

SOBRE EL CONCEPTO DEL LEGADO*

Juan ROCA GUILLAMON
Catedrático de Derecho Civil

* Este trabajo constituyó en su día el tercer ejercicio de la oposición a la plaza de Profesor Agregado de Derecho civil de la Universidad de Granada (enero 1983). He preferido respetar su forma de «Lección», limitándome a añadir al final la relación de la bibliografía utilizada.

S U M A R I O :

I. EL CONCEPTO DEL LEGADO

1. *La función del legado en el Derecho Romano.*
2. *La evolución posterior.*
3. *La noción del legado en los textos de la Codificación: La determinación del concepto de sucesión particular.*
4. *La fórmula del art. 660 C.c. frente a los legados de cosa ajena y de parte alicuota.*
5. *Definición positiva del legado*

II. ELEMENTOS DEL LEGADO.

6. *Personales. El prelegado.*
7. *Reales.*
8. *Formales.*

I. EL CONCEPTO DEL LEGADO

1. Durante mucho tiempo se aceptó como definición del legado la antigua fórmula de MODESTINO: «*Legatum est donatio testamento relicta*» (D. XXXI, 36), reproducida con diversas palabras en las Instituciones de Justiniano «*Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta* (II, 29, 1)», y parece a primera vista singular que los autores señalen casi unánimemente, la dificultad que existe en el Derecho moderno para formular un concepto del legado.

Mas la razón de tal dificultad estriba, precisamente, en que la doctrina de esta institución, aun conservando los moldes y la terminología elaborada por el Derecho Romano, ha evolucionado considerablemente en dos aspectos fundamentales: en su naturaleza y en cuanto a su función en el sistema sucesorio, de tal modo que se hace muy difícil, incluso, armonizar la terminología, el nombre de «legado» —que por tradición conserva alguna modalidad del instituto— con la naturaleza asignada al legado por el Derecho vigente.

El punto de arranque de esta evolución hay que buscarlo en la misma procedencia etimológica de la palabra *legado*, del verbo «legare» que, en el Derecho Romano primitivo, venía a significar la ley por la que el testador regía su sucesión, disponiendo de su patrimonio para el momento de la muerte. Esta ley de la sucesión revistió primeramente la forma de la «mancipatio», por efecto de la cual el «hereditatis emptor» se obligaba a transmitir al heredero su herencia; pero, como simultáneamente, podía el disponente imponer al heredero detracciones de la herencia en favor de personas determinadas, según VITALI, cuando la *mancipatio* fue abandonada como forma solemne de institución de heredero, la palabra «legare» sirvió solamente para designar las disposiciones a título singular.

Esta concreción de la palabra *legare* a las instituciones a título singular, plasmó en los cuatro distintos modos de legar, que según FERRINI, tenían en común el que habían de ser impuestos al heredero (puesto que eran detracciones de la herencia) y concebidos en *términos imperativos*, bajo pena de ineficacia.

Por otra parte, las cuatro formas del legado (*per vindicationem*, *per damnationem*, *per praeceptionem* y *sinendi modo*) tenían también de común el que su existencia estaba indisolublemente unida a la institución de heredero, que es, precisamente, lo que justifica su descripción en los textos como *prestación del heredero*.

Mas el concepto se mantuvo de un modo absoluto —aunque con la

paulatina abolición de fórmulas por Constancio Cloro y Constantino— hasta Justiniano, quien reguló la materia del legado con los fideicomisos. Señala VITALI que desde este momento, comienza a modificarse la función respectiva de la herencia y el legado, que empieza, por así decirlo, a independizarse poco a poco de la institución de heredero y a interferirse en la función de ésta: ya pudo gravarse con cargas, tanto al heredero como al legatario mismo, mediante una disposición fideicomisaria singular e, incluso, con un sublegado.

Así, la institución de heredero ya no fue esencial a la existencia del legado, hasta el punto de afirmarse que el legatario, al cumplir a su vez un legado, hacía las funciones del heredero. Más tarde, al desaparecer para el legado las formas solemnes; al dejar la institución de heredero —antigua ley de testamento— de representar el sostén del legado; y, en fin, completando el proceso el Derecho estatutario, la figura del legado evolucionó, incluso con la aportación del Derecho consuetudinario francés, en el que las disposiciones de última voluntad adoptaban la forma de codicilo.

Este estado de cosas dio lugar, como se comprende, a una falta de delimitación de funciones entre la herencia y el legado dentro del sistema sucesorio, porque se había conmovido la estructura de la sucesión, y ello motivó que, en la época de la Codificación, se produjera un retorno al intento de concretar las funciones de heredero y legatario por el expediente, ya empleado por los romanistas anteriores, de asignar al legado el carácter de disposición a título singular: así, la vieja definición de HALL-FELL, en su «Jurisprudentia forensis» (cit. por Glück): «Legatum est *res singularis* alicui última voluntate directe relicta», que destacando su carácter de sucesión particular, elimina además el de «prestación del heredero», con lo que desaparece la subordinación del legado a la herencia.

2. Las legislaciones modernas coinciden, en general, en este retorno a una concreta delimitación de la función del legado y de la herencia; pero es el único punto de coincidencia, porque, como SCIALOJA señala, el derecho moderno comienza por invertir el modo de advenir a la condición de heredero y legatario. En Derecho Romano, es la institución de heredero la causa de adquisición del «universum ius» del causante, mientras que en el Derecho moderno es precisamente al contrario: la atribución del «universum ius» es de donde deriva la cualidad de heredero, criterio objetivo sin embargo hoy puesto en cuestión entre nosotros (LACRUZ, VALLET, NUÑEZ LAGOS), como veremos. Por otra parte, la dependencia del legado con respecto a la herencia ha desaparecido en el Derecho moderno, como carácter verdaderamente esencial.

