

el n. 23. al *vers.* Si los padres, ser nulos los testamentos en que los ascendientes ó descendientes desheredan sin expresar causa alguna, fundados en las *leyes* 10. y 11. de d. tit. 7., que lo prueban bastantemente; y hablando de lo mismo d. l. 1. dice tambien que no valen; pero si se repara con cuidado todo su contesto, parece quiere significar que no valen, previa la rescision, esto es, que deben ántes rescindirse: de modo que la cuestion de si eran nulos, ó necesitaban rescindirse tales testamentos, tan reñida, atendido el Derecho romano, entre sus intérpretes, queda á nuestro entender tambien dudosa en las leyes de las Partidas, é inclinamos mas á que necesitan de rescision. Si el desheredado callase dejando pasar cinco años desde que el heredero nombrado entró en la herencia, no podrá intentar la querrela de inoficioso testamento (1), salvo si fuese menor de 25 años, que puede hacerlo durante su menor edad, y cuatro años despues, l. 4. d. tit. 8. Y si el mismo desheredado aprueba el testamento, recibiendo para sí ó para otro algun legado que en él se dejaba, ó defendiendo el testamento, como abogado ó procurador de otro, ó le consintiese de cualquiera otra manera semejante, no podrá querrellarse contra él, l. 6. d. tit. 8. (2). Si el padre instituye heredero á su hijo en porcion menor de la que se le debe por legítima, queda válido el testamento, y el hijo con derecho de pedir el suplemento de su legítima; porque ni está preterido, ni desheredado, l. 5. d. tit. 8. (3). Quebrantado el testamento, va la herencia á los herederos abintestato; pero se conservan los legados que en él se dejan, l. 7. d. tit. 8. (4), y las mejoras de tercio y quinto, l. 8. tit. 6. lib. 10. de la Nov. Rec. (24. de Toro) como tenemos dicho.

(1) L. 8. s. últ. l. seq. de inof. test. (2) L. 25. s. 1. de inof. test.

(3) Nov. 115. cap. 1. (4) D. Nov. cap. unde, auth. Ex causa de lib. præter.

## TÍTULO VI.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO, LEGADOS, FIDEICOMISOS, LEY FALCIDIA, Y DE LOS CODICILOS.

Tít. 6. lib. 10. de la Nov. Rec. tit. 9. P. 6.

1. De las legítimas de los hijos y de los padres, y cómo pueden disponer unos y otros de sus bienes.
2. Qué mejora se saca primero, la del tercio ó la del quinto.
3. Dónde pueden hacerse las mejoras, y cuándo son revocables ó irrevocables: y de las promesas de mejorar ó no mejorar.
4. De qué bienes se sacan las mejoras y los legados.
5. Sobre el señalamiento de bienes en que han de satisfacerse las mejoras.
6. 7. Cómo deben imputarse las donaciones que hacen los padres á sus hijos, y la diferencia que hay en ello entre varones y hembras.
8. 9. Tres ejemplos que esplican la doctrina antecedente.
10. 11. 12. Cosas que no se llevan á colacion, y ni aun se imputan en mejoras en las divisiones de las herencias.
13. Qué sea legado, quiénes pueden legar y á quiénes.
14. 15. Del legado de las cosas ajenas y de las empeñadas; y qué deba decirse cuando el testador legare la escritura y cosas no existentes.
16. Del legado de las cosas que están fuera del comercio, y de las incorporales.
17. Del legado general.
18. Qué deba decirse cuando el testador erró en el nombre de la persona ó de la cosa.
19. 20. Del legado que se hace con causa ó con modo; cuándo pasa al legatario el dominio de la cosa legada, y se le deben sus frutos: y qué ha de decirse cuando se lega á dos una misma cosa.
21. 22. Cuándo se estinguen los legados.
23. Cuándo se lega dos veces una cosa.

