

El cumplimiento del legado de cosa ajena

BERNARDO MORENO QUESADA

Profesor Adjunto de Derecho Civil

SUMARIO: I. *Generalidades sobre el cumplimiento de los legados*.—II. *El legado de cosa ajena. Su cumplimiento*.—III. *La obligación del heredero en el legado de cosa ajena*. A) Naturaleza de esta obligación.—B) Cumplimiento normal de la misma. 1. Adquisición de la cosa del tercero.—2. Su entrega al legatario.—C) Cumplimiento subsidiario. 1. Supuestos en que puede realizarse: a) Imposibilidad de adquirir la cosa.—b) Perecimiento de la misma. Problemas que plantea.—2. La estimación del valor de la cosa legada.—IV. *El saneamiento por evicción en el legado de cosa ajena*. A) Planteamiento de la cuestión. B) Posiciones adoptadas. Apreciación crítica.—C) Solución que se propugna. V. *Garantía registral del pago del legado de cosa ajena*. A) La garantía del pago de los legados.—B) La anotación preventiva del legado de cosa ajena.

I. GENERALIDADES SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS LEGADOS

En el Derecho romano clásico, la distinción fundamental entre legado *per vindicationem* y legado *per damnationem* tenía una trascendencia práctica considerable en el momento de su adquisición, pues diferentes eran las posiciones en que uno u otro colocaban a los beneficiados con ellos; efectivamente, mientras el legado *per vindicationem* (y también el *per praeceptionem*) tenía eficacia para transmitir directamente la cosa legada a la propiedad del legatario, el legado *per damnationem* (y con él el *sinendi modo*) no producía esa transferencia de propiedad, sino que daba lugar a una obligación *ex contractu* a favor del legatario y contra el heredero. Con referencia a la situación de los beneficiados con las mandas, este distinto trato se traducía en que mientras en el primer supuesto el legatario al adquirir el legado adquiría sin más la propiedad de la cosa legada, en el otro caso sólo hacía nacer para él un derecho de crédito contra el gravado por aquella disposición testamentaria (1).

Ahora bien, este sistema, que a primera vista parece beneficiar grandemente a los legatarios en razón a la eficacia traslativa inmediata que confiere a los legados *per vindicationem*, al tener su base en un sistema rigurosamente formalista que supe- dita la validez del legado a la circunstancia —no siempre fácil de ser determinada— de que el testador fuera propietario *ex iure*

(1) GAYO, *Instituta*, II. § § 192 y ss.

quiritium de la cosa que pretendía transmitir, bien pronto resultó incómodo y desfavorable para los legatarios por los frecuentes casos de ineficacia que producía el empleo de fórmula no apropiada; para evitar estos inconvenientes es por lo que el Senado-consulta Neroniano decidió que los legados *per vindicationem* formulados *minus aptis verbis* valdrían al menos como legados *per damnationem*, tratándose de evitar por este procedimiento —que constituyó un comienzo de reacción contra el formulismo— los perjuicios que se acarreaban al legatario cuando el testador legaba *per vindicationem* una cosa que creía suya y no lo era (2).

En esta misma línea, y como complemento a la medida a la que se acaba de hacer referencia, una Constitución de Justiniano estableció la regla de que todo legado, con independencia de la forma en que fuera establecido, produjera para el legatario un derecho de crédito contra el gravado con la entrega de la cosa legada.

Además, habiendo desaparecido en el Derecho moderno aquella distinción romana sobre los dos momentos —*dies cedit* y *dies venit* (3)— que se podían apreciar en la adquisición del legado, razón por la que delación y adquisición del mismo se confunden, se produce esta última como consecuencia inmediata del fallecimiento del causante. Así lo preceptúan para el Derecho español los artículos 657 y 881 del Código civil (4), aunque hay que dejar a salvo el supuesto previsto en el artículo 759.

Por lo que se refiere al pago de los legados, es de tener en cuenta que de los mismos nace un derecho de crédito a favor del legatario y a cargo del heredero gravado con ellos (5), salvo el supuesto, entiende Díaz Cruz (6), de que toda la herencia haya sido distribuída en legados —según lo previsto en el art. 891 del Código civil—, en cuyo caso el legatario adquiere un verdadero y efectivo derecho real de dominio sobre la cosa legada por no existir herederos o albaceas a quienes reclamar el legado, criterio sustentado, además, por la Dirección General de los Registros y del Notariado (7).

II. EL LEGADO DE COSA AJENA. SU CUMPLIMIENTO

Conviene delimitar suficientemente el supuesto a que se va a hacer referencia en este estudio, supuesto que no es otro que el de legado de cosa ajena; ahora bien, debe tenerse en cuenta

(2) GÉRARDIN, "Les legs de la chose d'autrui", en la Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger. XI, 1887, pág. 717.

(3) WANDSCHEID, "Pandette" trad. ital. de FADDA y BENS. Vol. III, Torino 1925 § § 742 y otros, pág. 53 y ss.

(4) Cfr. La Sentencia del T. S. de 26 junio 1929.

(5) Cfr., los artículos 858, 859 y 885.

(6) "Los legados", Madrid, 1951, pág. 586.

(7) Resolución de 30 diciembre 1916.

que se trata del legado de cosa ajena en sentido propio, es decir, del legado de cosa que no perteneciendo a la herencia es precisamente de propiedad de un tercero ajeno a ella; esto es, no pertenece tampoco al dominio del heredero o legatario gravado con el mismo. Por consiguiente, sólo me voy a ocupar del cumplimiento del legado de cosa ajena que regula el artículo 861 del Código civil, con exclusión de los demás supuestos de legados de cosas que no son propias del testador.

Y es que, efectivamente, no todo legado de cosa que no pertenece a la herencia es un legado de cosa ajena en sentido estricto; más amplia que ésta es la categoría de los que se han llamado legados de cosas no existentes en el patrimonio del testador, dentro de la cual, y además del propio legado de cosa ajena, pueden incluirse otras figuras distintas, como son:

1.º El legado hecho a un tercero de una cosa propia del heredero o de un legatario (supuesto éste expresamente previsto y autorizado en el párrafo 1.º del art. 858 del Código civil), cuya validez se supedita a que con ello no se perjudique la legítima de los herederos forzosos (puesto que de acuerdo con el art. 813, párrafo 2.º, no puede imponerse sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie), y que obliga al heredero o legatario gravado con él a hacer entrega de la cosa legada o de su justa estimación al aceptar la sucesión (art. 863 C. c.).

2.º El legado de cosa mueble genérica cuando no haya de las mismas en la herencia, circunstancia que no obsta a su validez, según dispone el artículo 875 en su párrafo 1.º

Además de éstos, sostiene Scuto (8) que pueden incluirse igualmente en esta categoría del legado de cosas no existentes en el patrimonio del testador:

3.º El legado de una cosa futura.

4.º El legado consistente en una actividad del heredero o, en general, del gravado con él, cuando se ha legado el producto de la actividad de aquél, por ejemplo, la ejecución de un trabajo, la prestación de un servicio.

5.º El legado que tenga directamente por objeto la conclusión de un determinado contrato entre gravado y legatario, o el cumplimiento de un acto jurídico por parte de uno en favor del otro.

Más amplia también es la categoría alemana del legado de suministro («Verschaffungsvermächtniss») que se regula en el § 2.170 del B. G. B. Supone esta figura la existencia de un legado cuyo objeto no pertenece al patrimonio del testador, conociendo éste, al otorgar el testamento, esa circunstancia. Su denominación hace referencia a la carga que se impone al obligado a cumplirlo, que es precisamente procurar al legatario la

(8) "Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con speciale riguardo al legato di cosa altrui", en *Rivista di Diritto Civile*, VIII, 1916, página 18.

cosa legada (9). Ahora bien, esta expresión si bien es, desde cierto punto de vista, menos comprensiva que la utilizada por la doctrina italiana de legado de cosas no existentes en el patrimonio del testador, que comprende también el legado de cosas producidas «senz'altro» por las mismas cosas hereditarias, tiene la ventaja, reconocida (10), de poner de relieve el hecho de que el obligado a cumplir la manda debe proporcionar la cosa legada, adquiriéndola o produciéndola, circunstancia fundamental en esta categoría y que sirve para tipificarla por someter a los obligados a una más grave que en los casos ordinarios, en los que se trata de entregar cosas ya existentes en el patrimonio hereditario.

Aquí, pues, sólo vamos a estudiar el cumplimiento del legado de cosa ajena, entendiendo por tal el que tiene por objeto una cosa que, en el momento de abrirse la sucesión, pertenece a una persona extraña a la herencia: esto es, que no sea propia del testador o del heredero o legatario gravados.

Y estimo que el momento oportuno para calificar de ajena la cosa legada es el de la apertura de la sucesión, porque el supuesto del artículo 862, que declara nulo el legado si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, y sin embargo lo tiene por válido si la adquiere después de otorgado el testamento, sólo tiene explicación considerándolo de este modo: así la validez a que se refiere el párrafo 2.º de este artículo se establece no por convalidación de la nulidad decretada en el párrafo anterior —lo que estaría en contradicción manifieta con el carácter de nulidad radical que se le atribuye—, sino porque ha dejado de ser un legado de cosa ajena, puesto que ya le pertenece, y constando por el testamento la intención de legar la cosa y recayendo la disposición sobre cosa apta para ser objeto de legado (forma parte del patrimonio del causante en el momento de abrirse la sucesión) estaremos ante un supuesto normal de legado de cosa propia del testador.

En este mismo sentido puede argumentarse que se trata de un legado de cosa propia el del párrafo 2.º del artículo 862:

1.º Porque ha de presumirse la subsistencia de su voluntad de legar aquella cosa cuando al adquirirla no modifica el tenor de su disposición testamentaria; y no sólo ha de estimarse que subsiste su voluntad en aquel sentido, sino que puede considerarse reforzada o robustecida esa intención, pues aun sin presumir que realice la adquisición con objeto de que pueda satisfacerse el legado que hiciera (presunción que, por otra parte, no resultaría arriesgada), el hecho cierto es que mantiene la disposi-

(9) Cfr. las particularidades de su régimen legal en Binder, "Derecho de sucesiones", trad. esp. Barcelona, 1953, págs. 327 y ss.

(10) Vid. Scuto, "Il legato..." cit. pág. 18.

ción sobre una cosa cuya pertenencia le consta y de la cual había dispuesto con anterioridad.

2.º Porque si se tratara de una simple excepción de validez respecto del párrafo 1.º del mismo artículo 862, este segundo habría incluido también el supuesto de conocimiento de no ser propia la cosa legada, junto con el de su adquisición posterior, porque en ambos casos habría que estimar desaparecida la causa de invalidez —ignorancia de que pertenecía a otro— y nada se opondría a que en este supuesto de posterior conocimiento se estimara como un caso de legado de cosa ajena plenamente eficaz.

En resumen: que lo determinante de este párrafo 2.º del artículo 862 no es la desaparición de la causa de invalidez —la ignorancia de que pertenece a un tercero— sino el cambio de situación que se produce cuando el testador adquiere la cosa, que transforma este caso en un supuesto normal de legado de cosa propia del testador, aunque no lo fuera en el momento de legarla (11), pues, como se trata de demostrar, el instante adecuado para calificar de propia o ajena la cosa legada es el de la apertura de la sucesión.

Además, es otro requisito de esta figura de legado cuyo cumplimiento vamos a estudiar, el que su objeto sea una cosa cierta y determinada; y es que si se trata de cosa genérica, la situación a que da lugar es diferente por la especial naturaleza de estas cosas, lo que lleva al legislador español a reconocerlo así, configurando en vista de ello con los dispuestos sobre cosas de este tipo una categoría distinta de legados cuyas condiciones de validez, según se trate de bienes muebles o inmuebles, vienen establecidas en el artículo 875 del Código civil.

Por otra parte, cabe admitir igualmente que, dentro del legado de cosa ajena en sentido estricto, se incluyan no sólo las cosas materiales, y así Pacifici-Mazzoni (12) habla, al tratar del legado de créditos, del de un crédito perteneciente a un tercero, en base a que la voz «cosa», que utiliza el legislador al referirse al legado de ajena, es de un significado amplísimo que permite incluir estos derechos personales siempre que se dé el supuesto

(11) Razón que justifica plenamente que se rechace la pretensión de considerar este legado como una de las modalidades del de cosa ajena, como pretende, por ej. PACIFICI-MAZZONI en "Trattato delle successioni" del Codice civile commentato, vol. VII, Firenze 1914, pág. 51.: "Al principio esser nullo il legato della cosa altrui, é fatta una seconda eccezione, pel caso che la cosa legata al tempo della morte del testatore si trovi in proprietà di lui".

Cfr. en Scuto, op. cit. nota 2 de la pág. 32, cómo algún autor francés, llevado de esta errónea apreciación, encuentra dificultades para la validez de este legado en su Derecho vigente, dificultades que se evitarían de considerarlo simplemente como un supuesto normal de legado de cosa propia del testador, a lo que no sólo nada se opondría, sino que es la interpretación correcta, tal como se demuestra en el texto.

(12) "Trattato delle successioni" en el "Codice civile commentato", cit. VII, página 351.

de que su titular sea un extraño para que pueda incluirse en el grupo de los legados de cosa ajena (13).

Pues bien, acerca del cumplimiento del legado de cosa ajena —entendido en la forma que se acaba de exponer— dice el Código que «el heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación».

Es decir, que de acuerdo con lo que dispone este precepto legal, el legatario de cosa ajena no adquiere, ni puede adquirir, de forma inmediata un derecho sobre la cosa legada, ya que ésta se encuentra en el dominio de un tercero al que en nada afectará la disposición testamentaria; de este legado surge un derecho de crédito —«el heredero estará obligado...»— a favor del beneficiado con él, que podrá realizar frente al heredero para que éste le satisfaga el contenido del legado, o sea, para que adquiera la cosa y se la entregue, momento éste en el que adquirirá el legatario la propiedad de la misma (14).