La consecuencia de esta evolución es la falta de concordancia entre los caracteres específicamente romanos del legado y su concepto actual; y ello la causa de las dificultades existentes para formular un concepto verdaderamente exacto. Es más, la doctrina no se ha contentado con señalar la inexactitud de la antigua definición de Modestino con relación al Derecho actual, sino que autores como GANGI sostienen su inexactitud aún para el propio Derecho Romano y desde un punto de vista sustancial, cuestión que se suscitó también a la hora de redactar el Código civil alemán. Y es que, en efecto, la expresión «donatio», que tanto la definición de Modestino como la de Justiniano emplean, supone que, en cuanto donación, el legado signifique un enriquecimiento para el legatario, lo que en Derecho Romano no siempre ocurría, como sostiene FERRINI al negar que el legado constituyera siempre y en todo caso una liberalidad.

FERRINI explica esta falta de adecuación entre la naturaleza de donación, que la antigua definición asigna al legado, y la realidad, observando que las definiciones a que nos venimos refiriendo, vienen siempre formuladas en pasajes de las fuentes relativos a la donación, tratando ambos institutos bajo el mismo principio, como especies muy afines, sistema que justifica FADDA considerando que el legado deriva de la antigua *donatio mortis causae*, que se transfundió en la forma «per vindicationem», en cuya opinión también abunda BONFANTE.

Mas este conjunto tratamiento no excluía, siguiendo a FERRINI, que el legado pudiera gravarse con cargas tales que absorbieran todo beneficio del legatario, bien mediante condiciones que excluían todo lucro de éste, bien por la vía del «modus», que excluía toda la utilidad del legado (es frecuente en las fuentes la obligación impuesta de emplear todo el legado en la construcción de un «opus» en beneficio de una ciudad, o un monumento a la memoria del testador, o el legado de esclavos para ser manumitidos), o bien por medio de fideicomisos que obligaban al legatario a transmitir lo que hubiese recibido.

Con ello quiero significar que, en líneas generales, el legado venía considerándose en Roma como una liberalidad semejante a la donación, sin perjuicio de que, paulatinamente, el requisito de la liberalidad fuese perdiendo importancia; pero, como señala DEGNI, no hasta el punto que del espíritu conservador de los romanos desapareciera el carácter originario del instituto, que las definiciones romanas recogen como impronta de la concepción primitiva, con las excepciones ya expuestas.

El acogimiento de la terminología romana vuelve a plantear la cuestión relativa a la naturaleza del legado en el Derecho moderno, de tal manera

que, mientras la tesis de que el legado es esencialmente un acto de liberalidad ha sido acogida por el BGB (par. 1.939) tras larga discusión, y haberse formulado por las dos comisiones dos distintos conceptos del legado, autores como WINDSCHEID, BAHR, BRUGGI y especialmente GANGI, se oponen a ella, afirmando este último que el legado es sólo «normalmente» un acto de liberalidad, pero no lo es esencialmente.

A mi juicio, la opinión de GANGI es la que debe ser acogida en nuestro Derecho, no sólo porque ella recoge la síntesis evolutiva de la institución, sino también porque falta en nuestro Código un precepto que considere la liberalidad como esencia del legado, a diferencia de lo que ocurre con la donación. Aparte de que el beneficio del legado puede estar absorbido bien por un sublegado de valor igual al del legado, bien porque se le haya agregado un modo que destruya todo el beneficio atribuido. Ciertamente que el legado implica *normalmente* atribución patrimonial, pero ello no significa necesariamente que tal atribución implique un enriquecimiento. Incluso puede no haber atribución de bienes, sino mero *interés*, cuando al gravado se le impone una abstención, un *non facere* hacia el legatario, que este puede exigir.

3. Con tales caracteres y antecedentes, la definición legal del legado había de encontrar dificultades que se quisieron superar mediante la adopción de fórmulas negativas, como hace el Código francés y el italiano de 1865: «Legado es la disposición testamentaria que no comprende la universalidad o una cuota de los bienes del testador, y no constituye, por tanto, institución de heredero». Y también se intentaron superar las dificultades mediante fórmulas con algún elemento positivo, como la del par. 1.939 del Código alemán, que define el legado como «atribución de un beneficio patrimonial hecha mediante testamento y que no consiste en una institución de heredero». El elemento positivo de tal definición se encuentra en el acogimiento de la doctrina de que es esencial al legado la atribución al legatario de un beneficio patrimonial, en definitiva de una liberalidad. Dirección acogida por la Compilación navarra, cuya Ley 241 configura las mandas o legados como liberalidades a título singular.

Nuestro Código, en cambio, se abstiene de definir el legado y desdobra el concepto negativo de sus precedentes francés e italiano en la fórmula del art. 660: «Llámase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular».

La fórmula del Código, no obstante su sencillez, sugiere no pocos problemas:

A) La primera cuestión planteada es lo que por sucesión «a título particular» ha de entenderse.

En general, por sucesión se entiende entrar una persona en el lugar de otra, como sujeto de relaciones jurídicas, que pueden estar consideradas como un conglomerado, una «universitas», o bien se puede suceder en un determinado derecho o en varios derechos que no pierden su entidad individual. Las fuentes romanas expusieron la diferencia de modo preciso: «... successores autem nom solum qui universa bona succedunt, sed et hi qui in rei tantum singulorum rerum dominium successerint...» (D. 34, 2, 24, 1).

SAVIGNY precisaba así los conceptos respectivos: mientras la sucesión universal tiene por objeto los bienes, como formando un todo ideal, abstracción hecha de su contenido, la sucesión particular tiene por objeto uno o varios derechos, sin que la reunión accidental establezca entre ellos ningún lazo de dependencia. Y FERRARA ve en la sucesión universal la transmisión del patrimonio en bloque, en su conexión unitaria, y no como una suma de valores patrimoniales, por contra de la sucesión particular en que se transmite una relación jurídica o un conjunto de ellas, pero consideradas en su individualidad, de tal manera que no es lo esencial la cantidad de bienes recibidos, sino el modo y la forma de adquisición.

Queda así perfectamente establecido, con arreglo a un criterio objetivo, que la sucesión universal tiene por objeto una universalidad, un *nomen iuris*, solo divisible intelectualmente en partes alicuotas, o sea, en fracciones aritméticas consideradas en relación al todo. Así, sucede a título universal quien sucede «pro parte» en un patrimonio (un tercio, la mitad); y a título particular quien sucede en una cosa determinada o en un derecho determinado, y su atribución se limita a la cosa, derecho o conjunto de derechos transmitidos.