24. *Dónde se puede pedir la cosa legada.*  
 25. 26. *De la ley Falcidia.*  
 27. 28. *De los fideicomisos.*  
 29. *De los codicilos.*

1 Es digno de tenerse muy presente en España el asunto de mejoras de tercio y quinto, porque, apenas hay testamento de padres entre hijos que no las contenga. En él conviene saber ante todas cosas, que todos los bienes de los padres son legítima de sus hijos, á escepcion de su quinta parte, que hablando sustantivamente solemos llamar el quinto, el cual, y no mas, pueden dejar por su alma, y á quien les parezca, *l. 8. tit. 20. lib. 40. de la Nov. Rec.* (28. de Toro). Y de los padres son legítima todos los bienes de su hijo que no tiene descendientes, á escepcion del tercio, del cual, y no de mas, tiene esta libertad de disponer como quisiere, *l. 4. tit. 20. d. lib. 40. (6. de Toro)*. Pero aunque el padre (entiéndase siempre lo mismo de la madre) solo pueda dejar el quinto á estraños, tiene libertad para dejar el tercio á uno ó muchos de sus hijos, segun quisiere, y aun á sus nietos, aunque á estos les viva su padre, *l. 2. tit. 6. d. l. 40. (18. de Toro)* Y aun añaden Molina de *Hispan. primog. lib. 2. cap. 11. n. 5.* y Covarr. *lib. 4. var. cap. 49. n. 4. vers. Obiter*, que en el caso de tener un padre solamente un hijo, y de él uno ó muchos nietos, podrá dar el tercio al nieto que le pareciere: cuya opinion nos parece bien, sin embargo de tener la contraria Antonio Gómez en *d. l. 18. de Toro*, por la razon en que la funda el mismo Covarr., que el tercio no es legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos en comun respecto de los estraños, en quanto no puede darse á estos, habiendo descendientes, que es la única prohibicion que tiene el padre testador.

2 Cuando el padre deja á alguno de sus hijos el tercio ó el quinto de sus bienes, se dice, que les mejora, y de ahí viene, que el *tit. 6. del libro 40. de la Nov. Rec.* tiene la inscripcion: *De las mejoras de Tercio y Quinto*; porque con efecto los hace de mejor condicion que á los otros en quanto á la sucesion. Si hiciere ambas mejoras, se sacará primero la del quinto, *l. 214. del Estilo*, que está en observancia, y parece haberse esto introducido á favor del

alma del testador, como dice Gómez en la *l. 17. de Toro, n. 2*. Pero exceptúa bien Angulo de *meliorat.* en la *ley 9. glosa 2. n. 45.* el caso en que el testador tuviese hecha de antemano irrevocablemente la mejora del tercio, porque entónces la del quinto habria de sacarse del patrimonio que le restaba al testador despues de estraída la del tercio. Y la misma antelacion de sacarse ántes la mejora del tercio, tendrá generalmente lugar, como advierte Cifuentes en la *ley 25. de Toro, cerca del fin*, siempre que el testador lo quiere así; porque estando instituido por favor del alma del mismo testador, que se saque ántes el quinto que el tercio, por ser de este modo mayor, puede renunciar este favor.

3 Los padres pueden hacer estas mejoras en testamento, ó por contrato entre vivos. Si las hicieren del modo primero, las pueden variar hasta que mueran; porque hasta entónces pueden variar el testamento, como hemos visto. Y lo mismo debe decirse si las hubiesen hecho por contrato entre vivos, si no es que hubieren entregado la posesion de las cosas que abrazan las mejoras, al mismo mejorado ó á su procurador, ó á lo ménos en lugar de la posesion la escritura que contiene la mejora delante de escribano; ó finalmente si no es que la mejora se hubiese hecho por causa onerosa con otro tercero, como de matrimonio ú otra semejante. Porque en estos casos solo podrá revocarse, cuando el padre se hubiese reservado derecho para ello, ó sucediere alguna de aquellas causas en que, segun nuestras leyes, pueden revocarse las donaciones perfectas, hechas con arreglo á derecho, *l. 4. tit. 6. (17. de Toro)*. Y en quanto á promesas de mejorar ó no mejorar, establece la *ley 6. del mismo título 6. (22. de Toro)* estar obligado á cumplir la promesa el padre, que con escritura pública prometió á alguno de sus descendientes que á ninguno mejoraria, y que si mejorara á alguno no valdria: como asimismo que tambien habrá de cumplir la promesa el que la hizo á alguno de sus descendientes, de que le mejoraria por casamiento ú otra causa onerosa; y si no hiciere la mejora, se dará por hecha pasados los dias de su vida. Se exceptúa de esto último la promesa que el padre hizo á la hija por causa de doté ó matrimonio, como luego veremos.

