con la condición de dar esa cosa á Pedro, es válido el legado. Así lo resolvió implícitamente el tribunal de París, y en casación, la sala declaró que había hecho él la aplicación más justa de la ley. (2)

Los autores sostienen generalmente la misma opinión, excepto Merlin, que la combate con energía, tratándola de absurda, porque equivale á decir que el testador puede hacer indirectamente lo que no le es lícito hacer directamente. Sin embargo, hay un proverbio antiguo que dice lo contrario: *Multa fiunt per indirectum quæ non possunt fieri directe*; y cuando hay dos principios que parecen estar en contradicción, esto prueba que ninguno de los dos es verdadero de una manera absoluta. ¿En qué sentido se dice que no es lícito hacer indirectamente lo que la ley prohíbe que se haga directamente. En el sentido de que no se permite eludir la ley, y en el de que es menester que sea ella de orden público, porque las de interés privado sí pueden derogarse. Si la disposición no tiene por objeto eludir la ley, es decir, violarla, sino algo distinto de lo que ésta se ha propuesto, ya no hay razón para anularla. Tal es lo que pasa con el legado de cosa perteneciente al heredero cuando se hace en forma de carga ó de condición. El testador no piensa en eludir, porque hace una disposición distinta de la prohibida por la ley. ¿Qué prohíbe ésta? Legar una cosa agena. ¿Prohíbe también instituir un heredero con la carga de dar á un tercero una cosa que le pertenece?

1 Véanse los principios en Dalloz, núms. 3,769-3,775.

2 París, 7 de Junio de 1820 y denegada, 19 de Marzo de 1822 (Dalloz, núm. 3,772).

Esta nueva disposición difiere de la que prohíbe la ley, y no tiende á eludirla; por consiguiente, debe hacerse á un lado el principio invocado por Merlin. (1)

¿Es cierto, como este autor lo dice, que el legado de una cosa del heredero, hecho en forma de carga, equivale absolutamente al legado de cosa agena? Vamos á citar un ejemplo tomado de la jurisprudencia, que prueba que el testador puede tener excelentes razones para legar la cosa del heredero en forma de carga, y que esta disposición es completamente distinta del legado puro y simple de cosa agena. Queriendo una testadora poner á su tío en la imposibilidad de disipar el capital de la fortuna que le lega ella y dejar sus propios bienes á cubierto de esa disposición, le instituye legatario universal del usufructo, con cargo de dar á un tercero la nuda propiedad de tales bienes; según la mente de la testadora, sólo bienes en usufructo deberían quedar á su tío. (2) He ahí el legado de cosa del heredero: legado que por cierto tenía por objeto algo absolutamente distinto del legado puro y simple de cosa agena; y así, de que la ley prohíba que se legue una cosa agena, no se puede inferir que prohíbe hacer indirectamente un legado en forma de carga. La argumentación de Merlin constituye un abuso de la lógica.

El único punto que aún queda como dudoso es saber si debe expresarse terminantemente la carga ó condición. En el caso que acabamos de citar, se resolvió que no era necesaria tal cosa, que basta con que la carga ó condición resulten del conjunto del testamento ó de las circunstancias de la causa. No nos atreveríamos á ir hasta allá. La regla es que el legado de cosa agena es nulo. Esta regla se aplica á la cosa del heredero, como lo vamos á ver; sólo

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Legado*, sec. 3ª, núm. 10 (t. 18, página 20).

2 Orleans, 31 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 16). El mismo fallo se cita en Dalloz, 1849, 2, 125.

por excepción puede el testador disponer de lo que no es suyo cuando ésto lo hace en forma de carga ó de condición. Y bien, ¿no es de esencia de toda excepción el que no esté formulada de una manera expresa? ¿Se puede admitir una excepción tácita? No lo creemos.

132. ¿Es preciso avanzar más y decir que el legado de cosa del heredero es siempre válido? Los autores están divididos y hay fallos en sentido opuesto. Creemos que el tal legado es nulo, como resulta del tenor y espíritu de la ley. El artículo 1,021 establece que cuando el testador hubiere legado una cosa agena, será nulo el legado. ¿Qué se entiende por cosa agena? El tribunal de Bruselas responde: Todo lo que es de otra persona; en consecuencia, todo lo que no pertenece al testador; sin distinción de las relaciones que pueda haber entre él y el dueño de la cosa; y así, la cosa del heredero es cosa agena, como lo es la de alguien extraño al testador. He aquí el argumento de ley que debería bastar, puesto que es terminante. ¿Cuál es el espíritu del código civil? El artículo 1,021 no es una disposición aislada; el 1,599 consagra un principio análogo al establecer que la venta de cosa agena es nula. Es, pues, un principio general de nuestra legislación moderna, el de que nadie puede disponer de lo que no le pertenece. Si hubiese entendido el legislador que establecía una excepción en cuanto al legado de cosa del heredero, habría debido decirlo, puesto que nunca se presumen las excepciones; y no estableciendo la ley ninguna; debe aplicarse la regla general respecto de la cosa del heredero lo mismo que de la de un tercero. (1)