Sin embargo, no ha dejado de plantearse el problema de la distinción entre uno y otro tipo de sucesión, con referencia a determinadas situaciones:

a) Se discute, así, acerca de la cláusula testamentaria por la que el causante deja a una persona cuantos bienes, muebles e inmuebles posee en un país. Mientras que unos autores, como BORSARI, PACIFICI o VITALI, ven en esta cláusula una sucesión universal, por entender que ésta exige una cuota parte del patrimonio, sin distinguir entre bienes muebles o inmuebles, otros como ASCOLI, COVIELLO y BONFANTE, observan que los bienes muebles e inmuebles no son cuota, sino parte determinada, individualizada y concreta del patrimonio. Y otros, como D'AMELIO, adoptan la

posición intermedia al considerar que si el testador *tuvo presente* la totalidad de su patrimonio al atribuir los bienes, estamos ante una sucesión universal, una institución de heredero, y, caso contrario, ante un legado, una sucesión singular.

Hoy la opinión más extendida acaso sea la puramente objetiva, que sostiene, con COVIELLO y BONFANTE, que este supuesto es de sucesión particular. Los bienes muebles e inmuebles son cosa cierta y determinada y habrá de considerarse legado por tanto, conforme al art. 768 C.C.

b) Otra cuestión es la relativa al supuesto de que el testador deje el usufructo de su patrimonio a una persona y la nuda propiedad a otra, supuesto que DEGNI y COVIELLO solucionan considerando sucesor universal o heredero al nudo propietario y legatario al usufructuario, lo que razonan advirtiendo que el usufructuario goza de los bienes sólo durante su vida y sólo en cuanto al particular contenido del derecho de usufructo, mas no de los demás derechos que correspondían al causante, que pasan al nudo propietario, opinión en la que también coincide VENEZIAN.

Con tales elementos, podemos sentar las diferencias permanentes entre uno y otro tipo de sucesión, y así tenemos que:

a) El sucesor a título universal sucede en la universalidad de relaciones jurídicas del causante, o en una cuota de esa universalidad, mientras que el legatario sucede en bienes o derechos determinados.

b) Consecuencia de ello es que el heredero, como sucesor en la universalidad, sucede en los derechos y en las obligaciones (art. 661 Cc.) y responde de las deudas a no ser que se le impongan expresamente como «cargas» (arts. 797 y 858) o porque toda la herencia se distribuya en legados (art. 891); pero en tales casos el legatario responde por su cualidad de adjudicatario de los bienes o derechos que adquiere a título singular, mas sin que su responsabilidad sobrepase los límites que marca el valor del propio legado. Y por lo que luego se dirá, pienso que éste puede ser el carácter distintivo fundamental.

Determinado así el concepto de la sucesión singular, queda en pie el problema de consignar en cada caso cuándo se está ante una sucesión singular, ante un legado. Si utilizamos un criterio objetivo, el que exista una determinación de los bienes dejados a una persona, nos dará la existencia de un legado, mientras que el título de herencia comprenderá la totalidad del patrimonio o cierta porción inconcreta de la totalidad, es decir, una parte alícuota. Si se utiliza un criterio subjetivo, habrá que estimar la intención del testador manifestada en los términos del llamamiento, conforme a los arts. 675 y 668 del Cc.

Pero puede ocurrir que ambos criterios coincidan y se complementen, o, por el contrario, que estén en oposición, y entonces, en opinión de CASTAN, debe adoptarse el criterio objetivo, no sólo porque es el que predomina en los Códigos modernos, sino porque así se desprende, dice, del art. 660 del nuestro, ya que lo particular expresa un elemento simple, concreto y determinado. Mas creo, con todo, que en nuestro Código Civil las normas sucesorias tienen un evidente matiz voluntarista, que de alguna manera constriñe siempre a la indagación de la voluntad real del testador, según se desprende de los citados arts. 675 y 668.

Acaso toda la polémica suscitada entre los partidarios de la llamada teoría objetiva (entre otros, SANCHEZ ROMAN, DE DIEGO, BONET, ROYO, CASTAN, OSSORIO en un primer momento; en Italia, FERRARA) y los defensores del criterio subjetivo (NUÑEZ LAGOS, VALLET, LACRUZ, CASTAN VAZQUEZ y el propio OSSORIO, tras modificar su anterior posición) pueda centrarse en la determinación de qué preceptos poseen un carácter imperativo (p. ej. art. 440, o el 1.003) y cuáles son meras normas interpretativas del contenido de una disposición en orden a la designación de un heredero, como hace LACRUZ.

4. Con estos presupuestos, el concepto del legado que se desprende del art. 660 del Cc., se reduce a considerarlo como un supuesto típico de sucesión particular.

La fórmula es, a primera vista, insuficiente, porque el propio Código mantiene, al parecer, modalidades del legado que no encajan en el concepto genérico del art. 660, y que parecen como incrustados en sus preceptos por conservar la tradición romana, sin parar atención en que su falta de precisión conceptual aparenta conmovir la propia noción de legado que se contiene en el art. 660, como sucesión particular: así, el *legado de cosa ajena*, que reconoce el art. 861 del Código, y el llamado *legado de parte alícuota*, a que alude el art. 655, cuyas denominaciones parecen excluir, respectivamente el concepto de *sucesión* y el concepto de *sucesión particular*. Y, desde otro punto de vista, los derechos sucesorios del cónyuge viudo, que son verdadera sucesión particular, por ministerio de la Ley, y el Código, con razón, no los considera legados, aunque también sin razón, lo llama «heredero» en el art. 807.

En efecto, ya HARTMANN, con FADDA, COVIELLO y SCUTO, ponían de relieve que en el legado de cosa ajena estaba ausente toda idea de sucesión, pues no puede considerarse el legatario de cosa ajena como sucesor en una cosa o derecho que no estaba en el patrimonio del causante; ni admitido el concepto de sucesión particular, puede considerarse

como legado el llamado de «parte alcuota», sin que, a primera vista, resulte conmovido todo el concepto de sucesión particular.