Esta es precisamente la situación en que se encuentra el legatario de cosa ajena: tiene una acción personal «ex testamento» para exigir del heredero o derecho-habiente la adquisición y entrega de la cosa legada o, en todo caso, su justa estimación (15). Es decir, que surge como consecuencia de este tipo de legado una relación entre heredero y legatario por virtud de la cual éste puede exigir de aquél una actividad encaminada a la adquisición y entrega de la cosa legada, sin que por ningún concepto hayan de relacionarse el titular de la cosa y el legatario, porque de este legado no nace —como ha tenido ocasión de decir el Tribunal Supremo (16)— una acción real reivindicatoria, sustancial del dominio, que sería la justificadora de esa relación.

En razón de esto, para cumplir el legado de cosa ajena, el heredero está obligado a adquirirla para entregarla al legatario. obligación cuyo estudio es de suma importancia en vista de que sobre ella descansará toda la eficacia de este legado que, dada su naturaleza, es incapaz de un efecto traslativo, por lo que no puede ser eficaz su cumplimiento más que por medio de esa obligación: la impuesta al heredero o legatario gravado para que adquiera la cosa y seguidamente transfiera su propiedad al beneficiario.

(13) Otros supuesto especiales pueden verse en Scuto, op. cit., págs. 31 y ss. pero aquí no interesa su consideración, por tratarse de casos que no encajan exactamente en el que examinamos, y que merecen tratamiento separado, como hace el Código civil español en el previsto por el artículo 864.

(14) TRAVIESAS, "Legados", en la Rev. de Derecho Privado, 1931, pág. 179.

(15) Cfr. La Sentencia del T. S. de 3 febrero 1930, que llega a esta conclusión a la vista del artículo 861 del Código, y del párrafo 1.º, Tít. 25, Lib. II de la Instituta.

(16) Ver la Sentencia citada en la nota anterior.

III. LA OBLIGACION DEL HEREDERO EN EL LEGADO DE COSA AJENA

Tres puntos de interés conviene tratar sobre la obligación del heredero o legatario obligado al pago del legado de cosa ajena: en primer lugar lo que se refiere a la naturaleza de esa obligación; en segundo lugar lo que respecta al cumplimiento normal de la misma, por medio de la adquisición y entrega de la cosa; y en tercer lugar lo que se relaciona con el cumplimiento subsidiario a través del pago de la justa estimación, cuando no sea posible la adquisición y entrega de la misma cosa legada.

A) NATURALEZA DE ESTA OBLIGACIÓN

Cuestión de capital importancia es la de determinar qué naturaleza jurídica tiene la obligación que surge a cargo del heredero gravado con un legado de cosa ajena; y tiene interés esta cuestión, ya que de la forma en que se resuelva dependerán una serie de consecuencias de suma trascendencia sobre el cumplimiento del legado y el modo en que sobre el mismo puedan repercutir las diferentes vicisitudes que le afecten en esa fase decisiva de la realización del mandato testamentario.

Dice sobre el particular el Código civil español, que es válido el legado de cosa ajena, si el testador al hacerlo sabía que lo era, y en este caso «el heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario, y no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación» (17).

A la vista de tal precepto, cabe preguntarse cuál será la naturaleza de la obligación que el legislador impone al heredero, es decir, en qué tipo de obligación se puede encuadrar, con el fin de saber qué normas jurídicas regularán su desarrollo y extinción, pues, como veremos seguidamente, el calificarla de una u otra forma tiene una gran trascendencia.

Conviene consignar las diferentes soluciones propugnadas por la doctrina, considerar las razones en que se basan, y ver si las mismas pueden adaptarse al régimen legal español contenido en el referido artículo 861 del Código civil.

Como solución más extendida, ya veremos que también en la doctrina española, está la que de acuerdo con lo establecido en el Derecho positivo italiano, considera la obligación del heredero o legatario gravado como una obligación facultativa.

En virtud de esta doctrina, se considera que el obligado al pago de un legado de cosa ajena es deudor de una obligación con facultad alternativa, en la que constituye la prestación debida la adquisición y entrega de la cosa del tercero, pero en la

(17) Artículo 861. 1.º

que existe la facultad de realizar su cumplimiento mediante la entrega al legatario de la estimación o precio de la cosa objeto del legado, teniendo esta prestación plenos efectos liberatorios: es decir, que si bien a lo que viene obligado el que debe cumplir la manda, es a la entrega de la cosa misma, le está permitido liberarse entregando su justa estimación, porque si bien *in obligatione* sólo está la cosa del tercero legada, *in solutione* está también su justo precio, por lo que puede cumplir entregando, a su elección, una u otro (18).

Las consecuencias prácticas de adoptar esta solución se manifiestan, principalmente, en el supuesto de imposibilidad de entregar las cosas legadas: mientras que tratándose de una obligación alternativa tal acontecimiento supone la concentración de la obligación en la otra actividad prevista —el justo precio—, y por ello éste debe prestarse, si se trata de una obligación facultativa, en tal supuesto de imposibilidad el heredero queda liberado, porque la obligación se ha extinguido al hacerse imposible la realización de la única prestación que estaba *in obligatione*.

Se aducen en pro de esta solución, entre otras, las siguientes razones:

a) Que el atribuir al heredero la elección de cumplir el legado ya entregando la cosa, ya pagando su justa estimación, presenta la ventaja de ser el procedimiento adecuado para evitar intromisiones del legatario en las gestiones del heredero cuando trate de adquirir la cosa o que, fracasadas éstas, pueda surgir controversia sobre la diligencia empleada por el heredero, o incluso que juzgue acerca de las pretensiones del tercero, mostrándose en desacuerdo con el obligado a la adquisición; y es en que de esta forma se procura al heredero la mayor libertad posible para evitar las fricciones a que una intervención del legatario en esta fase del cumplimiento pudiera dar lugar, donde principalmente se justifica la regulación como facultativa de la obligación que recae sobre el heredero o legatario gravado con un legado de cosa ajena (19).

b) Que nada impediría al testador ordenar de una manera explícita la realización de unas determinadas gestiones, el pago hasta una cierta cantidad o cualquier otra circunstancia que de alguna manera coartase la libertad del obligado al pago del legado, que no podría, a consecuencia de esta circunstancia, pagar la estimación de la cosa sin antes realizar las actividades prescritas por el testador, que supeditaban la validez de ese pago subsi-

(18) POLACCO "Delle successioni", 2.^a ed. I, Milano-Roma, 1937, pág. 337; STOLFI, "Diritto civile", VI, Torino 1934, pág. 690; DEGNI, "Lezioni di Diritto civile", "La successione a causa di morte", II ed. Padova, 1935, vol. II: Successione testamentaria", pág. 36 y en general toda la doctrina italiana por las razones que luego veremos.

(19) PACIFICI-MAZZONI "Codice civile italiano", vol. VII, 4.^a ed. Firenze 1914, pág. 50.

diario, y para cuya comprobación sí habría de admitirse la intervención del legatario (20); pero si falta ese condicionamiento, podrá el heredero elegir para el cumplimiento del legado entre adquirir la cosa del tercero para entregarla al legatario, o dar a éste su justa estimación.

c) Que tal solución viene impuesta por la aplicación del principio jurídico que manda interpretar las disposiciones en la forma más favorable para el obligado por ellas, y en su consecuencia debe concederse al heredero —que es el gravado en este caso— la elección del medio que más le convenga para cumplir el legado, facilitándose en este modo por el legislador la efectividad de tales legados (21).

d) Que la voluntad del testador es procurar al legatario una determinada ventaja económica, y como el conocimiento de ser ajena la cosa —presupuesto para la validez de este tipo de legado— le advierte de antemano las dificultades que entraña el cumplimiento por medio de la entrega de la cosa misma, resulta lógico pensar que haya previsto la entrega de la estimación como forma de proporcionar esa ventaja que desea para el legatario; de aquí que resulte indiferente —de acuerdo con la voluntad presunta del testador— que se cumpla el legado entregando la cosa del tercero o una cantidad que suponga el valor de la misma (22).

Indudablemente han sido consideraciones como las que se acaban de exponer, las que han llevado al legislador italiano a configurar como obligación facultativa la que el legado de cosa ajena genera a cargo del heredero gravado con él. De acuerdo con ello se estableció el artículo 837 del Código de 1865, y para terminar con las dudas que su redacción pudiera suscitar, en el artículo 651 del Código vigente se reitera su calificación como obligación facultativa, procurando que la terminología utilizada deje bien sentada esta circunstancia (23).

¿Encaja esta solución en la legalidad vigente en la materia dentro del Derecho español? El artículo 861 de nuestro Código civil no deja lugar a dudas sobre el particular: el heredero no está facultado para elegir entre una u otra prestación, sino que éstas tienen un orden prestablecido en la Ley y sólo cuando no sea posible la adquisición de la cosa para entregarla al legatario, podrá pagarse a éste la justa estimación. Los autores que sostienen

(20) LOSANA, *op. cit.*, pág., cit.

(21) El mismo PACIFICI-MAZZONI, "Trattato delle successioni" en el "Codice civile commentato" cit., vol. VII, pág. 49.

(22) Cfr. LOSANA pág. 236 de la obra ya citada.

(23) Puede verse una detallada exposición de las vicisitudes por las que atravesó el mencionado artículo 651 hasta lograr su redacción definitiva, en GANGLI, "La successione testamentaria nel vigente diritto italiano", II, Milano, 1948, págs. 215 y ss.

dentro de nuestro Derecho, la existencia en el supuesto que nos ocupa de una obligación facultativa, más que en la letra o en el sentido de nuestro Código civil, se basan en las conclusiones sobre la materia de la doctrina italiana (24), entre la cual, como hemos visto, se justifica plenamente, y más aún dado el indudable sentido de la disposición correspondiente de su Código civil.

También se ha configurado como obligación alternativa la que pesa sobre el heredero que debe cumplir un legado de cosa ajena. Pero sobre este punto conviene hacer una importante aclaración: que generalmente no puede dársele un valor absoluto a dicha calificación porque no suele atribuírsele su verdadero alcance a la categoría de las obligaciones alternativas; así Losana (25), después de afirmar en este supuesto de legado de cosa ajena la existencia de una obligación alternativa, añade a continuación que no es que se trate de un legado alternativo, porque la cosa legada es una sola —la que pertenece al tercero— estando el precio simplemente «in facultate solutionis».

En nuestra Patria hace esta misma calificación Escriche (26), si bien no puede afirmarse tampoco, a la vista de las líneas que dedica al tema, que pese a utilizar la expresión «obligación alternativa» lo esté haciendo con conciencia del alcance que supone tal calificación, y no es raro que ésto suceda (27) pues al no haber existido siempre una clara, o por lo menos unánime diferenciación terminológica, y a veces conceptual, entre las obligaciones alternativas y las facultativas (llamadas también «con facultad alternativa»), pueden producirse confusiones a la hora de aplicar los conceptos.

En cambio, atribuyendo su verdadero significado a la obligación alternativa, puede comprobarse que a la generada por el legado de cosa ajena cabe encuadrarla dentro de ella; bien es verdad que tiene alguna especialidad respecto del grupo general de las obligaciones alternativas tal como las regula nuestro Código civil, pero de ninguna forma desvirtúan su naturaleza, según vamos a ver seguidamente.

Dice, en efecto, el artículo 861, que el heredero está obligado a adquirir la cosa legada para entregarla al legatario, y no siendo posible, dar a éste su justa estimación: o sea, que el heredero debe procurarse la cosa del tercero, y cuando no le sea posible — y aquí no distingue el legislador sobre la clase de imposibilidad, sino que se comprenden todas— deberá entregarle su precio: «plures res in obligatione»: la imposibilidad de prestar la

(24) Cfr., por ej. DÍAZ CRUZ, "Los legados", cit., págs. 167 y ss.

(25) "Successioni testamentarie", en Digesto italiano, vol. XXXI, pág. 237, nota 2.

(26) "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia". París, 1876, página 1184.

(27) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho civil", t. VI, vol. 2.º, 2.ª ed. Madrid, 1910, págs. 1306 y ss.

cosa misma no extingue la obligación: ésta subsiste con un contenido diverso pero no nuevo, porque estaba previsto para ese caso, lo que supone, en una palabra, que se ha producido la concentración, determinándose la prestación que ha de realizar el obligado para llevar a cabo el cumplimiento y quedar liberado.

La especialidad de esta obligación dentro del grupo de las alternativas, está en la forma en que se realiza la concentración, ya que no cabe aquí la que suele ser más frecuente, es decir la elección; hay un orden legal preestablecido que se impone a la voluntad del obligado, y que realiza la concentración de una forma objetiva y necesaria, pero esto no afecta a la esencia de la obligación alternativa, para lo cual lo fundamental radica, y en ello hay acuerdo en la doctrina y en las soluciones del Derecho comparado, en que existen una serie de posibilidades de prestación (28), cualquiera de las cuales puede y debe realizarse para extinguir el vínculo obligatorio, siendo indiferente —salvo, como es natural, para ciertos efectos en orden al cumplimiento en caso de imposibilidad de algunas de ellas— que la concentración se haya realizado por la elección del deudor, del acreedor o de un tercero, o por la imposibilidad de llevar a cabo las restantes (29), uno de cuyos casos es éste del legado de cosa ajena.

Una observación más sobre la concentración en este supuesto del artículo 861 que examinamos: dada la forma en que está redactado, la situación de que se trata (ya que en ella es elemento fundamental la voluntad testamentaria), y las demás circunstancias que concurren en este supuesto, ni la simple indicación, ni aún la notificación en regla del heredero de que se propone adquirir la cosa del tercero, y ni siquiera la efectiva realización de gestiones encaminadas a lograrlo, son suficientes para concretar la obligación sobre la cosa ajena, desplazando definitivamente de ella la justa estimación. Tal cosa no tendrá lugar hasta el instante mismo en que el heredero la haya adquirido, y es a partir de entonces cuando se convierte en deudor de una cosa cierta y determinada, cuyos riesgos soportarán acreedor y deudor, es decir, legatario y heredero, de acuerdo con los principios que rigen esta materia, y que se examinan más adelante.

Por consiguiente, puede resumirse diciendo: que la obligación que genera el legado de cosa ajena a cargo del gravado con él, es una modalidad de las obligaciones alternativas, caracterizada porque el orden de preferencia en cuanto a la prestación que ha de efectuarse en el pago, así como las circunstancias que autorizan la realización de la considerada subsidiaria, vienen preestablecidas en la ley, debiendo ser observados al proceder a su cumplimiento.