Hay fallos en sentido contrario hasta del tribunal de Bruselas cuya autoridad acabamos de invocar, pero de los

1 Bruselas, 14 de Julio de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 222). Compárese con lo resuelto en Bruselas á 17 de Octubre de 1821 (*Pasicrisia*, 1821, pág. 469). Troplong, t. 2º, pág. 179, núm. 1,949.

cuales bien podemos desentendernos, puesto que apenas si están motivados. (1) Los motivos de aquella opinión se ven desarrollados extensamente en una sentencia del tribunal de Bastia, (2) que, se inspiró en la traducción romana en una materia en que el legislador francés rompió con el pasado. En derecho romano, se distinguía entre el legado de cosa agena y el de cosa del heredero; pero el código solamente anula el primero de estos legados, manteniendo por lo mismo implícitamente los principios antiguos en lo relativo al segundo de dichos legados. Si el código hubiese consagrado la doctrina tradicional en lo relativo al legado de cosa agena, se habría podido inferir de ello que tácitamente mantiene la antigua doctrina de la validez del legado que recae en cosa del heredero. Pero rechazando el código el principio tradicional de cuanto al legado de cosa agena, es menester decir con el tribunal de Bruselas que no había de valer el legado de cosa del heredero sino á título de excepción, y que no aprobando la ley esta excepción, no corresponde al juez el establecerla. Esto es decisivo si se admite que el legado de cosa del heredero es legado de cosa agena. El tribunal de Bastia lo niega por una razón extraña. A consecuencia de la aceptación de la herencia, hay confusión de personas entre el heredero y el testador; los bienes del difunto llegan á hacerse del heredero, y por lo mismo, los bienes de éste se convierten en los de aquél. Ciertamente que no puede tomarse esto á lo serio. ¿Cómo el testador había de ser dueño de disponer de los bienes de su heredero, porque el heredero es representante del difunto! ¿Por ventura, el difunto sería también representante de su heredero? A lo menos, dice el tribunal

1 Fallos de la sala de casación de 4 de Enero de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 285) y del tribunal de apelación de 20 de Marzo de 1823 (*Id.*, 1823, pág. 371).

2 Bastia, 3 de Febrero de 1836 (*Dalloz*, núm. 3,773, 2º). En el mismo sentido, Toullier, t. 3º, 1, pág. 293, núm. 517; Duranton, t. 9º, pág. 262, núm. 251; Coin-Delisle, pág. 482, núm. 18 del art. 1,021.

de Bastía, el legado de cosa del heredero no es legado de cosa de un *tercero*. ¿Será menester preguntar al tribunal dónde se ha dicho que la ley anula el legado de cosa perteneciente á un *tercero*? Y, en punto á propiedad, ¿todos los que no son propietarios no son terceros respecto de aquél que es el único que tiene la propiedad de la cosa? Finalmente, dice el tribunal, todo legado de cosa del heredero implica una carga ó una condición, y con ese título es válido. Igual motivo se encuentra en un fallo del tribunal de Bruselas; (1) él prueba cuán peligroso es admitir una condición ó una carga tácitas; no se contentan ya con una carga que resulte del testamento ó de las circunstancias del caso, sino que también se induce la condición de la naturaleza del legado, por manera que habría legados condicionales de pleno derecho. Sólo el legislador puede sobre entender sobre condiciones; el intérprete no lo puede.

133. ¿Se aplican estos principios al legado del usufructo? Tal cuestión ocurrió en las circunstancias que siguen. Cierta mujer lega á su marido el usufructo de todos los bienes que deje ella al fallecer. Se pregunta si ese legado comprende el usufructo de los bienes cuya nuda propiedad la mujer no tenía al morir, por haber pertenecido el usufructo á su padre. La cuestión se reduce á si el legado litigioso es legado de cosa agena. Solamente los que sean extraños al derecho pueden abrigar una duda como ésta. Tal como lo dijo el tribunal de Burdeos en una sentencia muy bien fundada, el usufructo es un desmembramiento temporal de la propiedad; el goce pertenece esencialmente al nudo propietario, puesto que debe comenzar á la muerte del usufructuario; hay, pues, un derecho más que eventual, un derecho cierto; lo único incierto que hay es la época en que se unirá el usufructo á la propiedad, y en ese sentido el derecho se hace eventual para el legatario del usu-

1 Bruselas, 18 de Febrero de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 46).

fructo, puesto que bien puede suceder que preceda al usufructuario. Siempre quedará en pie que ese derecho está en el dominio del nudo propietario, quien por lo tanto puede disponer de él. (1) Muchas objeciones se presentaban en el caso que ocurrió; pero creemos inútil contestar á ellas, pues el fallo de aquel tribunal da una respuesta decisiva.