Es cierto que el Derecho romano, al igual que admitió la institución de heredero *ex re certa*, admitió el llamado *legatum partitionis*, según la clásica fórmula de ULPIANO, que era un legado de obligación ante el que el heredero podía optar por entregar al legatario bien partes de las cosas susceptibles de división, bien su estimación, o ésta cuando las cosas fueran indivisibles (LACRUZ), lo que probablemente unido a la defectuosa traducción del Código francés por los redactores del Código italiano de 1865, que destaca OSSORIO, es la causa inmediata de que aparezca, aunque erróneamente mencionado, en el art. 655, a propósito de la reducción de donaciones.

De igual modo, el hecho de que el llamado legado de cosa ajena fuera admitido por el Derecho Romano en todas las épocas (si bien sólo en la forma *per damnationem*, ya que el *per vindicationem* exigía la propiedad civil de la cosa legada) es la causa de que este legado se mantenga con la denominación de legado de cosa ajena, que las Partidas aceptaron, mientras que se opuso a su admisibilidad el Derecho Canónico.

Ante estos hechos, ¿podemos estimar admisible la fórmula del art. 660 del Código Civil? En principio hay que admitir que el precepto es equívoco, si se admite que hay legados sin sucesión, y que hay casos de sucesión particular que no son un legado, aunque cabría pensar en este último caso que aun siendo cierto que en la sucesión particular por ministerio de la ley no hay legado, esto no excluye que el legado implique una sucesión particular.

Pero acaso cabría intentar una defensa del precepto. Efectivamente, se dice que el legado de cosa ajena no puede considerarse como un supuesto de sucesión particular, puesto que la cosa ajena no estaba en el patrimonio del causante. Mas cabe pensar que la objeción no tiene otro fundamento que el haberse dejado llevar por la simple denominación tradicional de *legatum rei aliena*: basta con considerar el contenido de los arts. 861 y 863 de Cc. para convencerse de que el testador no dispone de una cosa que no sea suya, sino que impone al heredero o legatario gravado la obligación de entregarla en una de estas dos situaciones: si la cosa está en poder de un tercero, el heredero o legatario gravado debe adquirirla para entregarla, y no siendo posible debe entregar su justa estimación (art. 861); y si la cosa está en poder del heredero ó legatario gravado debe, a su elección, entregarla o bien su justa estimación, con la limitación prevista en el art. 864, según dispone el art. 863.

Es decir, que no hay legado de cosa ajena, sino imposición de una obligación de dar, al heredero o legatario gravados, y un *legado constitutivo de un derecho de crédito* al legatario, para exigir del gravado la entrega de la cosa o su justa estimación, según los casos.

Y decimos que el legatario de cosa ajena es más bien legatario de un derecho de crédito, aparte de porque es más conforme con su propia tradición, puesto que en Derecho romano sólo se admitió en el legado *per damnationem*, es decir en el legado de obligación, lo que ya es significativo, porque no estando la cosa en el patrimonio del causante, no podrá aplicarse el precepto del art. 882, y no puede considerarse al legatario como propietario de la cosa legada desde la muerte del causante. Lejos de poder ejercitar una acción real, sólo está asistido de una acción personal *ex testamento* (creada o constituida por el acto de última voluntad) para reclamar del heredero o legatario gravado la entrega de la cosa o su justa estimación (como expresamente destaca la S. de 3 Feb. 1930).

Sobre esta base, el derecho de crédito constituido por el legado implica un valor económico que se detrae de la herencia o del legado gravados, siendo, por tanto, un interés económico exigible que se atribuye al legatario, y que estaba en el patrimonio del *de cuius*, pudiendo entonces hablarse de verdadera sucesión, como parecen admitir HARTMANN y SCUTO, para los cuales hay sucesión en sentido económico, pues éste sentido económico no excluye la sucesión jurídica en un derecho de crédito que, al fin y al cabo, no es en esencia sino un valor económico exigible frente al deudor.

Por otra parte, aunque un poco confusamente, ya TRAVIESAS afirmaba que aunque hay supuestos en los que el legatario no sucede en bienes de la herencia, el legatario adquiere de modo derivativo, porque deriva su derecho del acto de disposición testamentaria, en virtud del cual el testador «constituye» un derecho en favor del legatario.

Además es innegable que lo que se transmite es el valor económico que el *de cuius* detrae o resta del patrimonio que atribuye al gravado, pues lo prueba la antigua exigencia —tan discutida en el Derecho francés— de que el *de cuius* sepa al hacer la atribución que la cosa era ajena (art. 861), y la limitación establecida en el art. 828, según el cual, el legatario gravado no responde del gravamen sino «hasta donde alcance» el valor del legado; es decir, mientras se pueda detraer de lo que es objeto del legado que se grava.

Cierto que el heredero responde del pago del legado «*ultra vires hereditatis*», es decir, aunque no haya bienes hereditarios de donde detraer

el valor del legado, pero por contra, puede utilizar el beneficio de inventario a voluntad, en cuyo caso es cierta la afirmación antes hecha. Y cuando no utiliza el beneficio, hay que entender que asume como suyo el deber de pagar el legado.

Y cierto también que los legados no se deben hasta después de la muerte del causante, y que el *de cuius*, personalmente no ha estado obligado a satisfacerlos, pero en este caso, aun cuando por no existir bienes hereditarios de donde extraer el valor legado el heredero se viera constreñido, por haber aceptado puramente, a satisfacerlo de sus propios bienes, es indudable que el *de cuius* habría atribuido al legatario un derecho de crédito, sometido al presupuesto de que el heredero acepte pura y simplemente la herencia.

Y como consecuencia de los anteriores razonamientos, pienso que el legado de cosa ajena no destruye el concepto de sucesión particular que el art. 660 ofrece para el legado.