4 Estas mejoras se regulan por lo que valen los bienes

del padre al tiempo de su muerte, y no al en que se hicieron, *l. 7. d. tit. 6. (23. de Toro)*. Y de ahí se toma la razon de no sacarse las mejoras de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos trajeren á colacion y particion, segun lo previene la *ley 9. d. tit. 6. (25. de Toro)*; porque estas salieron ya del patrimonio del padre cuando se otorgaron. Y en la misma razon se funda la *ley 5. d. tit. 6. (21. de Toro)* en cuanto dice, que los mejorados sufran prorata la obligacion de pagar las deudas del difunto, por la bien sabida regla de no decirse bienes, sino lo que sobrare despues de haberse pagado las deudas (1). La razon de los legados y gastos del entierro es muy diferente, porque no siendo deuda que debia el difunto, no disminuye sus bienes, y como á carga que impone el mismo testador, se han de satisfacer de solo el quinto, *l. 9. tit. 20. l. 40. (30. de Toro)*. Ni puede dejar de ser así, porque no pudiendo el padre imponer gravámen á la legitima de sus hijos, *l. 11. tit. 4. P. 6. (2)*, y siéndolo todos sus bienes, á escepcion del quinto, como hemos dicho, es preciso se saquen de él estos gastos. Pero debemos advertir aquí la especial doctrina de la *ley 11. d. tit. 6. (27. de Toro)*, que permite á los padres imponer gravámen de restitucion al tercio que dejaren á sus hijos en el siguiente órden: I. A favor de sus descendientes legítimos. II. De los ilegítimos que tengan derecho de suceder. III. De los ascendientes. IV. De los parientes. V. y último. De los estraños. Cuya imposicion de gravámen perpetuo cesa en el dia por la *cédula del año 1789*, que esplicamos mas abajo en *el tit. sig. n. 2*. Por la misma razon de no ser legítima de los padres el tercio de los bienes de los hijos, nos parece bien la opinion de Covarr. en el *cap. Reynaldus, § 3. n. 4.* y Angulo de *meliorat. l. 3. glosa 3. n. 7.* citando á otros, de que no teniendo el testador descendientes, sino solo ascendientes, se sacarán del tercio de sus bienes estas cargas de gastos de entierro y legados.

5 Está permitido á los padres señalar las mejoras que hicieren en la cosa cierta ó parte de su herencia que quisieren; pero no el poder cometer á otra persona alguna esta facultad, *l. 3. d. tit. 6. (49. de Toro)* que no admite, á

(1) L. 59. § 4. de verb. sign. (2) L. 52. C. de inof. testam.