134. Pues que es legado de cosa agena es nulo, ninguna acción tiene el legatario contra el que está encargado de pagársele. Mas ¿cuál será el efecto que produzca su pago? Si éste es hecho por el dueño de la cosa, la nulidad viene á quedar cubierta con la ejecución del legado, ejecución que importa una confirmación. Tal confirmación es válida, puesto que no se trata de una nulidad de orden público; pero ya se entiende que suponemos que la confirmación reúne las condiciones de la ley. En este sentido hay un fallo del tribunal de Lieja. El marido incluye en un legado que hace algunos bienes de su mujer; ésta ejecuta el legado, y después de muerta, sus herederos reclaman la nulidad del legado en cuanto á que tiene por objeto bienes de la mujer, puesto que es legado de cosa agena. Se ha resuelto que habiendo ejecutado la mujer un legado de bienes que le pertenecían, había quedado reparada la nulidad. En efecto, la mujer había expresado de una manera formal su voluntad de ejecutar en todo las disposiciones de su esposo. (2)

135. Puede suceder que se ejecute el legado por el heredero que ignore, lo mismo que el testador, que la cosa pertenecía á otro. Dicho se está que el propietario conserva su derecho; si reivindica, ¿tendrá derecho á la garantía el legatario vencido? La negativa es indudable. Si el comprador á quien judicialmente se despoja tiene acción con-

1 Burdeos, 16 de Junio de 1863 (*Dalloz*, 1863, 2, 157).

2 Lieja, 13 de Agosto de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 313).

tra su vendedor, es porque éste se obliga á transferir la propiedad de la cosa vendida, y está obligado á cumplir con lo que ofreció; en tanto que ni el testador ni su heredero contraen ninguna obligación de garantía para con el legatario. Más adelante veremos en qué caso, por excepción, tiene derecho el legatario á la garantía. (1)

*Núm. 2. Legado de una cosa indivisa.*

136. El legado de una cosa indivisa no es legado de cosa ajena, puesto que cada uno de los propietarios tiene un derecho que se extiende á toda la cosa en tanto que subsiste la indivisión. Pero la partición ó la licitación puede resolver el derecho de los indivisarios; pues efectivamente, la partición es declarativa de la propiedad, y de aquí la consecuencia consagrada por el artículo 883 en lo que mira á los herederos, sobre que se reputa haber sido siempre cada uno de ellos propietario de los objetos puestos en su parte, ó que se le adjudicaron en el remate, sin haber tenido nunca la propiedad de otros bienes de la herencia. Es preciso tener en cuenta este principio cuando se trata de determinar los efectos de un legado que tiene por objeto una cosa indivisa, pero no se le debe aplicar de una manera absoluta; porque en materia de legados, la intención del testador es la que resuelve, mucho más que las ficciones de derecho establecidas por el legislador. Hay, pues, en esto, varios principios que conciliar, y de ahí la necesidad de distinguir.

137. Supongamos por de pronto que al morir el testador cesó la indivisión. Si cesó por la venta que hizo el testador de su parte, es menester aplicar el artículo 1,038 que dice: "Toda enagenación que haga el testador de todo ó parte de la cosa legada importa la revocación del legado en cuanto á todo lo que se enagenó." Si hubo partición y

1 Duranton, t. 9º, pág. 264, núm. 253 y todos los autores.

el testador tuvo su parte en especie en la cosa indivisa, el legatario tendrá esa parte: en ese caso coincide la intención del testador con el efecto de la partición; legó su parte, y la partición le dió esa parte en especie. Pero la partición puede atribuir también la cosa por el todo al testador; ¿tendrá derecho el legatario, en este caso, á toda la cosa? No es el efecto de la partición el que resuelve el caso; es menester ver lo que el testador quiso dar al legatario; si no le legó más que su parte, los términos mismos del legado prueban que no tuvo propósito de darle todo; poco importa que á su muerte sea propietario del todo, el legatario no podrá reclamar sino lo que le fué legado, y no tendrá derecho á toda la cosa más que cuando los términos del legado prueben que el testador entendió darle toda la cosa. Para admitir que el testador lega toda la cosa indivisa, es menester suponer que hay otras cosas también indivisas. lo cual acontece en caso de sucesión, de comunidad ó de sociedad; el efecto del legado estará determinado entonces por el resultado de la partición; si la cosa queda en el lote del testador, tendrá derecho á ella el legatario, puesto que le fué donada; pero si no cae en su lote, caducará el legado, puesto que la cosa legada no se halla en la sucesión del testador, respecto del cual se reputa no haber tenido nunca derecho á ella. Si una cosa indeterminada es la que pertenece á varias personas pro indiviso, cada quien de ellas no tendrá más que su parte, y no se puede suponer que cuando ella lega sus derechos á esa cosa, entendió disponer de más que de su parte. Puede dar menos, el que es copropietario por mitad puede no legar más que un tercio ó un cuarto; y aun cuando se le aplicara lá cosa por el todo, no podría reclamar el legatario sino la parte que se le había dado, y caducaría el legado si lá cosa indivisa fuera aplicada á otro copropietario. (1)