B) Cuestión diferente es la del llamado legado de parte alícuota. La primera interrogante que sugiere es si estamos realmente en presencia de un legado. Para CASTAN TOBEÑAS es más que dudoso el que sea tal legado y no institución de heredero, puesto que el Código no hace más que la ligera alusión del art. 655 (de manera errónea además, como ya dije antes) y los preceptos de la LEC habría que entenderlos derogados en este punto por el Código Civil, como dice OSSORIO, por referirse a materias que son objeto de su regulación, quedando el art. 152 del RH, que lo que hace es precisamente asimilar los «legatarios de parte alícuota» a los herederos. Aunque hay que reconocer que el propio CASTAN, en el prólogo a la obra de DIAZ CRUZ, parece inclinarse por la admisión de tan discutida especie de legado.

DE BUEN, frente a la opinión de SANCHEZ ROMAN y TRAVIESAS, que estiman que en el legado de parte alícuota hay atribución patrimonial a título singular, a cuya solución llegan por el expediente de considerar que es un supuesto de sucesión objetiva, porque falta sin duda la responsabilidad *ultra vires*, deja al margen las alusiones legales para concluir que tal pretendido legado cae dentro de la definición dada para la institución de heredero por el art. 660, y por consiguiente, no debe entenderse como un legado; aunque DE BUEN matiza que esto es así si el legado consiste en una participación ideal, numérica, del caudal, porque cosa distinta es que la cuota no se refiera a todo el patrimonio del causante, sino a determinados bienes, aunque fueran *todos los bienes conocidos* del causante.

En realidad, la colisión entre el legado de parte alícuota y el concepto

genérico y fundamental del legado, como sucesión particular, que se extrae del art. 660, puede decirse que es un problema nuestro exclusivamente, que se plantea por las meras alusiones legales, dando lugar a muy diferentes criterios, desde los que como PORPETA hablan del «carácter hemafrodita y monstruoso» de esta figura, pasando por su principal contradictor, OSSORIO MORALES, hasta los que sostienen su vigencia, de alguna manera hoy en mayoría.

OSSORIO atribuye la confusión a una defectuosa traducción del Código francés por el legislador italiano, ya que el art. 921 de aquél no concede acción para pedir la reducción de donaciones a los *legataires*, expresión que en Italia se tradujo por «legatari», siendo así que la expresión tiene en Derecho francés un alcance más amplio, ya que el concepto de legatario en Francia comprende a todos los que suceden *por testamento*, y no sólo a los que suceden a título particular, como en el Derecho italiano y en el español.

La confusión se traduce así en lo siguiente: ningún legatario que lo sea por voluntad del causante puede pedir la reducción, porque recayendo el legado sobre la parte de libre disposición, éste pudo en vida sin ninguna traba, disponer total o parcialmente de ella y sus disposiciones «post mortem» serán ineficaces en cuanto no alcance a cubrir las el caudal relicto. Únicamente tendrán acción para pedir la reducción de donaciones aquéllos a quienes la ley reserva, con carácter necesario, una parte del patrimonio del causante, y éstos son, precisa y únicamente, los sucesores *forzosos*, bien a título universal, bien a título particular.

Ante ello, OSSORIO piensa que el legislador español, con la expresión «legado de parte alícuota» se refirió a aquéllos que son llamados por la Ley a la sucesión, sin tener la condición de herederos, como sucede con el viudo respecto a su cuota usufructuaria, que según la opinión más exacta, es una sucesión particular *ex lege*. Y en realidad, no cabe otra interpretación, porque de admitir un legado de parte alícuota del patrimonio, además de quedar destruido el legado como sucesión particular del art. 660, se chocaría con la disposición del art. 768 que, al considerar legatario al instituido en cosa cierta y determinada, aclara, por contra, que el legatario de parte alícuota es un heredero.

La jurisprudencia admite la figura, aunque con criterio vacilante: unas veces aceptando el criterio subjetivo, y afirmando que el Código no prohíbe el legado de parte alícuota (S. 11 feb. 1903), y otras aceptando el criterio objetivo, o atribuyéndole —como hizo la S. 11 oct. 1940, luego reiterada— un carácter intermedio, al afirmar que debe admitirse la figura del legatario de parte alícuota al no identificarse totalmente con el here-

dero, puesto que no tiene la responsabilidad *ultra vires* por las deudas hereditarias. También la S. de 22 en. 1963.

En definitiva, no parece que de la jurisprudencia puede extraerse otra conclusión que la de su admisibilidad, pero sin precisar su naturaleza.

En realidad, la precisión de la naturaleza del legado de parte alícuota exige como punto de partida fijar el concepto de «cuota». Decía antes que la sucesión en la universalidad, o en una cuota de esa universalidad, constituye una sucesión universal, una institución de heredero, cuyo carácter fundamental reside en que el sucesor responde de las deudas hereditarias «*ultra vires hereditatis*»; y decíamos también que por cuota no había que entender una parte del patrimonio sino una fracción aritmética.

En aquellos supuestos en que el sucesor no lo sea en una cuota del «*universum ius*», sino en el importe líquido, o, si se quiere, en el «residuo activo de una cuota», no estaremos ante un heredero, sino ante un legatario, porque ello no significa un llamamiento a la universalidad del patrimonio, sino una simple atribución de valor; el legatario no sucede en las deudas de su cuota, a no ser que se le hayan impuesto como cargas, y, en fin, sólo recibe del heredero lo que reste tras la liquidación del activo y el pasivo. En este supuesto falta, por tanto, el carácter fundamental de responsabilidad *ultra vires* para que se dibuje la figura del heredero. Acaso pueda concluirse, siguiendo la opinión más generalizada (PUIG BRUTAU, NUÑEZ LAGOS, VALLET, ALBALADEJO) que la participación del legatario parciario no es *pars hereditatis* sino *pars bonorum*, y por ello, las deudas le afectan en cuanto disminuyen el activo, pero no responde personalmente de ellas ante los acreedores.

La atribución en una u otra forma (*pars bonorum* o *pars hereditatis*) es una cuestión meramente interpretativa de la voluntad del testador, que encierra bastantes dificultades si el testador empleó la palabra «lego» o «legado» cuando en realidad está llamado a una cuota de la herencia, o al contrario.