nuestro dictámen, la restriccion de Azev. en *d. l. 3. n. 32.* y Angulo de *meliorat. l. 3. glosa 4. n. 4.*, de que debe entenderse de la comision general, pretendiendo poder tener lugar la especial; porque debieron haber observado, que dicha *ley 3.* tuvo los mismos autores, y fué establecida en el mismo tiempo y ciudad de Toro, que la *4. tit. 49. lib. 40. de la Nov. Rec. (31. de Toro)*; y de consiguiente, que si la intencion de sus autores hubiese sido, que se pudiese conceder facultad especial para señalar los bienes de las mejoras, lo habrian espresado así, como lo hicieron en la citada *ley 4.* hablando de la facultad de mejorar, desheredar, y otras. Pero juzgamos no alcanzar esta prohibicion á impedir al padre que pueda cometer al mismo hijo que mejora, el que pueda señalar ó escoger los bienes en que haya de consistir la mejora; y así vemos practicarse. Fundamos esta opinion en dos razones: I. Dicha *ley 3.* cuando prohíbe poderse cometer la facultad de señalar, usa de las palabras generales: *A otra persona alguna*, sin hacer la menor mencion del hijo mejorado, en quien podia haber mayor dificultad; y por ello no es creible quisiese incluirle en la prohibicion general, puesto que en la obligacion general no se comprenden las cosas, que por no ser verosímil pensase en ellas el que se obligó, necesitan de mencion especial, *l. 5. tit. 13. P. 5. (1)*, lo que con algunos símiles prueba Barbosa en el *axioma 206.* II. Porque la facultad de señalar bienes en que consista la mejora, versa en utilidad de los mismos hijos, y de consiguiente se debe ampliar en beneficio de ellos. Y cuando hubiere señalamiento de bienes, en ellos deberán pagarse las mejoras, ó en parte de la herencia del difunto, si no hubiere señalamiento, sin que les sea permitido á los demas descendientes del testador pagarlas en dinero efectivo, si no es que la cosa no tuviere cómoda division, *l. 4. d. tit. 6. (20. de Toro)*. Y podrá el mejorado admitir las mejoras, aunque renunciare la herencia, pagando prorata las deudas del difunto, *l. 15. d. tit. 6. (21. de Toro)*; pues deben sufrir esta carga, como dijimos arriba *n. 4.*, y tambien quedan válidas cuando se rompe ó anula el testamento por pretericion ó exheredacion, como insinuamos en el *n. últ. al fin del titulo antecedente.*

(1) L. 6. de pignor.

6 Si el padre hiciere donacion simple á alguno de sus hijos, se entiende que les mejora, aunque no lo espresé, y se imputa y aplica la donacion primeramente al tercio, despues al quinto, y lo que sobrare á la legitima, *l. 10 d. tit. 6. (26. de Toro)*. Pero si la donacion fuere por causa, se cuenta primero por legitima, despues se aplica al tercio, y últimamente al quinto. Y cualquiera donacion que escenda estos cotos de legitima y mejoras de tercio y quinto, es en cuanto al exceso inoficiosa, y debe restituirse á los demas interesados, porque ningun hijo puede recibir mas de la herencia de su padre, *l. 5. tit. 3. lib. 10. de la Nov. Rec. (29. de Toro)*. Puede verse á Azev. en *d. l. 10. n. 26.* y á Covarr. in *cap. Reynaldus* § 2. n. 16. *et seq.*, que concilian de esta manera las citadas leyes 26. y 29. de Toro, que á algunos han parecido contrárias. Y adviértase, como muy digno de saberse en este particular, que ningun padre puede dar ni prometer por via de dote ni casamiento á su hija tercio ni quinto de sus bienes, ni puede esta entenderse tácita ni espresamente mejorada por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que lo que mas diere ó prometiére, lo haya perdido ó pierda, *l. 6. tit. 3. lib. 10. de la Nov. Rec.*, que suele llamarse la *Pragmática de Madrid*, por haberse establecido allí en el año 1534.

7 No prohibe esta ley á los padres que mejoren á sus hijas en testamento, como no lo hagan con respecto á la dote en fraude de ella, como lo prueba Azevedo comentándola latamente, y esplicando las dudas que sobre ella pueden ocurrir. En el n. 6. y siguientes examina con fervor la cuestion muy probable por ambas partes, de si vale ó no la promesa que el padre dotante hace á su hija y marido de ella, que no mejorará á ninguno de sus otros hijos. Apoya con muchas razones la opinion afirmativa que defiende, y refiere estar por la contraria su amigo y conciudadano Gutiérrez, fundado en otras varias. Inclínamos á la de este autor principalmente por la poderosa razon de que siendo el vivo espíritu de dicha ley 4. en todas sus partes, el coartar los excesos en las dotes, deben interpretarse todas las dudas sobre su inteligencia, ántes con estrechez, que con amplitud. La ventaja que tienen los varones sobre las hembras, de que las donaciones *propter nuptias* les pueden aprovechar para mejoras, cuando á las

mujeres no les pueden servir á este fin sus dotes; las compensan estas muy bien en que las dotes que se les dieren ó prometieren, quedan preservadas del vicio de inoficiosas, con tal que quepan en los bienes del padre, segun la estimacion que tenian en el tiempo en que las dió ó prometió, ó en el de su muerte, segun escogieren las mismas hijas dotadas; y en las demas donaciones se ha de atender precisamente al tiempo de la muerte, *d. l. 5. tit. 3. lib. 10. de la Nov. Rec. (29. de Toro)*.