La obligación primordial es una obligación de hacer y dar su-

(28) Para utilizar los conceptos de HERNÁNDEZ GIL en "Naturaleza jurídica de la obligación alternativa" en *Rev. Der. Priv.*, 1942, págs. 572 y ss.

(29) S. T. S. de 3 marzo 1943.

cesivamente: es decir, de llevar a cabo una actividad encaminada a la adquisición de la cosa del tercero, utilizando cuantos medios sean necesarios, y otra posterior que tiene por fin entregar al legatario la cosa previamente adquirida. La obligación subsidiaria será una obligación de dar, de entregar una cantidad de dinero —la justa estimación de la cosa legada— a la que deben aplicarse cuantas normas son propias de esta clase de obligaciones.

Esta es, indudablemente, la solución que se impone a la vista del artículo 861, pero no quiere esto decir que se acepte únicamente por esa circunstancia: aparte de que es la que originariamente acogiera el Derecho romano (30), y la adoptada por las Partidas y otros precedentes de nuestro Código civil (31), la abonan una serie de argumentos que contrarrestan los esgrimidos por los partidarios de configurar como facultativa la obligación del heredero.

Así, frente a la afirmación de que con el sistema de la obligación facultativa se evitan las fricciones a que pudiera dar lugar la intromisión del legatario, cabe aducir que para evitar esos posibles roces —que un legatario descontentadizo tiene ocasión de provocar en otros momentos del cumplimiento del legado— se sacrifica la principal finalidad de la manda, que persigue ante todo la entrega al legatario de la cosa ajena; y es que no puede afirmarse, como lo hacen esos autores, que resulte indiferente al testador que la ventaja económica que pretende para el legatario se le proporcione indistintamente con la cosa o con su precio, pues el conocimiento de la ajenidad de la cosa —presupuesto para la validez del legado— no autoriza a pensar tal cosa, sino antes al contrario demuestra que el testador, a sabiendas de las dificultades con que puede tropezarse para la adquisición de la cosa, la lega, lo que indica una voluntad firme de atribuir el beneficio que pretende y precisamente a través de la entrega de la cosa misma; y sólo de una forma secundaria quiere realizarlo mediante el abono de la justa estimación, pues en otro caso, de haberle sido indiferente, se hubiere limitado a disponer un legado de cantidad.

Otro argumento utilizado en pro de la conveniencia de atribuir carácter facultativo a la obligación, es el que de esta forma se aplica el principio de interpretar las disposiciones de la manera más favorable para el obligado por ellas; pero ésto podrá aducirse cuando haya una disposición que admita interpretaciones diversas, y no es bastante razón para ello el que de esta forma se facilite la efectividad del legado, ya que ésto sucedería también con los demás legados, y nuestro Código lo rechaza expresamen-

(30) Inst. Lib. 2, tít. 20, párrafo 4.

(31) Partida 6, Tít 9, Ley 10. Cfr. también GARCÍA GOYENA "Concordancias..." cit, pág. 125.

te al disponer que el heredero debe dar la misma cosa legada pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación (32).

Frente a la consideración de que nada impide al testador ordenar de una manera expresa la realización de unas determinadas gestiones encaminadas a la adquisición de la cosa, la misma disposición testamentaria demuestra que esa es precisamente la voluntad del testador, que al legar una cosa ajena sabe que su heredero ha de llevarlas a cabo como presupuesto imprescindible para el cumplimiento del legado, de donde claramente se aparece que previo y cuenta con estas gestiones. Además, y con mayor motivo, ha de pensarse de que haber querido ahorrarle a su heredero la realización de estas actividades en orden a la adquisición de la cosa legada, estuvo en su mano hacerlo legando la cantidad que estimara conveniente, con lo que el legatario no sufriría, en principio, perjuicio económico y el heredero quedaría exento de esa molesta adquisición; y si pudiendo hacerlo no lo hizo, aparece claramente que no era tal su intención, puesto que nada impedía al testador eximir al heredero de esas gestiones.

Además que, como ya se ha advertido anteriormente, aceptando su naturaleza de obligación facultativa, se produce la necesaria consecuencia de que en caso de perecimiento de la cosa ajena legada, antes de su adquisición por el heredero, éste quedaría —al estar *in obligatione* sólo la cosa ajena— liberado de su obligación, y esto no es posible admitirlo a la vista de lo dispuesto en el artículo 861 del Código, legalidad vigente sobre la materia en el Derecho español.

B) CUMPLIMIENTO NORMAL O PRINCIPAL.

Como consecuencia de lo que se acaba de exponer en orden a la obligación del heredero para el cumplimiento del legado de cosa ajena, queda de manifiesto la necesidad que pesa sobre él de adquirir del tercero la cosa legada a fin de entregarla al legatario (el *redimere et praestare* de que hablan las fuentes romanas), poniendo de su parte en estas gestiones la diligencia exigible en el cumplimiento de toda obligación, y sólo cuando no se dé la posibilidad de realizar la adquisición le estará permitido cumplir el legado mediante la entrega de la justa estimación.

Debe tenerse en cuenta sobre el particular, lo que antes se decía acerca de los efectos del legado de cosa ajena que nos ocupa: que surge de él, a favor del legatario, un derecho de crédito frente al heredero o legatario gravado, cuyo objeto es la entrega de la propiedad y posesión de la cosa legada.

La obligación que recae sobre el heredero es la de adquirir y entregar al legatario, precisamente, esa cosa que ha sido lega-

(32) Cfr. artículo 886, 1.º.

da, y no otra distinta o su valor (33), que sólo está autorizado a entregar en los supuestos de imposibilidad, tal como se expone más adelante al estudiar el cumplimiento subsidiario; debe tenerse presente, además, que en todo lo referente al cumplimiento de esta obligación del heredero, se estará, en cuanto no contradiga su naturaleza específica, a lo dispuesto para tales casos en el Derecho de obligaciones.

Ahora bien, esta obligación del heredero o legatario gravado se desdobra en la necesidad de realizar dos actividades diferentes: la adquisición de la cosa del tercero propietario de ella, y la subsiguiente entrega al beneficiario del legado, salvo la posibilidad de que la adquisición la haga el heredero directamente para el legatario, y sea el tercero el encargado de realizar la entrega, de cuya eficacia, en definitiva, siempre quedará responsable el heredero o legatario, obligado a cumplir.

1) En lo que a la adquisición de la cosa concierne, debe tenerse en cuenta que puede realizarla el heredero por el procedimiento que mejor le parezca, ya que no está facultado el legatario para intervenir en las gestiones que se realicen para adquirirla, pues si bien no es de aplicación el artículo 885 del Código civil, tampoco puede admitirse en este supuesto la solución que da la doctrina para el caso de que un tercero tenga la cosa legada en su poder: autorizar al legatario para que la exija por sí mismo (34), y no es ello posible porque el derecho que le corresponde es el de exigir del heredero la adquisición y entrega de la cosa, o en todo caso su justa estimación, y no la acción real reivindicatoria, sustancial del dominio (35), que es la que autorizaría esa actuación.

Y al no poder inmiscuirse el legatario en la forma de llevar el heredero las gestiones para la adquisición, puede éste hacerlo por los procedimientos que le parezcan aconsejables, desde el momento que se trata de conseguir un resultado —obtener la propiedad de la cosa—, siendo indiferentes los medios de que se valga el obligado para lograrlo; por ello, el heredero llevará a cabo las gestiones directamente con el dueño de la cosa legada sin posible intervención del legatario en este punto, ya que sus facultades no le autorizan a fiscalizar la forma de realizar la gestión del que debe cumplir el legado.

En todo caso, el legatario puede exigir del heredero que cumpla su obligación, que trate de adquirir la cosa del tercero, pues en ello consiste la prestación de hacer que le impone su obligación; desde luego, si el testador fijó un término al heredero para que efectuara la entrega del legado, de no hacerlo así en el

(33) En este sentido el artículo 886, del Código civil, que prevé el caso de imposibilidad, como para el legado de cosa ajena lo hace el artículo 861, 1.º.

(34) DÍAZ CRUZ, "Los legados" cit., pág. 591.

(35) Sentencia del T. S. de 3 febrero 1930.

tiempo prescrito, incurrirá en mora, como determina el artículo 1.100 del Código civil (36). En el caso de que el testador no hiciera indicación alguna sobre este punto, podrá el legatario reclamar en cualquier momento (37) el pago del legado judicialmente, mediante el ejercicio de la acción *ex testamento* (38), acción personal derivada del testamento, que corresponde al legatario frente al heredero o persona gravada con la entrega del legado, que puede ejercitarse dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 1.025 del Código civil.

También puede el legatario intimar al heredero para que realice la adquisición de la cosa, y en el caso de que éste aduzca no serle posible conseguirlo, y pretenda pagar la justa estimación, deberá permitírsele al legatario exigir cuantas pruebas se estimen convenientes para acreditar la realidad de esa afirmación, justificando el hecho de que el propietario de la cosa no está dispuesto a venderla en condiciones tales que obliguen al heredero a realizar su adquisición para cumplir la voluntad testamentaria. En caso de que ésto sea así, y el heredero acredite la imposibilidad de adquirir la cosa, cumplirá entonces entregando al legatario su justa estimación.

Cuando, por el contrario, le sea posible hacer la adquisición, deberá efectuarla realizando las gestiones y gastos que para lograrlo se requieran —siempre, como es natural, que no sean excesivos, pues en este caso, como veremos, no viene obligado a adquirirla— y poniendo la titulación en condiciones de producir una transmisión eficaz, para de esta forma hacer la entrega al legatario y quedar liberado de la obligación que pesaba sobre él.

Las consecuencias del incumplimiento de esta primera fase de su obligación por parte del gravado, están claramente determinadas por el legislador: deberá abonar la justa estimación de la cosa legada; esto es, entrará en juego la forma de cumplimiento subsidiario previsto para tal caso.

Ahora bien, ¿deberá abonar, junto con el precio, alguna cantidad en concepto de indemnización? En este supuesto deben distinguirse dos situaciones diferentes:

Si el incumplimiento de la obligación en su forma principal no le es imputable al heredero o legatario gravado, estaremos en el caso previsto por el artículo 861, y se dará lugar, simplemente, al pago de la justa estimación.

En cambio, si esa imposibilidad de adquisición de la misma cosa legada se debe a negligencia o mala fe del que estaba en la obligación de adquirirla en virtud del mandato testamentario,

(36) Cfr. Sentencia 26 junio 1907.

(37) No hay necesidad de aguardar al término de las operaciones testamentarias para pedir el legado, según dice el T. S. en Sentencia de 7 diciembre 1901.

(38) MANRESA "Comentarios al Código civil español", t. VI, 7.ª ed. revisada por OGAYAR, Madrid, 1951, pág. 801.

además del pago de la justa estimación, que le corresponde como cumplimiento subsidiario previsto, será responsable también de los daños y perjuicios que se causaren a consecuencia de la falta del cumplimiento normal del legado. Y se justifica esta indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido causarse, por una parte, en razón a que, efectivamente, son susceptibles de producirse, y por otra, en que de no hacerse de esta manera equivaldría a dejar al puro arbitrio del obligado la elección de la forma de cumplimiento, y ésto no puede admitirse, según claramente resulta de los términos precisos del artículo 861, que hemos tenido ocasión de examinar con anterioridad.

2) El heredero o legatario encargado de cumplir un legado de cosa ajena, está obligado a «adquirirla para entregarla al legatario».

Acaba de tratarse de lo referente a la adquisición de la cosa del tercero y de las cuestiones que pueden suscitarse en esta primera fase del cumplimiento normal del legado de cosa ajena; conviene ahora hacer una referencia —que ha de ser breve, pues otra cosa no justifica la materia— a la entrega de la cosa ajena al legatario favorecido con ella.

Por supuesto, y antes he tenido ocasión de ponerlo de relieve, que la obligación que nace de este tipo de legado no se agota con la simple adquisición de la cosa, sino que es preciso, además, la posterior entrega al legatario, que sólo de esta forma verá satisfecho el crédito que frente al obligado a cumplir el legado hace surgir a su favor el testamento. Y es más, hasta tal punto es ello importante, que incluso realizada la entrega, si resulta ineficaz por producirse una ulterior evicción, se considerará como no cumplido el legado y habrá de entregársele la justa estimación, como más adelante se verá detalladamente.

En general, y en vista de la naturaleza de la obligación que produce el legado de cosa ajena, en el cumplimiento de la misma, también en esta segunda fase de la entrega propiamente dicha, deberán observarse los principios que regulan el cumplimiento de las obligaciones en general, como sucede en materia de legados cuando faltan en el Código disposiciones concretas sobre ellos.

Por consiguiente, y de acuerdo con el principio de Derecho romano *cum per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum praestandum quod relictum est* (39), recogido en el artículo 886, 1.º, de nuestro Código civil, el heredero debe dar la misma cosa legada pudiendo hacerlo (y es obvio que le es posible en cuanto que ya la tiene en su poder por haberla adquirido del tercero propietario de ella), por lo que no cumple con dar su estimación. Y esto, que es un principio general para toda clase de legados, no se deroga en el supuesto del de cosa ajena, porque el precepto

(39) D. 32. 1. 11, § 17.

del artículo 861, ya hubo ocasión de demostrarlo con anterioridad, sólo permite el cumplimiento por equivalencia cuando no sea posible entregar la misma cosa legada.

Por lo que se refiere a la extensión de su obligación, cabe preguntarse si el heredero o legatario gravado deberá entregar la cosa con sus frutos y rentas pendientes y si, por consiguiente, correrá la cosa legada durante ese período a riesgo del legatario, por lo que será él el que sufra su pérdida o deterioro.

La cuestión es, en resumen, si al legado de cosa ajena le es de aplicación la regla del artículo 882 dictada para el caso de legado de cosa específica y determinada propia del testador (y que impone la transmisión de la propiedad al legatario desde que aquél muere), o el artículo 884, que se refiere al legado genérico o de cantidad (y que, según dispone, sus frutos e intereses desde la muerte del testador sólo corresponderán al legatario cuando aquél lo hubiese dispuesto expresamente).