1 Coin-Delisle, pág. 481, núms. 12-15. Duranton, t. 9º, pág. 257,

La sala de casación, aplicando estos principios, resolvió que si el testador legó la mitad de una granja indivisa entre él y un tercero y la mitad de un molino también indiviso y si, por la partición, el testador adquiere en propiedad la totalidad de la granja, no conservando ningún derecho en el molino, no tendrá derecho el legatario más que á la mitad de la granja, puesto que le fué legada por mitad; pero ninguno tendrá en el molino, por no hallarse en el patrimonio del testador, el cual se estima no haber tenido nunca en él ningún derecho. (1)

138. Supongamos ahora que subsiste la indivisión al fallecer el testador. Hay un caso en que no es dudosa la resolución. El copropietario de un fundo lega su parte ó sus derechos á ese fundo; el legatario ocupa el lugar del difunto, á quien sucede en su derecho, será, pues, copropietario pro indiviso por la parte que pertenecía al testador; la partición determinará sus derechos; tendrá ó su parte dividida en el fundo, ó su parte en forma de lote, ó todo el fundo con obligación de pagar un lote á sus copropietarios. Nunca puede tener todo el fundo, porque el testador no puede legar más que su parte, lo cual sería legado de cosa agena, que anula el artículo 1,021. Así sería aun cuando el testador hubiese dicho que legaba su fundo, pues no habría podido legar sino lo que le pertenecía, es decir, su parte indivisa. (2)

Si la cosa legada forma parte de una masa indivisa, comunidad, sociedad, sucesión, el derecho del legatario dependerá, según nos parece, del resultado de la partición. Si la cosa legada queda en el lote de los herederos del testador, el legatario tendrá en el lote de los herederos del testador, el derecho que le pertenecía, es decir, su parte indivisa. (2)

1 Denegada, 28 de Febrero de 1826 (Daloz, núm. 3,787). Compárese con lo resuelto en Caén á 4 de Junio de 1825 (Daloz, número 3,772).

2 Durantón, t. 9º, pág. 257, núm. 248 y todos los autores. Metz, 30 de Marzo de 1816 (Daloz, núm. 3,780).

tador, tendrá derecho á ella el legatario por el todo, puesto que así fué como se le dió, y el testador pudo darla, por reputarse que siempre fué propietario de ella. Pero ¿qué deberá decirse si la cosa queda en el lote de un coheredero del testador? En este punto, está dividida la opinión. A nuestro juicio, hay que aplicar el artículo 883, estimándose que el testador, por efecto de la partición, nunca fué propietario de la cosa legada, no pudo disponer de ella, que es el legado de cosa agena, nulo por tal motivo. (1) Se objeta que el testador se propuso legar ó la cosa, ó su valor, pues si la cosa no fué puesta en su lote, se pondría entonces cualquier valor que equivalga á ella, y ese valor, dicen, es el que puede reclamar el legatario. (2) Pero respondemos que esto es ceder á la mente del testador; éste no legó la cosa ó su valor, sino una cosa determinada en la cual tenía un derecho indiviso; mas el derecho indiviso depende de la partición, y se desvanece si la cosa cae en el lote de un copropietario de aquel que dispuso de ella; y aunque en realidad recibe un valor en cambio, la ley no ve en ello un cambio; ni el testador donó aquel valor; en consecuencia el legatario está sin derecho. Otros intérpretes hacen á un lado el artículo 883 diciendo que no habla con el legatario, quien no puede acogerse á él y á quien no se le puede objetar con él mismo. (3) En verdad que esto es una ficción, pero ficción de que la ley hace una regla, un principio; es menester, pues, aplicarla como tal, salvo que á ello se oponga la voluntad de las partes. En nuestro caso se trata de saber cuál es la intención del testador que lega un derecho indiviso. Cuando no explica su idea, debe creerse que fué su mente conformarse

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 351, núm. 166 bis, t. 7º. Compárese con Marcadé, t. 4º, pág. 103, artículo 1,021, núms. 1 y 2.

2 Demolombe, t. 21, pág. 631, núm. 695 y los autores que cita.

3 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 537 y notas 15, 17, pfo. 675 y los autores que citan.