5. A cuanto llevamos dicho, podemos añadir, como consideración previa a intentar la construcción del concepto del legado, que se puede ser sucesor a título singular y sin responsabilidad *ultra vires hereditatis* (caracteres del legado) por acto de última voluntad (testamento) o sólo «por causa de muerte», es decir, con carácter necesario. Es cierto que TRAVIE-SAS sostiene, sobre la base de que el legado es siempre acto de última voluntad, que en la sucesión particular legal la sucesión se opera *iure hereditario*, y no *iure legati*; pero en realidad cabe pensar que no es necesaria la contraposición, porque el art. 660 no expresa que la sucesión

particular o la universal hayan de tener su fundamento forzosamente en un acto de última voluntad, puesto que se limita a declarar que se llama legatario a quien sucede a título particular, es decir, por cualquier forma de delación, que por tanto, puede ser testamentaria o forzosa; la Ley no distingue, y lo que tenemos por cierto para el heredero, debe serlo también para el sucesor a título particular o legatario. De modo que cabe el suceder a título particular no por derecho hereditario, según piensa TRAVIESAS —lo que sería una contradicción tan evidente como suceder a título particular por vía de herencia—, sino *iure necesario*, que no es lo mismo.

Así, la sucesión particular, por acto de última voluntad, en cosa o derecho determinados, o en el residuo activo de una cuota (excluyendo así toda la responsabilidad *ultra vires*) es un legado; para algunos también lo es la sucesión particular impuesta por la ley con carácter necesario y sin responsabilidad *ultra vires* (p. ej., COSACK y EHRENZWEIG), aunque SCHIFFNER, con mejor criterio, propone la denominación, sugerida por IHERING, de «adquisición singular por causa de muerte».

Tal es el caso de la cuota usufructuaria del cónyuge viudo, conforme al art. 834, cuyo carácter de sucesión particular, no obstante suceder en cuota, deviene de lo siguiente:

1.º La cuota no recae sobre la universalidad del patrimonio, sino sobre el activo hereditario. Las SS de 26 oct. 1904, 4 jul. 1906, y otras muchas declaran que el cónyuge viudo, como «mero usufructuario», no tiene el carácter de heredero para ser demandado por razón de deudas existentes contra la herencia, pues la obligación de pagar éstas incumbe sólo a los herederos universales o que suceden en todos los derechos y obligaciones del causante, no a los llamados singularmente al disfrute temporal de una porción hereditaria, que tienen el carácter de simples acreedores. Además, lo dispuesto en el art. 510, referente a que el usufructuario que hubiese anticipado sumas para el pago de las deudas hereditarias correspondientes a los bienes usufructuados, podrá exigir del propietario su restitución al extinguirse el usufructo.

2.º Admitido antes que el legado constitutivo del usufructo de una cuota del patrimonio es un auténtico legado —lo que también afirma la jurisprudencia al considerar a los así atribuidos como llamados singularmente—, corrobora la opinión expuesta.

3.º Ese carácter de sucesión *ex lege* y no de legado, aun siendo sucesión particular lo confirma la posibilidad que ofrece el art. 839 de que el usufructo sea satisfecho mediante una renta vitalicia, con los productos de determinados bienes o un capital en efectivo.

Frente a la opinión de SANCHEZ ROMAN y VALVERDE, pienso que el hecho de que el art. 807 llame «heredero» al cónyuge viudo, se señalaran efectos a su preterición en el antiguo art. 814 (hoy reformado por la ley de 13 de mayo de 1981, que cambia sustancialmente el criterio del Código de 1889, al distinguir entre preterición errónea y preterición intencional, de acuerdo con la doctrina más reciente —Cámara, Vallet, Puig, Brutau, La-cruz—), y que el art. 855 siga hablando de causas de desheredación (aún tras la reforma del art. 852 por la ley 22/98, de 26 de mayo, de despenalización del adulterio y amancebamiento, que implicó una tácita reforma del propio art. 855, en su referencia al 756, que hoy hay que entender se refiere a las reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª y 5.ª de aquél) no permiten convertir en heredero al cónyuge, no sólo por las razones que señala certeramente DE BUEN, con referencia al antiguo art. 814, en relación a que su preterición no anulaba la institución de heredero, sino porque fácilmente se comprende que todos estos preceptos no tienen otra finalidad que la de reforzar la condición de sucesor necesario del cónyuge viudo, pero no precisamente su condición de heredero. Como ya puse de relieve, el Código utiliza erróneamente el término «heredero forzoso», por el mucho más amplio de «sucesor necesario».

Por cuanto llevamos dicho, acaso podría intentarse formular un concepto positivo del legado diciendo que es «toda atribución patrimonial a título particular hecha en testamento a favor de persona o personas determinadas que exime al atribuido de toda responsabilidad por cargas que excedan del valor de la atribución».

La expresión «atribución patrimonial» indica una atribución de valor que puede, o no, significar un enriquecimiento, una liberalidad. Se da incluso en el legado de deuda, porque en todo caso concede al legatario una acción que no tenía, la derivada del legado, sin contar su carácter de reconocimiento e incluso, la posibilidad del art. 873, que atribuye al legatario el derecho a cobrar el exceso si lo que se le atribuye excede en valor al importe del crédito.

La expresión «hecha en testamento» trata de reducir el legado al contenido en acto de última voluntad, distinguiéndolo de la sucesión particular ordenada por la ley, es decir los llamados «legados legales».

En cuanto a la no responsabilidad *ultra vires* por las deudas del causante, sino hasta el valor de la atribución, es la consecuencia del carácter de sucesión particular del legado, que prefiero destacar porque en definitiva, es el más permanente carácter del legatario.

II. ELEMENTOS DEL LEGADO

6. Elementos personales. El prelegado

En Derecho Romano, por el principio de subordinación del legado a la herencia, eran tres, indispensablemente, los elementos personales o sujetos del legado: el *de cuius*, que lo ordena; el heredero gravado y el legatario, que lo recibe. Este parece ser, a primera vista, también el criterio del Código que en el art. 858 menciona al testador, al heredero o legatario gravado y al que recibe el legado. Es decir, que causante, heredero y legatario serían los términos inexcusables de todo legado. Mas siendo hoy válido el testamento aunque no contenga institución de heredero, los términos o sujetos esenciales son dos: testador y legatario, pudiendo éste no existir todavía al abrirse la sucesión (art. 218 Comp. Catalana) pero sí es necesario que no haya dejado de existir ya.