Por supuesto que no puede afirmarse sin más que al legado de cosa ajena le sea aplicable una u otra de estas soluciones, porque no se trata ni de un legado de cosa determinada propia del testador, ni de un legado de género o cantidad. Se necesitará, por tanto, realizar algunas consideraciones sobre su naturaleza y a la vista de ellas resolver sus consecuencias por lo que a este punto se refiere.

En nuestra Patria, antes de regir el Código, dice Manresa (40), se entendía que los frutos de la cosa genérica o ajena no se debían sino desde el día de la entrega, o desde el día en que el deudor incurriese en mora, entendiéndose que incurría en mora al ser demandado judicialmente, desde el día de la contestación a la demanda.

Hoy aparece más extendida otra solución: la de estimar de aplicación lo preceptuado en el artículo 882, a partir del momento en que la cosa ajena ha sido adquirida por el heredero o legatario obligado a cumplir el legado. La razón de ello está, en el sentir de Manresa, en que si el motivo de no aplicarse a esta clase de legados la regla del artículo 882, es el no constar determinadamente la cosa que se lega, parece que al individualizarse de un modo irrevocable la prestación y existir ya, por tanto, una cosa determinada, siendo el legado puro nace la obligación de entregarla; es decir, que aceptado el legado, y considerando al heredero o persona obligada como un deudor, es aplicable el artículo 1.095: el legatario tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, aunque no adquiriera derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada. Por su parte, Mucius Scaevola (41), partiendo de

(40) Op. cit. VI, pág. 799.

(41) "Código civil comentado y concordado..." cit. tomo XV, página 38 y ss.

la distinción entre el derecho a la propiedad del legado, que establece el artículo 381, y el derecho de propiedad a la cosa legada, que menciona el artículo 882, afirma como indudable que el legatario de cosa ajena, «si ha sido instituido pura y simplemente, adquiere el derecho de propiedad del legado desde que el testador fallece, aunque, según el artículo 882, no adquiere todavía en ese momento el derecho de propiedad de la cosa legada, la cual antes es preciso que se despoje de su condición de ajena y pase, por lo menos, al dominio de la persona gravada con la manda».

Esta me parece la solución adecuada, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación que genera el legado de cosa ajena. Precisamente es a partir del momento en que se ha adquirido la cosa del tercero cuando ha quedado concentrada, valga el término, la prestación concreta que deberá realizarse para cumplir el legado, pues a partir de ese instante —salvo en casos anormales y ya con otro carácter—, no es posible el cumplimiento subsidiario con la entrega de la justa estimación; por ello, el legado se regulará desde ese instante, y en lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento, como los de cosa determinada, pues ya tiene este carácter la ajena y se encuentra en poder del que ha de entregarla para cumplir el legado. Además, y ello es importante también, que si una serie de consideraciones imponen, de acuerdo con la doctrina de los riesgos en el cumplimiento de las obligaciones de dar cosa determinada, que el riesgo de perecimiento de la cosa adquirida por el heredero y aún no entregada al legatario, lo soporte éste (salvo los supuestos de responsabilidad que puedan surgir a cargo de aquél), como expondré más adelante, justo es también que, en correspondencia, de él sean las ventajas que pueda proporcionar en ese período de tiempo. La solución de ambos casos está íntimamente ligada en cuanto son consecuencias que se derivan necesariamente del mismo principio.

Por tanto, podemos decir, con el párrafo 2.º del artículo 882, que la cosa (ajena) legada correrá desde el mismo instante (en que se adquiriera por el obligado al cumplimiento del legado) a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora.

En cuanto a las demás circunstancias de la entrega de la cosa legada, se estará, como antes decía, a los principios del Derecho de obligaciones concernientes al cumplimiento de obligaciones cuya prestación consista en dar una cosa determinada.

C) EL CUMPLIMIENTO SUBSIDIARIO.

Ya hemos tenido ocasión de ver que la obligación que el legado de cosa ajena hace surgir a cargo del heredero gravado con él es, como dice el Código civil en su artículo 861, 1.º, la

de «adquirirla para entregarla al legatario, y no siéndole posible dar a éste su justa estimación»; en otras palabras, que existe una obligación primordial que impone al heredero la adquisición de la cosa legada y su ulterior entrega al legatario, y cuando ello no sea posible, surge una obligación subsidiaria de darle la justa estimación, cumpliendo así el legado que se le ordenó pagar.

1) Algunas cuestiones conviene aclarar para el recto entendimiento de esta obligación subsidiaria prevista por el legislador: en primer lugar, la de concretar en qué supuestos podrá recurrirse a ella para el cumplimiento del legado, es decir la de desentrañar el alcance de ese «no siéndole posible» que recoge el Código, pues sólo con el esclarecimiento previo de tal cuestión podrá determinarse, en cada caso concreto, la necesidad y validez de ese cumplimiento subsidiario, supeditado a la existencia de tal imposibilidad; en segundo lugar, y con referencia a la justa estimación, conviene precisar lo referente a su fijación y el procedimiento que debe utilizarse para ello.

a) Tiene interés concretar el alcance de esa imposibilidad porque no siendo la del heredero una obligación facultativa, no podrá a su elección entregar la cosa o el precio, sino que a esta segunda prestación sólo podrá recurrir cuando le sea imposible la primera, que es el requisito imprescindible para que pueda utilizarse este modo de cumplir que, como queda dicho, es de carácter subsidiario.

No hay duda de que el caso más claro de imposibilidad del heredero de adquirir la cosa es el de negativa a venderla por parte de su titular; como a éste en nada puede afectar la disposición testamentaria que impone al heredero la adquisición de la cosa de su propiedad, cuando por aquél se inician las gestiones encaminadas a ese fin, puede oponerse a su enajenación; este es el supuesto más patente de imposibilidad de adquirir la cosa ajena, y como tal viene previsto en el Derecho romano: *neget-que dominum eam vendere* (42), *quod dominus non vendat* (43). Igualmente se dice en las Partidas que deberá el heredero entregar la cosa *si gela quisiren vender* (44), y más adelante que deberá entregar su precio si el dueño *non la quisiesse vender* (45). En este mismo sentido se manifiesta la totalidad de la doctrina, ya que el claro sentido del principio impone tal unanimidad.

No está, sin embargo, tan claro qué pasará si el propietario de la cosa accede a venderla, pero pretende por ella un precio excesivo, un precio que se estime sobrepase en mucho a su valor real. ¿qué sucederá entonces? ¿Debe extenderse a este su-

(42) Digesto, lib. XXX, tít. único, 71, § 3.

(43) Digesto, lib. XXX, tít. único, 14, § 2.

(44) Partida 6.^a, tít. IX, ley 10.

(45) Partida 6.^a tít. IX, ley 38.

puesto lo establecido para el caso de imposibilidad, y en consecuencia podrá optar el heredero por el pago de la justa estimación?

Realmente aquí no se da una imposibilidad en sentido estricto, sino una excesiva onerosidad para el obligado a cumplir la obligación, por lo que puede presentar duda si le será posible cumplir con la prestación subsidiaria prevista para el caso de imposibilidad, lo que repercutiría en su beneficio, ya que le será menos gravoso en tal caso llevar a cabo esta última.

La solución afirmativa, es decir, la de equiparar al caso de negativa a vender el de exigencia de un precio excesivo, parece lo procedente por su mayor equidad y, además, es la que viene siendo aplicada tradicionalmente: así se establece en el Derecho romano, en que a pesar de la existencia de un texto que puede suscitar duda (46), aparece claramente que se dará esa imposibilidad de entregar la cosa legada, y por ello podrá pagarse con la justa estimación cuando por su propietario se pretenda un precio excesivo: *negetque dominum eam vendere, vel immensum pretium eius rei petere affirmet* (47), también *si redimere non possit, quod dominus non vendat, vel immodico pretio vendat, iustam aestimationem inferat* (48). En el mismo sentido se pronuncian nuestras Partidas, para las que *si por aventura non la pudiera aver por compra* (la cosa ajena) *o le demandassen por ella mayor precio de lo que vale* (49) debe pagarse su justo precio, lo que con mayor claridad aún exponen en otro sitio: «*mas si el heredero dixesse que aquella cosa que ouiesse mandato a otro el testador era ajena, e la tuiesse tan cara aquel cuya fuesse, que la non pudiesse comprar si non por mucho más de lo que valia, o si non la quisiesse vender...*» (50); estos textos tan elocuentes constituyen el antecedente inmediato del artículo 679 del Proyecto de Código civil español de 1851 (51), del que es copia muy aproximada el artículo 861 del Código civil vigente, del que nos estamos ocupando.

No sólo abona esta solución el desarrollo histórico del principio, tal como se acaba de ver, sino algunas consideraciones sobre lo equitativo que resulta acogerle; así, es el sistema más adecuado para mantener la finalidad que en la vida jurídica tiene esta forma de legado, pues como dice Díaz Cruz (52) en este caso «la voluntad testamentaria se proyecta e inclina más hacia

(46) Digesto, lib. XXX, tit. único, 41, § 7: "Constat, etiam res alienas legari posse, utique, si parari possint, etiamsi difficilis earum paratio sit".

(47) Digesto, lib. XXX, tit. único, 71, § 3.

(48) Digesto lib. XXX, tit. único, 14, § 2.

(49) Partida 6.^a, tit. IX, ley 10.

(50) Partida 6.^a, tit. IX, ley 38.

(51) Cfr. GARCÍA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", Madrid, 1852, II, pág. 126.

(52) "Los legados", cit., pág. 166.

el precio o valor de la cosa legada que sobre la cosa misma, ya que el testador sabe perfectamente que si el propietario no quiere vender, el legatario recibirá su justa estimación, y, es más que conocido que los propietarios no siempre quieren desprenderse de sus propiedades». Debe tenerse en cuenta, además, como hace observar Ossorio Morales (53) «que al entender el legislador sustituida la prestación de entregar la cosa por la de abonar su justa estimación, interpreta la voluntad del testador en el sentido de haber querido gravar tan sólo al heredero con el verdadero valor de la cosa legada, y no con una cantidad que puede exceder en mucho de éste, según las pretensiones del dueño».

En este mismo sentido puede aducirse una observación sobre la finalidad perseguida por el testador al hacer la manda, lo que constituye un elemento interpretativo muy digno de ser tenido en cuenta: con el legado de cosa ajena, el testador al instituirlo persigue beneficiar al legatario con la adquisición de una cosa determinada, para lo cual grava a su heredero con la obligación de proporcionársela; es decir, prevé un beneficio para uno a cambio de un gravamen para otro, beneficio y gravamen que serán equivalentes, porque se corresponden mutuamente; ahora bien, si para cumplir el legado el heredero hubiera de adquirir la cosa por un precio notablemente superior a su valor real, el beneficio proporcionado por la entrega de la cosa al legatario seguiría siendo el mismo y, en cambio, habría aumentado el gravamen del heredero, rompiéndose esa equivalencia antes aludida en beneficio de una persona —el tercero titular de la cosa legada— que, debe pensarse, para nada fué tenido en cuenta por el testador como posible beneficiario de su herencia.

Por todo esto, queda patente que debe equipararse el supuesto de exigencia por el dueño de la cosa legada de un precio excesivamente elevado, con el de negativa a venderla, a los efectos de estimar en ambos casos la existencia de imposibilidad de adquirirla, y como consecuencia de ello la entrada en juego del cumplimiento subsidiario, mediante el pago de la justa estimación.

b) Puede darse el caso de que el objeto propio de un tercero del que ha dispuesto el testador perezca antes de que le haya sido entregado al legatario (54), y ante esta posibilidad ha de resolverse acerca de cómo va a repercutir en la situación creada por la apertura de la sucesión; es decir, de qué manera va a

(53) "Manual de sucesión testada", Madrid, 1957, pág. 385.

(54) Como es natural, el percimiento de la cosa una vez en la propiedad del legatario, y salvo los supuestos de saneamiento a que en otro lugar se hace referencia, deberá sufrirse únicamente por él, ya que ninguna duda presenta el que a partir de ese momento, cumplida ya la obligación del heredero, es el legatario titular normal de la cosa, y por lo tanto en él solo repercutirán las diversas alternativas que pueda sufrir la misma.

afectar a esa obligación del heredero que aún está por cumplir. El problema fundamental es el de determinar si en este supuesto se estará ante una imposibilidad de adquirir la cosa legada para entregarla al legatario y, en consecuencia, deberá dársele la justa estimación o, si por el contrario, se produce la ineficacia del legado, quedando el heredero libre de su obligación, sin necesidad de prestar la justa estimación de la cosa perdida.

Para un examen adecuado de la cuestión expuesta, es procedente distinguir los diferentes supuestos que pueden presentarse, ya que ese pericimimiento o pérdida de la cosa es posible que acaezca antes de que el heredero la haya adquirido del tercero, o después de realizada esta adquisición, pero cuando todavía no se le ha entregado al legatario; además, deberá tenerse en cuenta igualmente la conducta del heredero y su posible influencia sobre la pérdida de la cosa, pues ésta es una circunstancia que influirá en su posición respecto al legatario acreedor de esa obligación que debe cumplir.

La disposición que encontramos en el Código civil relativa a la pérdida de la cosa legada y su trascendencia sobre la eficacia del legado, es el artículo 869, según el cual «el legado quedará sin efecto: ... 3.º» Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero». ¿Resulta aplicable este precepto al legado de cosa ajena y, en consecuencia, el pericimimiento de la cosa en estas circunstancias supone la liberación del heredero de su deber de cumplir el legado mediante el pago de la justa estimación, ya que en su forma principal no le es posible?

No cabe duda alguna, y es de interés referirse a este punto, respecto a la justificación de este precepto legal: una vez desaparecido el objeto del legado, se hace materialmente imposible su cumplimiento y, en consecuencia, aquella disposición queda sin efecto. Claro es que esta regla se refiere solamente a los legados de cosa determinada, porque en los casos de legados de género o cantidad el hecho de que desaparezca una porción de ellos no hará imposible el cumplimiento, ya que podrá encontrarse más de la misma aunque sea fuera de la herencia, desde el momento en que el género —como dice el conocido aforismo— nunca perece.