8 Pongamos tres ejemplos, que abrazando casi toda la doctrina que hemos sentado, den mas cómoda instruccion: I. Un padre dejó tres hijos, Pedro, Juan y Diego, mejorando en el tercio á Pedro, y á Juan en el quinto. Tenia 1700 pesos: debia 200: legó 400, y en su entierro se gastaron 50. Ante todo se pagarán las deudas, y con esta baja quedarán 1500, de los cuales tocarán á Juan 300 por su quinto, y de los restantes 1200 pertenecerán á Pedro 400 por el tercio, y los 800 sobrantes se dividirán en tres partes iguales entre los tres. Y solo Juan pagará los legados y gastos del entierro por razon del quinto; de suerte que de este solo le quedarán 150. Si en este ejemplo tuviere el testador un nieto, podrá dejarle las mejoras, y dejándole la del quinto, habria de pagar los legados y gastos del entierro. II. ejemplo: El mismo padre ademas de lo referido en el primer ejemplo, tuvo una hija, á la que dió en dote 400. El quinto y el tercio serán el mismo, porque no se pueden sacar de los 400 dotales. Se acumularán pues ó unirán estos 400 pesos á los 800 que quedan despues de estraidos el quinto y el tercio, y saldrá un cúmulo de 1200, que debiendo dividirse en cuatro partes iguales, tocarán á cada uno 300. Y por cuanto la hija tenia ya recibidos 400, habrá de restituir 100, por ser la dote en este exceso inoficiosa; si no es que escogiere elegir el tiempo en que se dió ó prometió la dote, en el cual era tan cuantioso el patrimonio del dotante, que podia bastar para dicha dote: en cuyo caso retendria los 400 dotales, y los restantes 800 se dividirian igualmente entre sus hermanos.

9 III. ejemplo. El mismo padre no habiendo dejado mas hijos que los tres referidos en el I. ejemplo, habia hecho á Pedro una donacion simple de 1000, y á Juan otra por causa de 300. Pedro se entenderá mejorado en los

4000, de modo que los imputará en el tercio, quinto y legítima. Y en atención á que las mejoras dicen solamente respecto al patrimonio del difunto al tiempo de su muerte, que segun hemos visto solo importaba 4500, será el tercio y quinto el mismo que en los dos anteriores ejemplos. Se ejecutará pues la division en la manera siguiente: de los 4500, patrimonio del difunto, tocan á Pedro 700 por su quinto y tercio; y á los 800 restantes se acumularán 4300, importe de las dos donaciones, y saldrá el cúmulo de 2400, y dividido este en partes iguales, importará 700 la legítima de cada uno de los tres hijos. Segun esto, de los 4500, importe del patrimonio del padre, se darán 400 á Pedro, que juntos con los 4000 que tenia por su donacion, forman su total haber de 4400, esto es, 700 por mejoras, y otros tantos por legítima. A Juan se le darán otros 400, que unidos á los 300 que tiene por su donacion, le forman la legítima de 700 que le corresponde. Y á Diego se le darán los 700, resto del patrimonio del difunto, que son su legítima.