En cuanto al testador, puede objetarse que su inclusión como sujeto del legado es más que discutible, porque su intervención es en el acto de última voluntad, pero cuando el legado adquiere virtualidad es cuando precisamente el testador desaparece como sujeto. Sin embargo, como sujeto del acto de última voluntad que ordena, hay que tenerlo en cuenta en orden a su capacidad para el acto dispositivo.

Todavía puede añadirse, con un más detenido examen del Código, y con la salvedad ya hecha, que, si bien normalmente son esos tres los sujetos del legado, no lo son necesariamente, porque abandonado el principio de subordinación del legado a la institución de heredero, el propio Código contempla en el art. 891, el supuesto de que toda la herencia se distribuya en legados, sin heredero gravado.

De modo que los tres elementos pueden coincidir, y eso será lo normal, pero sustancialmente no es necesaria esa coincidencia, pues pueden establecerse los siguientes supuestos:

1) Causante y legatario (toda la herencia distribuida en legados), lo que no excluye que exista algún heredero abintestato, en última instancia el Estado, pero no será un gravado. La intervención del testador se concreta al acto dispositivo.

b) Testador, heredero, gravado y legatario.

b) Testador, legatario, gravado y un tercero (sublegado).

d) Causante y heredero favorecido por un legado además (prelegado).

La capacidad que exige para disponer del legado es la misma que se

exige para poder testar, y tiene capacidad para recibir un legado el que la tiene para recibir por testamento. Conforme al art. 758 (modificado el párr. 2.º por la ley 22/78 de despenalización del adulterio y amancebamiento, al suprimir la referencia al n.º 5.º del art. 756), la capacidad del legatario debe determinarse al tiempo de la muerte del *de cuius*, al igual que la del heredero.

Sin embargo, con referencia al sujeto que se grava con el legado, su responsabilidad no es idéntica según que el gravado sea un heredero o un legatario al que se le impone un sublegado, diferencia que tiene su fundamento en la condición de sucesor universal, que es el heredero, y la de sucesor particular, que es propia del legatario. Y así, mientras los herederos que acepten puramente la herencia, tienen que cumplir el legado, aunque su valor sea superior a la cuantía del haber hereditario (salvo el caso de que siendo heredero forzoso, el legado lesionara la legítima), el legatario, conforme al art. 858, sólo responde al gravamen hasta donde alcance el valor del legado. El heredero a quien se le haya impuesto es el obligado a su cumplimiento, y en defecto de designación, según el art. 859, quedarán obligados todos en proporción a su haber respectivo, es decir, mancomunadamente y no de forma solidaria. La misma presunción de mancomunada persiste si el testador ha impuesto el legado sólo a un grupo de los coherederos. Regla que por analogía será extensible en el caso del sublegado puesto a cargo de todos los legatarios o de un grupo de ellos, estableciéndose las cuotas en proporción y con el límite del valor recibido (LACRUZ). El 4.º de los supuestos antes establecido es el de la sola concurrencia del testador y el heredero favorecido, además, con un legado, es decir, *el prelegado*.

Así, por prelegado se entiende el legado que el testador deja a uno de sus herederos, aparte de su porción hereditaria. Según RUGGIERO, en Derecho romano el prelegado, por el principio de subordinación del legado a la institución de heredero, era una figura tan anómala que sólo con limitaciones podía ser admitida, hasta el punto de que las fuentes no utilizan la expresión «*praelegatum*», pues si el legado se hacía al heredero único era nulo, al confundirse en una misma persona los dos imprescindibles sujetos del legado, y siendo el legado prestación del heredero, resultaba la anomalía de que éste se convirtiera en acreedor y en deudor de sí mismo. Por eso, sigue diciendo RUGGIERO, cuando el prelegado recaía en uno de entre varios herederos era nulo en la parte del heredero favorecido y válido en la cuota o cuotas que debían satisfacer los demás herederos.

Modernamente, VITALI piensa que no cabe tampoco nombrar legata-

rio al heredero, porque este no puede recibir de sí mismo lo que está ya en su patrimonio. Mas lo cierto es que hoy, perdido el lazo de necesaria dependencia que existía en Derecho romano, entre la institución de heredero y el legado, son dos formas de atribución distintas y compatibles entre sí, y la opinión dominante es favorable a su admisión. Incluso autores como COVIELLO distinguen la existencia de un prelegado genérico, que es todo legado hecho al heredero, y otro específico, que es legado hecho a un coheredero gravando todo el haber hereditario.

En nuestro derecho no cabe discutir la existencia del prelegado: los arts. 821 y 890 prevén el supuesto de concurrencia del carácter de heredero y legatario en una misma persona, haciéndolos compatibles, sin contar con que la supuesta incompatibilidad de ser acreedor y deudor de sí mismo no se da en el caso del heredero que acepta a beneficio de inventario. Es exacta, además, la observación de TRAVIESAS cuando dice que incluso para el prelegatario heredero único, ofrece ventajas el prelegado, pues puede aceptar el legado y repudiar la herencia (cfr. art. 890-2.º), y exigir que los acreedores no reclamen contra el prelegado, sino en el caso de no quedar bienes suficientes en la herencia para pagarles (art. 1.029).

7. Elementos reales del legado

En teís general, siguiendo a CASTAN, pueden ser objeto del legado todas las cosas, presentes o futuras, corporales o incorporales, con la única condición de que sean posibles, determinadas y susceptibles de trasmisión. El art. 865 declara expresamente nulo el legado de cosas *extra commercium*.

Fuera de este límite del 865, considera TRAVIESAS que está el legado de usufructo existente en el patrimonio del causante, porque éste se extingue con la muerte del testador. De modo que el legado de usufructo se sobreentiende referido al legado *constitutivo* de usufructo excluyendo el «legado traslativo».