Ahora bien, ¿puede encuadrarse dentro de este número 3.º del artículo 869 el caso de pérdida de la cosa ajena objeto de un legado? En el sentir de Manresa (55), a diferencia de lo que sucede con los supuestos contemplados en los otros dos números de dicho artículo, en éste se comprenden los legados de cosa determinada, sea o no propia del testador, con lo que da a entender que producida la pérdida de la cosa objeto del legado de cosa ajena, éste queda sin efecto, no debiéndose, en consecuen-

(55) "Comentarios al Código civil", cit. VII, pág. 746.

cia, la justa estimación a que hace referencia el Código civil. Partidario también de la aplicación de este precepto al caso que nos ocupa es Díaz Cruz que, después de examinar las distintas posiciones sobre el particular, opta por la solución de estimar liberado de su obligación al heredero gravado (56).

Por mi parte, no creo sea correcto incluir el legado de cosa ajena en el supuesto previsto por el número 3.º del artículo 869; aquí, efectivamente, se trata de un legado de cosa determinada, pero nada en su redacción autoriza a pensar que se refiera también al de cosa determinada propia de un tercero. Como antes decía, la justificación de este precepto se encuentra en el hecho de que una vez desaparecida la cosa objeto del legado, éste no tiene posible cumplimiento; en cambio, tratándose de un legado de cosa ajena, la circunstancia de que no pueda entregarse no produce su ineficacia, sino que dará paso al cumplimiento subsidiario previsto para este supuesto por el propio legislador, que es la entrega de la justa estimación (57); y no hay razón para pensar que esa imposibilidad que produce la necesidad del cumplimiento subsidiario, se refiere únicamente al caso de que el propietario de la cosa se niegue a enajenarla o sólo acceda a ello mediante un precio excesivo. En este mismo sentido se pronuncia Lacruz Berdejo (58), que considera más equitativa esta solución tenida cuenta, además, que la aplicación de la contraria enriquece sin causa al gravado.

Realmente en nuestro Código no se encuentra base suficiente para mantener otra solución, y sólo un desenfoque de la cuestión es lo que lleva a sostenerla; veamos el pensamiento que conduce a Díaz Cruz —que es quien argumenta sobre el tema— a defender la aplicación del mencionado número 3.º del artículo 869 al supuesto de legado de cosa ajena (59); supedita este autor la resolución del problema a la previa calificación de la naturaleza del derecho de crédito que hace surgir este tipo de legado a cargo del heredero, lo que realmente supone un planteamiento correcto de la cuestión; estima que al heredero corresponde una *facultas solutionis ex lege*, por virtud de la cual puede dar cumplimiento a la obligación con la entrega del precio en lugar del mismo objeto debido, y en tal caso es lógico la solución que él propugna, porque es de esencia en estas obligaciones facultativas el existir un solo vínculo obligatorio que se refiere al objeto debido, y si éste desaparece, tal circunstancia llevará consigo la extinción de la obligación, ya que el pago del precio, que aún resulta posible, es una facultad que se concede al deudor para el cumplimiento de la obligación, pero que no

(56) Cfr. op., cit., pág. 168.

(57) Vid. art. 861, 1.º in fine.

(58) Notas al "Derecho de sucesiones", de BINDER, 1953, pág. 333.

(59) Cfr. "Los legados", cit. págs. 167 y ss.

constituía prestación de la misma; es decir, que si *in solutione* están tanto la cosa como el precio, *in obligatione* sólo se encuentra la primera, por lo que si llega a desaparecer, se extingue la obligación.

Pero esto no es así porque, como ya te tenido ocasión de mostrar, la obligación del heredero, en Derecho español, no es una obligación facultativa, por lo que no cabe admitir la anterior argumentación, que se explica por la influencia de la doctrina italiana que mantiene, muy justificadamente, ese punto de vista de acuerdo con la redacción de los artículos 837 del Código de 1865 y 651 del vigente en aquel país. El mismo Díaz Cruz muestra lo acertada de esta suposición cuando manifiesta (60) que sigue en la materia la doctrina de Scuto que, sin más, pretende aplicar a nuestro Derecho.

Puede aducirse también, en apoyo de la no aplicación del artículo 869, número 3.º, al legado de cosa ajena, además de que otra cosa produciría un enriquecimiento sin causa al heredero gravado (61), que no existe motivo que autorice a distinguir el caso de imposibilidad subjetiva —es decir, derivada de la oposición del dueño de la cosa—, del de imposibilidad objetiva —cuando se produce como consecuencia de la pérdida de la cosa legada— como determinante de la necesidad de dar la justa estimación, pues en el Código no se hace referencia a tal distinción, ni resulta justificado un trato diverso para ambos supuestos; que, en definitiva, tanto uno como otro producen una misma consecuencia por lo que al interés del legatario respecta: la falta de cumplimiento del legado tal como se había previsto por el testador y, en su virtud, la necesidad de que se lleve a cabo el cumplimiento subsidiario establecido por el legislador interpretando la voluntad del que hizo el legado, y que consiste precisamente en la entrega de la justa estimación. Y es que no puede olvidarse que este legado no persigue de un modo exclusivo la entrega de una cosa, sino la atribución de un valor al favorecido con él, y ésto tanto se puede lograr —desde luego, guardando el orden de preferencia marcado por el legislador, que es el que mejor se conforma a la voluntad del testador—, por medio de la entrega de la cosa, como mediante el pago de su justa estimación.

Justo es también que se haga aplicación a este punto de lo que se observa antes con respecto a la finalidad perseguida por el testador al hacer la manda: decía allí que con esta clase de legados se pretende un beneficio para el legatario (representada esta ventaja por la entrega de una cosa determinada o, en su caso, la justa estimación de la misma), para lo cual grava al encargado de cumplirlo con la obligación de proporcionársela; es

(60) Op. y loc., cit.

(61) Es el argumento de LACRUZ BERDEJO expuesto en la obra y lugar citados.

decir, prevé un beneficio para uno, a cambio de un gravamen para otro, beneficio y gravamen que serán equivalentes, porque se corresponden mutuamente. Y lo mismo que decía entonces que no resultaba procedente obligar al gravado a que adquiriera la cosa por un precio sensiblemente superior al justo porque se rompía esa aludida equivalencia, en el supuesto que contemplamos ahora resultaría injustificado liberar al gravado, desde el momento en que no entregaría nada, como nada recibiría el legatario: tendríamos perjudicado al presunto beneficiado, y beneficiado al perjudicado por el gravamen, y de aquí una desproporción aún mayor que en el otro caso cuya situación rechazábamos. En cambio, considerándolo obligado a pagar la justa estimación, reaparece ese equilibrio entre gravamen para uno y beneficio para otro, que es precisamente lo que se proponía el testador al instituir el legado.

Además, es de tener en cuenta, que por referirse sin lugar a dudas los otros dos números del artículo 869 a legados de cosas determinadas propias del testador (62), y no aparecer del tenor del número 3.º indicio alguno que exprese diferente alcance en este supuesto, no hay por qué extenderlo al legado de cosa ajena, máxime teniendo en cuenta que tal extensión contraría el significado y función que a esta figura atribuye el Código civil.

Por todo ésto, si la cosa objeto de un legado hecho por el que no es su titular, perece antes de haber sido adquirida por el heredero, éste vendrá obligado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 861, a dar al legatario su justa estimación.

Lo que se acaba de exponer hace referencia al perecimiento de la cosa legada antes de su adquisición por el heredero gravado, pero puede darse el supuesto de que la cosa parezca después de adquirida por el heredero y antes de que por éste se haya entregado al legatario, pues a partir de este momento de la entrega ya no habría cuestión por haberse extinguido la obligación que surgió a consecuencia de la disposición testamentaria.

¿Cómo repercutirá en el cumplimiento del legado la pérdida de la cosa ocurrida después de su adquisición por el heredero? ¿Estaremos ante un nuevo supuesto de imposibilidad de cumplimiento del legado en su forma primordial, y deberá el heredero realizar el cumplimiento subsidiario entregando la justa estimación? ¿Por el contrario, quedará liberado el heredero que ya había realizado los desembolsos precisos para adquirir del tercero la cosa legada?

La situación que provoca el perecimiento de la cosa en esas circunstancias, es la siguiente: si se estima que el heredero queda libre porque ha realizado las actividades y gastos encaminados a la adquisición de la cosa que, después, no puede entregar por-

(62) Y esto lo reconoce el mismo MANRESA en la obra y sitio citados.

que ha perecido, el interés del legatario no queda satisfecho, por que no sólo deja de percibir la cosa legada, sino que tampoco recibe la prestación subsidiaria de la justa estimación; si, por el contrario, pese a la destrucción de la cosa, el heredero viene obligado a satisfacer al legatario la justa estimación, su gravamen se habrá duplicado con notable perjuicio para sus intereses.

Forzando el sentido de las palabras utilizadas por el artículo 861 al establecer la obligación subsidiaria, parece que la imposibilidad que impone el pago de la justa estimación se refiere tanto a la de adquirir como a la de entregar la cosa al legatario, y de ello podría deducirse que deberá entregar la justa estimación no sólo en el caso de que no pueda adquirirla, sino también en el de que no pueda entregarla, por lo que si una vez adquirida del tercero perece y no le es posible realizar su entrega, deberá pagar la justa estimación.

Pero no puede admitirse interpretación tan forzada: 1.º porque la misma redacción del artículo 861 no la autoriza, ya que la expresión «no siéndole posible» hace referencia a la obligación que tiene el heredero de «adquirirla para entregarla al legatario», y de haber pretendido que fuera de otra manera, hubiera dicho «adquirirla y entregarla al legatario», lo que ya hubiese justificado algo tal interpretación, al surgir la duda de si la imposibilidad se referiría tanto a la adquisición como a la entrega; pero tal como se encuentra redactado ahora, la imposibilidad está referida a la adquisición para la entrega. 2.º Porque los antecedentes legales de este precepto no dejan lugar a dudas: así el artículo 679 del Proyecto de Código civil de 1851, dice al respecto que «el heredero está obligado a comprarla y entregarla al legatario: no siéndole posible comprarla cumplirá entregando la justa estimación». Esto mismo dice la Ley 10, tit. IX, partida 6.ª: «e si por aventura non la puidiere auer por compra, o le demandasse por ella mayor previo de lo que vale: entonces el heredero deuele dar...», así como el directo antecedente de estos dos textos (63) en la Instituta, libro II, tit. XX, § 4.

¿Quiere decirse entonces que el perecimiento de la cosa en poder del heredero libera a éste de su obligación de cumplir el legado? En principio así es, pero siempre que no haya intervenido culpa de su parte, y no estuviese constituido en mora.

Para llegar a esta conclusión —que es la indudable consecuencia del planteamiento correcto del problema— basta con examinar la situación jurídica respectiva de heredero y legatario en el momento de producirse la pérdida de la cosa, y aplicar las reglas procedentes. Veamos brevemente la argumentación:

El heredero, que en cumplimiento del mandato del testador ha adquirido la cosa del tercero propietario de ella, está obligado aún —para cumplir por completo lo que a él incumbe en la rea-

(63) Cfr. GARCÍA GOYENA, op. cit. II, pág. 125.

lización del legado— a entregar la cosa al legatario, es decir, es deudor de una prestación de dar, cuyo objeto es la cosa legada que él ya adquirió; por ello su relación con el legatario es la del deudor frente a su acreedor de una cosa determinada y, en consecuencia, la regla que debe aplicarse al supuesto de pérdida de la cosa legada es la que rige la atribución de los riesgos en las obligaciones de dar cosas determinadas.

Según ésto, el heredero quedará excluido de toda responsabilidad si perece la cosa en su poder por caso fortuito o fuerza mayor (64); en cambio, si responderá —y no sólo con la entrega de la justa estimación, sino indemnizando los posibles daños y perjuicios causados—, cuando la cosa perezca por su culpa o estuviera en ese momento constituido en mora (65); es decir, que aplicando los principios del Derecho de obligaciones sobre la materia, quedarán reguladas las distintas cuestiones que pueden plantearse por perecimiento de la cosa legada en esta segunda fase final del cumplimiento del legado de cosa ajena. Resulta esto igualmente de los principios más arriba expuestos sobre las características de la entrega de la cosa ajena una vez adquirida, con aplicación de los riesgos del artículo 882, a partir del momento en que la cosa se ha adquirido por el obligado a prestarla.

2) En cuanto a la estimación del valor de la cosa legada, según el precepto del Código que regula el legado de cosa ajena, cuando no le sea posible al heredero adquirirla para proceder a su entrega al legatario, deberá dar a éste la justa estimación. Es decir, que en los supuestos en que proceda el cumplimiento subsidiario de este legado, habrá de realizarse mediante la entrega del justiprecio de la cosa legada.

Realmente no corresponde tratar aquí de la determinación de la cuantía del pago que haya de hacerse en estos casos, esto es de la justa estimación, porque es simplemente una cuestión de hecho que debe resolverse en la forma que resulte adecuada para cada supuesto concreto en que pueda plantearse. Además, no sólo en el artículo 861 hace el Código referencia expresa a ese concepto, ya que en el 863 se utilizan los mismos términos de «justa estimación», en el 886 se habla de estimación, en otros (por ejemplo, el 821) se emplea el término valor, y en todos estos casos la resolución debe ser la misma, es decir la que impongan las circunstancias concretas de cada caso, de acuerdo con principios de justicia.

No hay duda de que en todos estos casos, y es lo único de interés que puede aducirse sobre el tema, las expresiones utilizadas no tienen otro alcance, aunque muy expresivo e importante, que el de limitar la suma que por uno u otro concepto haya de entregarse. Es decir que, a mi entender, el legislador

(64) Artículo 1.105 C. c.

(65) Artículo 1.101 C. c.

ha querido poner de manifiesto que la cantidad es únicamente la expresiva del valor de la cosa, sin que pueda engrosarse por suma otra alguna que suponga indemnización complementaria, que en caso de proceder deberá ser fijada, como ocurrirá en los supuestos antes examinados, por los procedimientos habituales en Derecho.

Y estos mismos procedimientos habituales serán los procedentes para la fijación de la cantidad que haya de entregarse en concepto de prestación subsidiaria, y el mismo Código señala el camino no refiriéndose de una forma concreta al valor o precio, sino a «la justa estimación» que se determinará, repito, como cuestión de hecho que es, por los medios ordinarios y pertinentes para ello.