40 Con lo que hemos dicho hasta aquí está á la vista casi todo lo que debe tenerse presente para dividir entre hijos una herencia paterna. Solo falta examinar las dudas que puede haber sobre si los hijos deben llevar á colacion para ejecutarse, ciertos bienes que tienen, ó gastos que por ellos han hecho sus padres; lo que vamos á manifestar. Es constante no deberse llevar á colacion por los hijos, los bienes que hubieren recibido de sus padres en razon de mejoras; porque la colacion está instituida para guardarse la igualdad entre los hijos, y las mejoras la destruyen. Pero las dotes, donaciones *propter nuptias*, ú otra cosa que los hijos han recibido de sus padres, y no pertenecen á mejoras, es preciso las lleven á colacion, para que aumentando con ellas el patrimonio del padre, se pueda dividir con igualdad entre ellos; bien que si los hijos que las recibieron se quisiesen apartar de la herencia, lo podrán hacer, salvo que si fueren inoficiosas, habrán de tornar á los demas herederos el esceso en que lo fueren, *d. l. 5. tit. 3. lib. 40. de la Nov. Rec. (29. de Toro)*. Y asimismo ha de llevar el hijo á colacion y particion el peculio profecticio que tuviere, *l. 3. tit. 45. P. 6.*; pero no el castrense, ni quasi castrense, ni el adventicio; porque estos le quedan

libres para sí, sin derecho alguno de sus hermanos á ellos, *l. 5. d. tit. 45.*

41 Tambien queda para solo el hijo, sin obligacion de llevarlo á colacion, lo que el padre hubiere gastado en darle estudios, ó armarle caballero, y los libros que le dió para aprender alguna ciencia, *l. 3. tit. 4. P. 5. d. l. 5.* Pero quieren nuestros intérpretes, que lo haya de imputar y tener á cuenta de mejoras, á ejemplo de lo que hemos dicho de la donacion simple: lo que nos parece no ser conforme al contesto de *d. l. 5.*; porque ademas de no permitirlo aquellas palabras: *No gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*, esclusivas de toda imputacion, vemos compararse en ella estos gastos al peculio castrense ó quasi castrense, exento en un todo de imputarse. Y aunque pudiera admitirse esta opinion en cuanto á los libros, en el caso de que los mismos ó su equivalente existieren en poder del hijo, porque aumentan su patrimonio, y puede considerarse que los tiene el hijo por donacion simple; no tiene esto lugar en los gastos del estudio, que deben reputarse alimentos ya consumidos, que no aumentan el patrimonio; y de los alimentos no hay imputacion.

42 Y por la misma razon de no aumentar el patrimonio los Doctorados ú otros grados de las universidades, ú otras cualesquiera dignidades que no tienen salario, ni otros frutos civiles, sí que por lo contrario son una especie de carga de honor; somos tambien de dictámen, que lo gastado por el padre en la consecucion de estos grados ú oficios, no lo debe imputar el hijo, ni aun en cuenta de mejoras, sí que ántes bien, lo que se deba por esta razon, se deberá pagar de la comun herencia del padre, como lo pensó el celebérrimo juriscónsul Papiniano (1). Y en verdad si la cosa se mira á fondo, ¿qué otra cosa es el grado de la Universidad, que *Premio y testimonio de idoneidad en asunto de ciencias, que uno se ha adquirido con sus propios sudores y vigiliás, en beneficio de la república?* ¿Y quién no juzgará ser una cosa incivil y vergonzosa, pretender los demas hijos, que su hermano así condecorado impute en parte suya el dinero espendido por este testimonio que ya se consumió? Diremos pues, que si

(1) *L. 1. § 16. de colat.*

un hijo condecorado así, fuese mejorado en tercio y quinto, sacaría sus mejoras enteras, sin que las disminuyera en parte alguna lo gastado en su grado. Así lo dispusimos en la division de la herencia de Don José Perez Mesía, corregidor que habia sido de Salamanca, que tuvimos el honor de ordenar: en la cual era uno de los herederos su hijo, el señor Don Francisco Perez Mesía, doctor del derecho civil en la Universidad de dicha ciudad, que murió después consejero del supremo Consejo de Castilla. Y aunque uno de los coherederos manifestó disenter al principio, cedió después á la fuerza de las razones que hemos referido, que conoció muy bien, por su notoria pericia; y no deja de hacer al caso lo que espresa *d. l. 5. tit. 15. P. 6. al fin.*