Se dice que es posible suceder al usufructuario en el caso de un usufructo temporal, cuando el usufructuario fallece antes de transcurrido el término (MANRESA); pero otros (SANCHEZ ROMAN) lo niegan en absoluto. Aún hay una tercera opinión de la que participan VALVERDE y BONET, en el sentido de que la sucesión es posible si hubo pacto expreso de que el usufructo continúe después de la muerte del usufructuario, hasta el cumplimiento del plazo; de manera que sin tal pacto el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario, aunque no haya transcurrido el plazo. Esta última tesis parece ser la sostenida, desde luego en *obiter dicta*, por

las SS de 1 oct. 1919 y 2 julio 1952, pero en ellas se habla de un pacto al constituirse el usufructo «que autoriza su transmisión a ulteriores personas», con lo que no parece que estemos ante una derogación del principio de extinción del usufructo por muerte del usufructuario, sino acaso ante la constitución de un usufructo sucesivo (cfr. art. 469). La licitud del legado no excluye la de cosas presentes o futuras, ni de hechos positivos o negativos, con tal de que no estén fuera del comercio, o de aquéllos que impongan la realización de un hecho o abstención ilícitos o contrarios a la Moral o al público modo de sentir.

La determinación del objeto del legado plantea el problema de la designación ambigua. Según GANGI, por designación ambigua hay que entender aquélla que abraza, al mismo tiempo varios objetos de especie diversa; el legado es nulo porque es incierta la voluntad del testador, dando margen a que el gravado pretenda cumplir el legado con una prestación irrisoria, como ocurriría en el caso de que atribuyendo el legado simplemente «un bien», el gravado lo cumpliera entregando al legatario cualquier objeto de ínfimo valor. No es ilimitada sin embargo la ordenación de los legados, cuya cuantía aparece siempre limitada por el régimen de legítimas, de modo que, mientras haya herederos forzosos, sólo puede el testador imponer legados sobre la parte de libre disposición. Sobre el tercio de mejora sólo pueden imponerse prelegados a favor de los hijos o descendientes, conforme al art. 828.

8. *Elementos formales*

Superadas las formas especiales y privilegiadas de ordenar el legado, características del Derecho Romano, la forma del legado consiste en la exigencia de que sea ordenado precisamente en testamento, hoy única forma de expresar válidamente la última voluntad.

Como atribución que es, precisa la determinación de la persona del legatario, por su nombre o circunstancias, e, igualmente, el objeto del legado, mediante las circunstancias precisas de género, especie o cantidad cuando se trata de una cosa material (res) que hagan posible la atribución a título singular.

Puede el testador no utilizar las palabras «mando» o «lego», puesto que el art. 768 establece que el heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario (lo que admite reparos si se acepta el criterio subjetivo sobre la naturaleza de la sucesión). En todo caso, deberá aparecer clara la disposición, y no el mero ruego o recomendación dirigida a los herederos, lo que es siempre un tema de interpretación.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, *Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario*. R.D.P. 1978 y *Comentario a los arts. 858-891 del C.C. T. XII de los Comentarios al C.c. y a las Compilaciones forales*. EDERSA. 1981.
- ASCOLI, *Nota a Sent. Corte di Cassazione di Palermo in Il Foro Italiano*, 1889, p. 635.
- BIANCA, *Diritto Civile*, T. II. *La famiglia. Le successioni*. 1981.
- BIONDI, s.v. *Legato en Novss. Digesto italiano*, T. IX.
- BONET, *Compendio de Derecho Civil*, V. 1965.
- BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*. Trad. Esp. de Bacci Larrosa, 1929.
- BORSARI, *Comentario del Codice Civile Italiano*, III, 1.º, 1874.
- BRUGGI, *Instituzioni di Diritto Civile Italiano*, 1923, (4.ª ed.).
- CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 8.ª ed. 1979.
- CASTAN VAZQUEZ, *La interpretación del testamento en Derecho común*. R.D.P., 1973.
- CLEMENTE DE DIEGO, *El prelegado en el Derecho Romano y en el moderno*, 1927, y sus *Instituciones*, ed. 1959, revisada por Cossio y Gullon.
- DEGNI, *Lezioni di Diritto Civile. La successione a causa di morte*. 1935.
- DE BUEN, *Derecho civil español común*. 1922.
- DIAZ CRUZ, *Los legados*. 1951.
- FADDA, *Concetti fondamentale del Diritto ereditario romano*, I, *Eredità e legato*. 1949.
- FERRARA, *Legato a tacitazione di legitima*, *Riv. D. Civile*, 1922, p. 417, y *Scritti giuridici*, III, 1954.
- FERRINI, *Notas a GLÜCK, Comentario alle Pandette*, L. XXX-XXXII por ARNDTS y SALKOWSKI, 1898 y 1901, resp.
- GANGI, *I legati nel Diritto civile italiano*, T. I, 1933. *La sucesione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, II, 1948.
- GROSSO, *I legatti nel Diritto romano*, 1922.
- HARMANN, *Über Begriff und Natur der Vermachtnisse nach römischen Rechte*, 1872.
- LACRUZ, *Derecho de sucesiones, Parte general*, 1961. *Notas a BINDER, Derecho de Sucesiones*, 1953. *Elementos*, V, 1981.

- PUIG BRUTAU, *La interpretación del testamento en la Jurisprudencia*, AAMN, T. XXIII, 1962; y sus *Fundamentos*, V, 1975.
- OSSORIO, *Manual de sucesión testada*, 1957.
- PACIFICI-MAZZONI, *Tratatto delle Successione*, VII, *Dei legati*, 1900.
- ROYO, *Derecho sucesorio «mortis causa»*. 1951.
- RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. esp. de Serrano Suñer y Santa Cruz, 1931.
- SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil*, T. VI, 3.º 1910.
- SCUTTO, *Il legato de cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui*. *Riv. D. Civile*, 1916, p. 84.
- SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. esp. de Mesia Poley, II. 2.ª ed. s.f.
- TRAVIESAS, *Legados*, R.D.P. 1931; y el *El Testamento*, s.f.
- VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, 1939, T. V.
- VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, III, ADC. 1952 y *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, I, *Las legítimas*, 2.º, 1974.
- VITALI, *Il Diritto Civile Italiano*, P. IX, *Delle successione legittime e testamentarie*, II, 1924.
- VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, trad. esp. notas de Castán. 1928, T. I, p. 228 y ss.