IV.—EL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN EN EL LEGADO DE COSA AJENA

A) Punto de interés, y muy controvertido en la doctrina, es el de la posible responsabilidad por evicción, que puede corresponder al heredero o legatario gravado con un legado de cosa ajena, si después de adquirida ésta y efectuada la entrega al legatario se le priva de todo o parte de ella por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la entrega (66).

Las reglas que el Código civil establece para el supuesto de la evicción en los legados son las siguientes: el artículo 860, según el cual «el obligado a la entrega del legado responderá en caso de evicción, si la cosa fuere indeterminada y se señalase sólo por género o especie», disposición que se reitera al final del número 3.º del artículo 869, por el que el legado quedará sin efecto: «3.º Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado a pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el artículo 860».

Estas son las disposiciones que contiene el Código en materia de evicción en los legados; y tales disposiciones, dice Osorio Morales (67), tienen carácter de excepción, ya que conforme al principio general de que en las transmisiones a título lucrativo el transmitente no responde del saneamiento (vid. art. 638), tampoco existe semejante obligación de garantía en los legados.

Son, pues, dos principios que sobre la materia deben aplicarse en el Derecho español: uno, para el caso que debe considerarse general y más frecuente y al que se aplica la que también puede considerarse como regla general sobre este punto, y otro, con carácter de excepción, para cuando se trate de legados que ten

(66) Este es el sentido de la evicción cuando se aplica a los legados, según resulta de la confrontación de los artículos 860 y 1.475 del Código civil.

(67) "Manual de sucesión testada", cit., pág. 361.

gan por objeto cosas indeterminadas que se señalen por su género o especie.

a) En el supuesto de legarse una cosa determinada propia del testador, no existe obligación de responder por parte del heredero o legatario gravado si llega el caso de evicción. Se justifica ésto, porque tratándose de una cosa determinada a la que se designa por sus caracteres distintivos o diferenciales, por lo que no cabe confundirla con otra, «el legatario que ha de obtenerla queda ya entonces en relación directa para con el testador; éste figura en ese caso como donante y aquél como donatario, siendo sólo el obligado a la entrega de la manda un intermediario cuya misión resultará cumplida con el traspaso material o simbólico, según los casos, de la cosa legada. Natural y justo es, por tanto, cuando eso suceda, que a dicha persona obligada no se le exijan responsabilidades o indemnizaciones que no pueden en perfecta lógica jurídica imputársele» (68).

b) En el supuesto de que la cosa legada sea indeterminada y se le señale por el género o especie sí estará, en cambio, obligado de evicción el heredero o legatario que deba cumplir. La razón de ello, el motivo de esta excepción que establece el artículo 860, es obvio, «ya que en esta clase de legados corresponde al heredero (o legatario gravado con el legado), la elección de la cosa a entregar entre las del género o especie de que se trate (art. 875, § 3.º), y, por consiguiente, si no resultara vinculado por la obligación de sanear en caso de evicción, quedaría a su arbitrio hacer ineficaz el legado entregando cosa que no fuese del testador» (69).

Estas son, pues, las reglas que sobre la materia se contienen en el Código civil, y la justificación respectiva de las mismas, cuya consideración será elemento interpretativo importante para desentrañar la cuestión que nos ocupa, porque efectivamente se presenta, desde el momento en que no aparece clara cuál deba ser la disposición a aplicar en el caso del legado de cosa ajena.

Y no lo es, porque no resulta admisible la inclusión de la evicción del legado de cosa ajena en ninguno de los dos grupos a que se refieren las reglas antedichas: en el primero, porque tratándose de un legado de cosa determinada propia del testador, el supuesto es fundamentalmente distinto no siendo, por otra parte, de aplicación las razones con que, según hemos visto, se justifica la exención de ese deber, precisamente por esa circunstancia; y en cuanto al segundo, porque también, a más de ser diferente el supuesto, es improcedente la justificación en virtud de la cual se le obliga a responder por evicción, desde el momento en que el heredero o legatario gravado con un legado de cosa ajena no puede elegir la cosa con cuya entrega va a cumplirlo, y

(68) "MUCIUS SCAEVOLA". Comentarios, cit., pág. 194.

(69) OSSORIO MORALES, op. cit., pág. 361.

ni siquiera es posible que decida entre hacerlo entregando la cosa legada o bien dando su justa estimación pues, como hemos tenido ocasión de ver, su regulación en nuestro Código no deja dudas sobre este particular.

B) Frente a la situación que provoca esta circunstancia, la doctrina se ha ocupado del tema tratando de encontrar, en ausencia de disposiciones legales directamente aplicables, una solución adecuada para cuando se presente el problema en la vida jurídica; y se han defendido como posiciones más importantes, las que a continuación se exponen, agrupadas en torno a las dos tendencias que pretenden rechazar o admitir la necesidad del saneamiento por evicción en el legado de cosa ajena, así como otras intermedias que tratan de armonizar una y otra solución, aunque, en definitiva, no caben soluciones de compromiso y no hay más alternativa que admitir o rechazar esta obligación del que deba cumplir el legado.

1. Se rechaza la evicción en este supuesto en base, entre otras, a estas principales razones:

a) Fundándose en que por tratarse, en definitiva, de un legado de cosa específica, no debe el obligado a su entrega responder de evicción (70). Frente a esta alegación cabe argumentar, como lo hacía más atrás, que el supuesto está lejos de ser el mismo: se da la fundamental diferencia de que la cosa no pertenece a la herencia del testador, y esta circunstancia anula la justificación en virtud de la cual se exime al heredero de responder de la evicción. No hay necesidad de insistir sobre este punto, porque a lo largo de toda la exposición que se viene haciendo, se han puesto suficientemente de relieve las importantísimas diferencias que separan del cumplimiento de un legado de cosa determinada propia del testador, el que tiene por objeto entregar una cosa perteneciente a un tercero ajeno a la herencia. Y si no se da esta identidad de situación, no podrán admitirse tampoco las consecuencias que de ella pretenden derivarse.

b) Estimando que el legatario no puede pretender la garantía por evicción del obligado al pago, porque tratándose de una adquisición a título gratuito como en la donación, y no existiendo en ésta semejante responsabilidad a cargo del donante, tampoco debe imponérsele al gravado con un legado de cosa ajena (71). Es igualmente inadmisibles esta pretendida equiparación y, por ello, la consecuencia que se obtiene; y es así porque, como dice Scuto (72) mientras quien dona lo hace espontáneamente, el gravado con un legado de cosa ajena lo hace, en cambio, porque está obligado a dar; y si se produce la evicción, en el primer

(70) TRAVIESAS, "Legados", en la Rev. Der. Priv., cit., pág. 113.

(71) MAYER, "Vermächtnisse", pág. 899, núm. 1, cit. por Scuto, op. cit. página 44.

(72) Op., cit., 45.

caso, no se podrá decir que el donante ha hecho menos que lo que debía, porque habría podido no dar nada; en el segundo caso, hay una previa relación obligatoria que vincula al gravado, por lo que cabe hablar de inexactitud o culpa en el cumplimiento. La enajenación hecha por el donante es un acto totalmente gratuito en cuanto falta en el donatario un derecho a exigir la cosa donada; el legatario, en cambio, si bien no tenía ningún derecho frente al testador, ni da al gravado contraprestación alguna por lo que se recibió —y en este sentido su adquisición puede calificarse de gratuita—, no es menos cierto que tiene, en base al legado, un derecho de crédito frente al obligado a cumplirlo; y considerada desde este punto de vista, la situación del gravado más que a la del donante podría, en todo caso y a estos efectos, equipararse a la del vendedor. Y el vendedor ya sabemos que responde del sancamiento por evicción.

c) En base a que desde el momento en que el legatario acepta la entrega de la cosa, presupone que ha estudiado y analizado debidamente el derecho que se le transmite, por lo que no puede llamarse a engaño por parte del heredero; y también, de que cuando se otorga la escritura pública de traspaso a favor del legatario, si se trata de cosa inmueble, es manifiesto que el vendedor tiene, por lo menos, una apariencia de propiedad en la cosa que vende, ya que si no resulta inconcebible el otorgamiento de la escritura de venta (73).

Pero estas afirmaciones no tienen valor alguno, desde el momento en que sólo pueden hacerse olvidando por completo la esencia de la evicción. Pretender que pueda excluirse el saneamiento por evicción, suponiendo que al adquirir el derecho que se le transmite lo ha estudiado y analizado debidamente y por eso acepta, es tanto como dejar sin efecto esta institución, que sobre esas premisas no iba a poder aplicarse. Para que fuera posible afirmar tal cosa, tendría que hacerse preceder esta afir-

(73) DÍAZ CRUZ, "Los legados", cit., pág. 170. Añade, igualmente en apoyo de su tesis negativa, que "el propio heredero puede, si los obstáculos que observa en la titulación hacen riesgosa la compra, darle al legatario la justa estimación del bien"; realmente sólo podrá hacer ésto si está en ello de acuerdo el legatario, porque la entrega de la justa estimación entra en juego únicamente cuando no sea posible la adquisición de la cosa misma; lo que sí podrá hacer el heredero es advertir al legatario de esa circunstancia y en el caso de que éste insista en recibir la cosa en tales condiciones, excluir expresamente la responsabilidad por evicción, quedando así a salvo de los posibles peligros a tiempo advertidos y conscientemente asumidos por el legatario. Y en cuanto a que "los artículos 860 y 869 del Código civil nos dan a entender que la evicción sólo se produce cuando la cosa legada fuera indeterminada", no es totalmente cierto; en ellos, lo hemos visto, se limita el legislador a imponer la evicción en el supuesto de legados de cosa indeterminada que se señale por su género o especie, a la que es distinto el caso del legado de cosa ajena, como también lo es al del legado de cosa determinada propia del testador, que es precisamente en el que debe estimarse excluida la evicción.

mación de una serie de argumentos en contra, que demostraran la improcedencia de esta garantía no ya en el ámbito de los legados, sino en otros puntos más, y sobre todo en la regulación de la compraventa, lo cual encierra bastante gravedad; es más, ya no podría hablarse de evicción, así es que no sería su ausencia característica del legado de cosa ajena, sino reflejo de una situación más general. Y además, habría que apuntarla, partiendo de esta base, como solución de *iure condendo*, porque debe reconocerse que las normas del Código civil sobre la materia son para ello un obstáculo de considerable importancia.

d) También se rechaza la obligación de saneamiento por evicción a cargo del heredero o legatario gravado, pero sin que ello suponga privar al legatario del beneficio que por tal concepto se le atribuiría, puesto que le concede el derecho de reclamarlo frente el tercero dueño de la cosa legada, es decir, al que se la vendió al heredero (74).

Pero esta variante de las teorías expuestas, especie de criterio de transición entre las que admiten y las que rechazan la evicción en esta figura de legado (ya que puede encuadrarse en uno u otro grupo, según que se contemple como punto de referencia la situación del legatario o la del heredero) no es tampoco admisible, por una sencilla razón: porque como tal evicción, no es posible hacerla servir de base para reclamarla del tercero vendedor de la cosa, desde el momento en que entre éste y el legatario no hay relación que justifique el nacimiento de esa obligación de garantía; uno y otro no se han relacionado directamente, sino que cada uno lo ha hecho con el heredero o legatario encargado de cumplir la disposición testamentaria, por lo que sólo con éste pueden surgir a favor o en contra de cada uno de ellos relaciones de esta clase. La regulación de la materia en nuestro Código civil no deja lugar a dudas sobre el particular, y el Tribunal Supremo lo ha entendido así (75).

e) Semejante en cierto modo a la que se acaba de exponer, es la posición de los que consideran que, tratándose de un legado de cosa ajena, el gravado con él sólo puede quedar libre de responsabilidad en caso de evicción si, desconociendo el peligro de que se produzca, ha puesto la debida diligencia en la adquisición del objeto determinado y cede al legatario las acciones que le asisten contra el vendedor, pues en otro caso es claro que debió adquirir la cosa de sus verdaderos titulares (76).

(74) VITALI, "Delle successione testamentarie e legittime", 1916, II, página 744.

(75) Cfr. Sentencia de 26 de diciembre 1896. Lo admite, en cambio, en Sentencia de 27 enero 1897, si el segundo vendedor hubiere cedido expresamente al segundo comprador su derecho a exigir el saneamiento contra el vendedor primitivo.

(76) LACRUZ, en las notas al "Derecho de sucesiones", de BINDER, cit., página 333.

Es decir, que se condiciona la exención de responsabilidad por esta causa a una doble circunstancia: de una parte, el desconocimiento del peligro de evicción, habiendo actuado con la debida diligencia, a lo que ya antes se ha hecho referencia, y de otro, la cesión al legatario de las acciones que le competan contra el vendedor; pero, ¿es suficiente con esto para que desaparezca la obligación de garantizar? ¿Cumple su deber de responder por evicción cediendo al legatario las acciones que le asistan contra el vendedor? Creo que no, y ello por la razón de que no es precisamente ese mecanismo a través de la cual se actualiza el contenido del saneamiento en el supuesto de evicción.

2. Además de estos casos que acabamos de ver, en los que no se atribuye la garantía por evicción al legatario frente al vendedor de la cosa, o se condiciona su ejercicio frente al heredero o legatario gravado, por otro sector de la doctrina se reconoce este derecho al legatario y la correspondiente obligación al heredero o legatario que haya entregado la cosa, fundándose en diversas consideraciones:

a) La generalidad de los juristas medievales admitían una responsabilidad del heredero frente al legatario en este caso, si bien se discutía por algunos la cuestión de si se trataba de una verdadera responsabilidad por evicción, análoga a la responsabilidad a cargo de un vendedor —si *heres tenetur erga legatarium de evictione*—, o bien debe reconocerse que existe una responsabilidad diferente —*non debetur propria evictio, sed resolvitur ipso iure legatum in valorem et aestimationem rei*—, es decir, equiparando la privación de la cosa en estas circunstancias a la imposibilidad de prestarla, dando lugar así a la necesidad del cumplimiento subsidiario (77).

b) Se reconoce también la responsabilidad del heredero frente al legatario en base a la falta de un exacto cumplimiento de su obligación, porque de haberse realizado correctamente, esto es, si hubiere hecho adquirir la cosa al legatario, la evicción no habría sido posible. Para que la obligación del gravado con un legado de cosa ajena se tenga por cumplida, es preciso que adquiera bien la cosa, es decir, que la adquiera del legítimo propietario y en base a un negocio válido; entregando la cosa así adquirida al legatario, la hará adquirir por este último, y la posibilidad de la evicción quedará excluida: si la evicción tiene lugar, debe reconocerse que el gravado no ha cumplido exactamente, y por ello será responsable (78).