43 El nombre general de *mandas*, de las que trata el *titulo 9. de la Partida 6.*, comprende en nuestras leyes á lo que hablando con separacion llamamos legados y fideicomisos particulares ó singulares, que fueron ya igualados en los efectos en las leyes romanas por Justiniano (1). Dejó sin embargo alguna muy leve diferencia, y siempre quedó que una cosa fuese legado, y otra fideicomiso. Hablaremos nosotros con esta separacion, llamando *legados* á las mandas, que deja el testador con palabras directas; porque con efecto está mucho mas recibido en el uso el nombre *legado*, que el de *manda*; y decimos, que legado es *Una manera de donacion que deja el testador en su testamento ó en codicilo á alguno.* Puede hacerlo todo hombre que puede hacer testamento ó codicilo, porque en ellos deben hacerse; y pueden dejarse á todos aquellos que pueden ser instituidos herederos, bastándoles para coger el legado el tener capacidad de adquirirle al tiempo en que muriese el testador, *l. 4. d. tit. 9. P. 6.* Y para que valga el legado deberá constar ciertamente de la persona del legatario, en los mismos términos en que lo dijimos del heredero al *n. 3. del titulo antecedente, l. 9. d. tit. 9. (2).*

44 Puede el testador legar las cosas suyas y las de su heredero, y tambien las ajenas, esto es, que son de algun otro. Pero para que el legado de estas valga, es menester sepa el testador cuando las lega, que no son suyas, si no

(1) § 5. Inst. de legat. (2) L. 9. § 8. de her. inst.

es que las legara á persona que tuviese alleganza con él, así como á su mujer ó á algun pariente, en cuyo caso valdria aunque lo ignorase, por presumirse ser esta su voluntad. Si hubiere duda si el testador lo sabia ó lo ignoraba, toca al legatario probar que lo sabia. Y cuando vale este legado, debe el heredero comprar la cosa legada para darla al legatario, ó no queriéndola vender su dueño, ó pidiendo mas de lo que vale, dar su estimacion á juicio de dos peritos al mismo legatario, *l. 10. d. tit. 9. (1).* La razon de haber de probar la ciencia el legatario, es por ser el actor á quien toca la prueba, *l. 4. tit. 14. P. 3. (2).* A que se añade tener el derecho á su favor la presuncion (3). Si el testador legare una cosa empeñada, que lo estaba por tanto ó por mas de lo que ella valia, débela luir ó redimir el heredero, y darla franca al legatario, tanto en el caso de saber que está empeñada, como si lo ignorara. Pero si estaba dada á peños ó en prenda por ménos de lo que valia, solo en el caso de que supiere el testador que estaba empeñada, tendrá esta obligacion, porque si lo ignoraba, será del mismo legatario la obligacion de redimirla, *l. 44. d. tit. 9. (4).* Y si teniendo el mismo testador en su poder alguna cosa empeñada á su favor por dinero que hubiese dado sobre ella, la legara al que la empeñó, vale el legado para el efecto de haberse de entregar la tal cosa á aquel á quien se lega: pero queda este con la obligacion de haber de pagar á los herederos del difunto el dinero que sobre ella le habia prestado el testador, *l. 10. d. tit. 9.*; y de consiguiente solo se entiende legado el derecho de prenda, y no la deuda. Pero si el testador tenia en su poder alguna carta ó escritura probatoria de lo que se le debia, y la legase al deudor, se entiende que le lega ó condona la deuda, *l. 47. d. tit. 9. (5).*

45 No solo pueden legarse las cosas ya existentes, sino tambien las que están por venir, como los frutos que han de nacer de tal campo, *l. 12. tit. 9. (6).* Si dijere el testador, que legaba cien pesos que tenia en el arca, los deberá dar el heredero al legatario, si con efecto se encontrasen allí; pero si se encontrare ménos, cumplirá dando lo que se hallare. Y si se encuentra mas, solo debe dar los cien pesos, *l. 18. d. tit. 9.*, la que con esta decision da mucha

(1) § 4. Inst. de legat. (2) D. § 4. (5) D. § 4. (4) § 5. Inst. de legat. (5) L. 5. § 1. de liber. leg. (6) § 7. Inst. de legat.