(77) En el primer sentido, MENOCCIO, "De praesumptionibus", lib. 4, praes. 118, nota 10; y en el segundo, GÓMEZ, "Resolutiones iuris civilis", II, cap. 2, número 36, ambos citados por Scuto, op., cit., pág. 44.

(78) Scuto, "Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore..." cit., págs. 45 y ss. Considera que puede estimarse éste como uno de los casos en los que el cumplimiento de una obligación implica la transferencia de la cosa pagada a la propiedad del acreedor, y este último sufra posteriormente

C) Creo que, de una forma general, ésta debe considerarse, junto con otras que más adelante expondré, una importante razón para justificar la exigencia de responsabilidad por evicción al heredero o legatario que entregó la cosa ajena; y es que no hay duda sobre el hecho de que la entrega al legatario, que ha de seguir a la adquisición de la cosa del tercero, ha de ser una entrega efectiva; no se cumple con entregar la posesión, sino que es necesario atribuir la propiedad definitiva de la cosa, y si así no se hiciera —y claro es que no se ha hecho si con posterioridad se produce la evicción— no podrá considerarse cumplida la obligación que del testamento, y frente al legatario, se deriva para él que ha de cumplir el legado de cosa ajena.

Pero es que esto no es suficiente: es necesario, además, establecer una reglamentación de la materia con el fin de que tratando de anar los intereses en pugna cuando la situación se dé, encaje en los preceptos de nuestro Derecho positivo, haciendo exigible esa responsabilidad del heredero que tantas razones importantes justifican.

Ante todo, son necesarias algunas consideraciones previas con el fin de establecer el tipo de responsabilidad que pueda surgir por evicción en el legado de cosa ajena.

De ella, y aún en un sentido amplio, no puede hablarse sino a partir del momento en que el heredero ha adquirido la cosa del tercero, e incluso a partir de este momento son posibles dos situaciones distintas:

1.^a Que suceda antes de que el heredero haya entregado la cosa objeto del legado al beneficiario del mismo.

En tal caso, la privación de la cosa que sufra el heredero para nada afecta al legatario: se le deberá la justa estimación, ya que al heredero o legatario gravado no le es posible el *redimere et praestare* a que viene obligado. Queda a salvo, naturalmente, la posibilidad de que el heredero o legatario que adquirió la cosa accione de evicción al vendedor de la misma.

2.^a Que se dé la privación una vez que el heredero entregó la cosa ajena al legatario.

Este es el verdadero supuesto de evicción que aquí nos interesa contemplar, y para la mejor solución de los problemas que plantea creo convenientes las siguientes consideraciones, que irán desentrañando la cuestión y ayudando a encontrar las soluciones parciales precisas para la conclusión de conjunto que es necesaria.

Debe tenerse en cuenta que en este caso de la evicción en el legado de cosa ajena, y frente al supuesto de evicción en la compraventa —y en los demás supuestos en que se da esta garantía— que tienen como elementos personales el comprador, el vendedor y el tercero evincente, aquí en la privación de la cosa ajena le-

la evicción, es justo que se responda de ello al amparo del artículo 1.240 del Código civil italiano de 1865.

gada una vez que se entregó al legatario, son cuatro las personas que aparecen: el legatario, el heredero o legatario que cumplió el legado, el tercero vendedor de la cosa y el tercero evincente.

Debe tenerse en cuenta que estos dos «terceros» han de ser diferentes personas: no cabe que el vendedor de la cosa legada la reivindique con posterioridad a la entrega al legatario, si no es por algún defecto de la transmisión que le hiciera el heredero o incumplimiento por éste de sus obligaciones de comprador que pudieran dar lugar a ese resultado, y en tal caso es claro que el obligado a pagar el legado será responsable ante el legatario por incumplimiento de la obligación que la disposición testamentaria pone a su cargo.

Para que entre en juego la evicción (con las peculiaridades propias de este caso) es, pues, precisa la concurrencia de cuatro personas; y este número, que es superior al que en los supuestos normales constituye el elemento personal de esta garantía, ¿qué trascendencia tiene? A mi entender provoca una especial situación que se desdobra de la forma siguiente:

Haciendo surgir, por una parte, la natural obligación de sanear a cargo del tercero que vendió la cosa al heredero, respondiendo ante éste de los perjuicios que se le ocasionen por la privación de la cosa en virtud de sentencia firme.

En cambio, no es aquí posible hablar de una obligación de garantía por evicción a cargo de ese mismo tercero frente al legatario al que se entregó la cosa, por la razón de que ninguna relación directa se ha dado entre ellos que pueda servir de base para la exigencia de esa obligación.

Pero si ello no es posible, sí debe serlo el que ese legatario se dirija contra el heredero para que éste le compense de la pérdida de la cosa entregada por él, y entonces cabe preguntarse, ¿en virtud de evicción? Creo que sí, porque no se advierte inconveniente alguno que impida hablar de ello aquí también, desde el momento en que la compensación se debe al legatario a causa de habersele privado, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la entrega, de todo o parte de la cosa legada, que es precisamente el supuesto en que entra en juego la exigencia del saneamiento por evicción, si es que corresponde en este caso concreto.

Presentadas así las cosas, veamos cómo, efectivamente, procede la garantía por evicción del heredero o legatario gravado con un legado de cosa ajena frente al legatario beneficiario del mismo, una vez que a éste se le despoje, después de la entrega, de la cosa legada; y ello por las siguientes razones:

1.º) Porque no puede considerarse cumplido el legado si se produce esta privación de la cosa, toda vez que ello será muestra de no haberse realizado una eficaz transmisión de la cosa misma, que es a lo que el legatario tiene derecho, puesto que tal era

el mandato testamentario y el contenido del crédito que del mismo nace a su favor. Y el derecho al saneamiento por evicción remediaría, además, la situación del legatario al que esto le sucediere, que sin este reconocimiento no encontraría medio adecuado para obtener la ventaja que el legado debe suponer para él, por lo que se impone una solución que le satisfaga ese interés que de otra forma no tendría medio eficaz de actuarse; en cambio, este procedimiento pone en sus manos esa posibilidad, sin que, como ahora veremos, cause tal solución perjuicio a otro cualquiera.

2.º) Considerado desde otro punto de vista, porque si bien puede estimarse que el heredero no es por completo responsable de que la transmisión no resulte plenamente eficaz, desde el momento en que debió adquirir precisamente aquella cosa y no otra —pues sólo la situación contraria, como pone de relieve el profesor Ossorio Morales (79), es la que lleva a imponer el saneamiento en el supuesto del legado de cosas indeterminadas que se señalan únicamente por género o especie, según dispone el artículo 860 del Código civil—, también es de tener en cuenta que de no exigírsele que responda de la privación, el legatario, como acabamos de apuntar, quedaría totalmente desprovisto de medios para obtener la compensación correspondiente; en cambio, el heredero que se vea obligado a responderle de la evicción, llegado este caso, sí tendrá a su alcance un procedimiento eficaz para resarcirse de la cantidad que por tal concepto le entregara: la misma suma que en virtud también de saneamiento por evicción le corresponde por su carácter de comprador frente al que le vendiera, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.475 del Código civil.

En este punto puede surgir una duda que parece poner en peligro la argumentación. Es la que se deriva de una determinada interpretación de los términos de este artículo 1.475, a cuyo amparo se establece la evicción en el supuesto del heredero que ha cumplido un legado de cosa ajena, frente al tercero que se la vendiera; porque dice, en efecto, ese artículo del Código civil que «tendrá la evicción cuando se prive al comprador... de todo o parte de la cosa comprada», y en el caso que nos ocupamos no es el heredero (comprador) el que se ve privado de la cosa; ¿no será éste un obstáculo para admitir la garantía por evicción en tales casos?

No, no es un obstáculo para la equitativa solución que propongo, preferible a todas luces a ésta que, de pararse ante ese pretendido obstáculo, llevaría al enriquecimiento injusto del tercero vendedor de la cosa. Y no es tal obstáculo, porque la aplicación del sistema que vengo exponiendo hace desaparecer esa situación desde el momento en que si llega la evicción, el heredero

(79) "Manual de sucesión testada", cit., pág. 361.

comprador será también despojado. Tal cosa se debe a que este heredero no va a ser ajeno, ni mucho menos, al procedimiento que puede terminar con la privación de la cosa al legatario, y ello porque al estar obligado hacia él al saneamiento por evicción, que sólo deberá en el supuesto de que iniciado este procedimiento el legatario tenedor de la cosa solicite le sea notificada esa circunstancia, según preceptúa el artículo 1.481, podrá personarse también; y si lo hace, adquiere, según Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1920, el carácter de code mandado, con los derechos y obligaciones inherentes a tal carácter; ésto, a mi entender, lo legitima a su vez, como perjudicado por la posible evicción, para que tome las medidas que le corresponderían de haber sido demandado directamente, y entre ellas la principal de solicitar que se notifique la demanda al tercer vendedor de la cosa ajena legada, que frente a él es el obligado al saneamiento por evicción siempre que sea notificado de la forma dicha.

Y una vez admitido el doble juego de la evicción en este supuesto, ninguna duda puede caber acerca de la justicia de esta solución que pone a salvo los respectivos intereses de legatario y heredero, fijándose de este modo, ante el posible perjuicio que otra solución acarrearía al legatario, la equivalencia entre gravamen y beneficio que anteriormente hemos tenido ocasión de señalar, de acuerdo con la presunta voluntad del testador, al instituirse un legado de cosa ajena.

Porque, en efecto, de no admitirse la garantía por evicción en este caso, si bien no puede hablarse de un enriquecimiento por parte del heredero o legatario que entregará la cosa, en cambio, sí hay un perjuicio para el beneficiario del legado, que no tendrá medio eficaz para resarcirse de ello; este medio se le dará reconociéndole el derecho al saneamiento por evicción frente al que le hubiera cumplido el legado, entregándole la cosa de que después se le ha privado; y entonces no puede decirse se haya roto ese equilibrio de que hablaba, porque el obligado a responder de la evicción, que ha de hacer un segundo desembolso de la cuantía del legado, está a su vez facultado para dirigirse contra el tercero que le proporcionara la cosa legada. De esta forma, se arbitra un mecanismo eficaz para dejar restablecido también en este supuesto ese equilibrio entre gravamen y beneficio que, ya hemos visto con anterioridad, representa la relación fundamental que engendra el legado de cosa ajena.

GARANTIA REGISTRAL DEL PAGO DEL LEGADO DE COSA AJENA

A) En la vigente Ley Hipotecaria, dispone el artículo 42 que «podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: séptimo: el legatario que

no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria».

Tal es el medio que se les reconoce, en la actualidad, a los beneficiarios de legados para que puedan garantizar la efectividad de los mismos; es decir, que el legislador pone a su alcance un instrumento —la anotación preventiva— que pueden utilizar con la finalidad de que esa ventaja que la disposición testamentaria supone a su favor, se convierta en realidad, ya que de no tomarse precaución alguna a este respecto, pudiera que por actuaciones del obligado a su pago, se defraudara el interés del legatario convirtiendo en ilusorio el beneficio que le atribuye el legado.

a) Pero si esta razón que aconseja proteger el interés del legatario siempre se tuvo en cuenta, no siempre, por el contrario, se utilizó el mismo procedimiento para procurarle estas garantías, por lo que resulta de interés una referencia histórica que nos muestre los momentos más significativos de su evolución y los diferentes modos que en ellos previó el legislador para lograr esa finalidad.

En el Derecho romano, se le concedía al legatario para garantía de su derecho, una hipoteca legal sobre todo lo que el gravado hubiera conseguido del patrimonio hereditario, tanto en el caso de eficacia real del legado, como en el de eficacia meramente obligatoria. Se le imponía al gravado con la manda una prohibición legal de enajenar las cosas legadas, cuyo efecto era impedir que se adquirieran a través de la usucapión las cosas que se enajenaran contrariando esa prohibición; éstas eran las principales medidas que en orden a la garantía de los legados adoptaba el Derecho romano; además de ellas, se daba la *cautio legatorum servandorum causa*, una *missio in bona* para el caso de que el heredero no pudiera o no quisiera prestar dicha caución y, finalmente, la llamada *missio Antoniniana*, que completaban el cuadro de las garantías a que nos venimos refiriendo (80).

En nuestro Derecho la más característica manifestación en este sentido es la Ley 26 del Título 13 de la Partida V, que establece una hipoteca legal tácita: «Otro sí dezimos, que los bienes de cada un ome que fiziese mandas en su testamento, que fincan obligados a aquellos a quienes fizo las mandas, fasta que sean pagados della».

Posteriormente, la Ley Hipotecaria de 1861, haciendo aplicación del criterio restrictivo que adopta frente a las hipotecas ocultas (81), sustituye esa hipoteca legal tácita que tradicionalmente garantizaba la efectividad de los legados, por una anota-

(80) Puede verse una detallada exposición sobre esta materia, en GANGI 'La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano', vol. II, Milano, 1948, pág. 293.

(81) Cfr. su Exposición de Motivos.

ción preventiva, solución que se justifica, además de por las razones que impulsaron al legislador a restringir las hipotecas legales tácitas, por la consideración de que este nuevo procedimiento resulta más adecuado a la vista del carácter transitorio del peligro que se trataba de evitar (82).

No obstante, el peligro que justifica la anotación preventiva que se concede a los legatarios, tal y como resulta expuesto en la aludida Exposición de Motivos, es el de la posibilidad «de las dilapidaciones o fraudes de un heredero poco respetuoso a la memoria de su favorecedor», que tendrían como consecuencia la frustración de los beneficios a percibir por el legatario en razón de la manda establecida, por lo que se le protege mientras, por otros medios más eficaces y directos, no puedan obtener las mandas.

b) Es de tener en cuenta que en la Ley Hipotecaria, y de acuerdo con los diferentes tipos de legados y sus características, en orden a la protección de los mismos se establecen tres clases de anotaciones preventivas: a) las que pueden solicitar los legatarios de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignados sobre ellos (art. 47 L. H.); b) las que se conceden a los legatarios de género o cantidad (art. 48 L. H.), y c) las atribuidas a los legatarios de rentas o pensiones periódicas impuestas por el testador determinadamente a cargo de alguno de los herederos o de otros legatarios sin declarar personal esta obligación (art. 88 L. H.). Pues bien, a la vista de estos diferentes grupos y de las consecuencias diversas que tiene la anotación con arreglo a uno u otro (en cuanto al procedimiento, efectos, etcétera), resulta de gran interés determinar con arreglo a qué normas deberá realizarse la anotación preventiva en el supuesto del legado de cosa ajena.

B) Ya hemos tenido ocasión de ver que el legado de cosa ajena se configura de dos formas distintas, correspondientes a las dos etapas o fases en que puede encontrarse a la hora de su cumplimiento. Efectivamente, en un primer momento, a raíz de la muerte del testador, al legatario corresponde un derecho de crédito en cuya virtud puede exigir del heredero gravado que realice las gestiones encaminadas a la adquisición y entrega de la cosa legada, y no siéndole posible, la entrega de su justa estimación. En un segundo momento, que aparece una vez adqui-

(82) Cfr. ROCA SASTRE "Derecho Hipotecario", t. III, Barcelona, 19, página 490. En contra de esta solución se pronuncia CANALES e IBÁÑEZ que estiman hubiera sido más sencillo y sobre todo más eficaz, en bien de los legatarios —en particular cuando no tuvieran noticia de sus legados, por ser menores, incapacitados, ausentes o por otro motivo— "el de haber ordenado que el heredero no pudiera enajenar los bienes de la herencia hasta después de haber acreditado que habían sido satisfechos dichos legados o garantizados al menos por medio de hipotecas voluntarias constituidas de acuerdo con aquéllos" ("Legislación hipotecaria española", Granada, 1875, pág. 510).

rida por el heredero la cosa ajena, surge para el heredero la obligación de entregar al legatario la misma cosa legada, que ya está en su poder como consecuencia de las gestiones que anteriormente ha realizado, y por ello sólo cumplirá el contenido del legado entregando la cosa objeto del mismo, dando así satisfacción a la voluntad del testador y al derecho del legatario tal como resulta del testamento.

¿Qué consecuencias tendrán estas circunstancias en cuanto a las garantías que corresponden al legatario de cosa ajena respecto a la efectividad de su legado?

No cabe la menor duda de que en tanto la cosa siga perteneciendo al tercero, resultará imposible realizar una anotación sobre la misma, porque, como dice Roca Sastre (83) ésta sólo puede recaer sobre bienes hereditarios, y en este sentido llevan razón los autores que niegan tal posibilidad o, a lo sumo, admiten la anotación cuando se trate de cosa propia del heredero o legatario que hubieran aceptado la herencia o legado (84), supuesto éste que no es del que aquí nos estamos ocupando.

Pero si bien no es practicable esta anotación preventiva sobre cosa ajena, en cambio, sí resultará posible realizarla cuando la cosa legada haya sido adquirida por el heredero obligado a entregarla en virtud del mandato testamentario, ya que en ese momento ha entrado a formar parte del caudal hereditario (85) y se darán las mismas circunstancias del supuesto de legado de cosa específica existente en la herencia, y por consiguiente, el legatario podrá ser considerado como de bienes inmuebles determinados a los que se refiere el artículo 47 de la Ley Hipotecaria, a los fines de concederle una especial anotación preventiva.

Frente a esta solución, considera Roca Sastre (86), que no puede admitirse esta demora en el derecho del legatario de cosa ajena para asegurar por medio de anotación preventiva la efectividad de la manda que le favorece, ya que en el tiempo que debe transcurrir hasta que el heredero adquiera la cosa legada, pudiera aquél resultar defraudado y, por ello, se muestra partidario de concederle la anotación propia de los legados de género o cantidad. A esta misma conclusión llega algún autor que ha tratado del tema. (87).

Me parece muy razonable la opinión expuesta. Efectivamente,

(83) Op. cit., pág. 494.

(84) Cfr. la cita de GAYOSO, en ROCA, op., cit., pág. 494.

(85) En este sentido MUÑOZ CASILLAS "Contestación a las preguntas de Derecho hipotecario" 1921, I, pág. 216. También MORELL y TERRY se expresa a este respecto: "que la anotación no puede tener lugar hasta tanto que se adquiera la finca, o se realice esa aceptación. Si no es posible la adquisición el legatario se convierte en legatario de cantidad". ("Comentarios a la Legislación hipotecaria" 1917, III, pág. 137.)

(86) Op. y loc. citados.

(87) Cfr. "Legislación hipotecaria", de CAMPUZANO, corregida por LÓPEZ TORRES. Madrid, 1942, II, pág. 17.

debe proveerse al de cosa ajena, como a los demás legatarios, de un medio que le asegure la efectividad de su legado y, en consecuencia, atribuirle la posibilidad de realizar una anotación preventiva sobre los bienes hereditarios, para de ese modo conseguir tal finalidad; las mismas razones que justifican la existencia de esa garantía para los demás legados, pueden ser aducidas para defender su aplicación en el supuesto del de cosa ajena, pues tan digno de protección es ante la Ley este legatario, como los favorecidos con cualquier otro tipo de legado, ya que a los mismos peligros que ellos se encuentra sometido en lo referente a la posible defraudación por parte del heredero gravado.

Por mi parte, no obstante, estimo que no se agotan las posibilidades de garantía del pago del legado de cosa ajena con la anotación preventiva propia de los de género o cantidad; a mi entender, si bien este es el cauce adecuado para lograrla en la primera fase del cumplimiento de este legado, es decir, que podrá utilizarse por el legatario desde que se produce la muerte del testador hasta que el heredero adquiere la cosa perteneciente a un extraño, esto no quiere decir que terminen con ello las posibles garantías para el pago de este legado; quiere decir, que una vez la cosa objeto de la disposición testamentaria en poder del heredero —por haberla adquirido del tercero titular de ella en cumplimiento del mandato del testador— puede el legatario solicitar nueva anotación preventiva, ésta ya sobre la misma cosa legada que fué adquirida por el heredero, por lo que cabe una anotación del tipo de las que pueden darse sobre bienes inmuebles determinados que se regulan en el artículo 47 de la Ley Hipotecaria.

Se ha opuesto a esta clase de anotación en el supuesto concreto que nos ocupa, la apreciación de que no resulta posible que la cosa ajena esté nunca en el caudal hereditario, porque al no proceder del patrimonio del causante no puede estar en su herencia (88).

Frente a esta objeción de Traviesas, se ha argumentado que realmente al adquirir el heredero la cosa ajena, ésta entra a formar parte de caudal hereditario, porque de él salieron los bienes utilizados para realizar la adquisición produciéndose, pues, una subrogación real (89).

Verdaderamente debe considerarse admisible este tipo de anotación, y a ello no es obstáculo el argumento de Traviesas, ya que con independencia de la cuestión acerca de si la cosa ajena llega o no a entrar en el caudal hereditario una vez que la adquiere el heredero obligado al cumplimiento del legado, puede resolverse sobre la conveniencia y posibilidad de conceder una anota-

(88) TRAVIESAS "Legados" en Rev. Der. Priv. XVIII (1931), pág. 182, nota 20.

(89) Esta es la solución propugnada por ROCA SASTRE, op., cit., pág. 494.

ción preventiva en esa segunda fase del cumplimiento del legado de cosa ajena.

Unas simples consideraciones alrededor de la obligación que pesa sobre el heredero respecto al pago de este legado, dejarán sentada la conveniencia de admitir esta segunda anotación preventiva que va a recaer directamente sobre la cosa legada por el testador: no debe olvidarse que si bien la primera anotación de este legado, como de género o cantidad, cumple su misión de asegurar, en todo caso, al legatario la percepción del importe de la cosa ajena que le será debido cuando al heredero no le sea posible realizar su adquisición a fin de hacerle entrega de ella, en cambio resultará inadecuada por insuficiente, una vez que se haya producido aquella adquisición; en efecto, llegado este momento desaparece para el heredero la posibilidad de cumplir entregando la justa estimación: el objeto de su obligación, la prestación que debe, será ahora la cosa legada que él adquirió del tercero que fuera su titular, y sólo cumplirá el legado mediante la entrega de la cosa misma: la obligación subsidiaria de entregar la justa estimación, que es a lo que alcanza la garantía proporcionada por la primera anotación, únicamente entrará en juego en el supuesto de imposibilidad de prestar la cosa «in natura», supuesto ya descartado desde el instante en que el heredero dispone de la cosa, según se decía más arriba.

Y si como consecuencia de lo expuesto, la garantía que produce la anotación del legado de cosa ajena como de género o cantidad, pierde virtualidad porque no puede proporcionarle la seguridad del cumplimiento del legado de la misma forma a que tiene derecho, habrá de proveerse al legatario de un instrumento que le resulte eficaz a la hora de garantizar la percepción de la manda tal como se había previsto por el testador —es decir, mediante la entrega, por el heredero, de la misma cosa legada—, y el procedimiento que mejor sirve a estos fines es permitir al legatario, que establezca una anotación preventiva sobre la misma cosa legada; la anotación de su crédito, que pudo hacer con anterioridad, sólo le garantiza la justa estimación (90), pero no la entrega de la cosa legada, que es a lo que tiene derecho, y cuya adquisición puede asegurarse por medio de esta segunda anotación preventiva.

Concurre además, en apoyo de la admisión de este sistema, el hecho de que se dan las mismas circunstancias que, según la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, a la que antes aludía, justifica la necesidad de las anotaciones preventivas encaminadas a asegurar el pago de los legados: también aquí hay

(90) Con esta finalidad y para resolver las posibles dudas acerca de la cantidad que ha de asegurarse con esta anotación preventiva, es conveniente hacer constar que deberá tenerse en cuenta lo dicho antes acerca de cuál sea la justa estimación de la cosa legada, ya que precisamente es esto lo que se asegura con tal procedimiento.

un legatario que, de momento, no puede reclamar la efectividad de su derecho —que es recibir la cosa legada—, y por ello debe instaurarse un medio para evitar que mientras llega el instante en que le sea posible hacerlo, pueda el heredero frustrar su legítimo derecho, enajenando aquella cosa objeto del legado, que con anterioridad había adquirido del tercero propietario de ella; y al existir una misma razón de ser, deberá aplicarse un mismo procedimiento.

Conviene recalcar la trascendencia que para el derecho del legatario tiene la admisión de esta segunda anotación preventiva sobre todo en lo que respecta a la enajenabilidad de los bienes anotados, con las importantes consecuencias prácticas que este hecho supone.

En efecto, mientras que las anotaciones de legados de género o cantidad —que será la que puede obtener el legatario de cosa ajena, antes de que ésta sea adquirida por el heredero— atribuyen a sus titulares un verdadero derecho de realización de valor, semejante al de la hipoteca, pero con prelación limitada a los derechos adquiridos con posterioridad a la anotación (91), en cambio, las de legados de cosa determinada inmueble propia del testador —y la del legado de cosa ajena en la segunda fase de su cumplimiento, es decir, cuando ya la ha adquirido el heredero, que debe asimilársele como se acaba de exponer— confiere el que la realiza una doble ventaja:

En primer lugar la que supone la reserva del puesto registral a la inscripción definitiva, que podrá realizarse cuando se lleve a cabo el cumplimiento completo del legado (en cuyo caso, el procedimiento a seguir es el de una simple conversión de la anotación en inscripción (92), y

En segundo lugar produce la consecuencia de cerrar el Registro, tal como se prevé en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria para las anotaciones por defectos subsanables del título o por imposibilidad del registrador, y la doctrina reconoce la procedencia de tal solución, estimando Roca que en este caso tal poder de cierre es consecuencia lógica del cambio de titularidad que provoca esta anotación preventiva dentro de la temporalidad del asiento; y no porque implican por sí mismas prohibiciones de disponer, sino porque la relación básica anotada acapara toda la titularidad del inmueble o derecho real objeto de la anotación, y ello impide la posterior enajenación por parte del heredero (93).

Además, la posibilidad de esta doble anotación cumple otra función: como es sabido, la anotación preventiva de los legados de

(91) ROCA SASTRE, "Derecho hipotecario", cit. III, pág. 508.

(92) De acuerdo con la regla 3.^a del artículo 197 del Reglamento hipotecario.

(93) Cfr. en la obra citada, III, págs. 415 y ss. el diferente efecto de la enajenación y gravamen de los bienes afectados por anotaciones preventivas de legado, según sean de género o cantidad o de cosa específica.

género o cantidad puede pedirse «sobre cualquiera bienes inmuebles de la herencia» siempre que no se trate de bienes inmuebles legados especialmente a otros (94), y sin que a ello sea obstáculo que los bienes ya estén anotados a favor de otros legatarios (95); pues bien, esta última circunstancia puede provocar que por razón de las cargas o bienes anotados, llegue la anotación, antes de extinguirse, a ser insuficiente para la seguridad del legado, y en este caso aunque el legatario, al amparo del artículo 87 de la Ley Hipotecaria, puede pedir que se constituya sobre otros bienes diferentes, si no los hay, el derecho del legatario quedará insuficientemente protegido; de aquí que una solución sea anotar a su favor la cosa que del tercero adquirió el heredero, a fin de asegurar la efectividad de su legado, mientras que la entrega de la cosa ajena por el heredero o legatario gravado autoriza a convertir la anotación en inscripción definitiva, de acuerdo con lo dispuesto en la regla 3.^a del artículo 197 del Reglamento Hipotecario, de aplicación a este supuesto.

Creo que todas estas razones justifican sobradamente la admisión de esa duplicidad de anotaciones para las dos fases sucesivas del cumplimiento del legado de cosa ajena, por no existir consideración que se oponga a ello y ser medio el más eficaz de garantizar los derechos propios del beneficiario de un legado de este tipo.

(94) Ley hipotecaria, artículo 48.

(95) Artículos 48 y 54 de la Ley hipotecaria.