

prelegado puede librarse la mujer de probar que llevó la dote al matrimonio, pues média la confesion del testador, que no puede el heredero poner en duda. 3º Á veces percibe la mujer por semejante prelegado la dote que no llevó, con tal que el testador haya espresado cierta suma. Por ejemplo, si el marido dice en el testamento: lego á mi mujer tres mil que trajo en dote, la mujer percibirá los tres mil, aunque el heredero quiera probar que esta no llevó ni una blanca. Otra cosa se dirá, si el testador no hubiese espresado la suma, pues entónces solo tomará la mujer lo que pruebe que llevó. *L. 1. §. 7. ff. De dot. præleg.*

§. DCXIX, DCXX y DCXXI. Tambien se han de distinguir con gran cuidado los legados de *género*, de *especie* y de *cantidad*. Los jurisconsultos llaman *género* á lo que los filósofos *especie*, por ejemplo, un caballo, un libro, un vestido: *especie*, al contrario, es para los jurisconsultos lo que entre los filósofos individuo, por ejemplo, el caballo que está en la cuadra, las obras de Cujacio de una biblioteca, el manto encarnado de un vestido. Últimamente la *cantidad* es el género señalado por un número, por ejemplo, cuatro caballos, mil florines. Respecto del *legado de especie*, se han de observar las conclusiones que siguen: 1ª la especie legada no perece para el heredero, sino para el legatario. Por ejemplo, si se ha legado el caballo de la cuadra, y muriese despues que el testador, el daño no es para el heredero, que no entrega otro, sino para el legatario. Dos son las razones: (a) porque el dominio de la especie legada pasa al legatario desde la muerte del testador, y la cosa perece para su dueño. (b) Porque el heredero es solamente deudor de la especie, y se libra, si perece esta, *L. 23. L. 49. pr. ff. De V. obl.* No obstante se han de añadir dos escepciones: primera, si el heredero fuese moroso, pues entónces perece para él la cosa, y no

para el legatario: segunda, si la cosa pereciese por culpa del heredero, pues entónces, como deudor, presta hasta la culpa levísima, *L. 47. §. penul. ff. De legat. 1.* 2ª Legados dos especies copulativamente, se ha de mirar si las dos son principales, ó la una principal y la otra accesoria. En el primer caso, pereciendo la una, todavía se debe la otra; en el segundo, pereciendo la principal, no se debe la accesoria, §. 17. *Inst. h. t.* Por ejemplo, uno me legó un caballo y un buei; muerto el caballo, todavía se me debe el buei. Al contrario, si uno me hubiese legado un caballo con silla y arreos, muerto el caballo, no se debe ni la silla ni los arreos, porque lo accesorio sigue á lo principal. 3ª Legada una totalidad, por ejemplo, un rebaño, el aumento y disminucion es en provecho ó daño del legatario. Y de aquí es, por ejemplo, que si el rebaño legado tenia cien cabezas á la muerte del testador, y despues se aumentó por las crias hasta ciento cincuenta, esta ganancia es del legatario. Al contrario, si el rebaño se disminuyó hasta veinte cabezas, el daño será igualmente del legatario, por la razon alegada arriba, de que el dominio de la especie legada pasa al instante al legatario, desde la muerte del testador, §. 18. *Inst. h. t.* Esto es lo que habia que advertir acerca del legado de especie. Tocante al *legado de género*, se han de tener presentes dos conclusiones: 1ª que es útil, si el género es reducido y tiene cierta determinacion. Por ejemplo, un caballo es género reducido, y cualquiera sabe lo que es; mas un animal ó una cosa son géneros vagos; y de aquí es que seria absurdo y ridículo el legado, si uno dejase á Ticio un animal ó una cosa. Pues en tal caso quedaria libre el heredero, si diese al legatario un raton, ó el pezon de una manzana, *L. 71. ff. De leg. 1.* 2ª La eleccion en el legado de género es del legatario; pero de modo que no puede elejir lo mejor. Por ejemplo, si el testador me ha legado un caballo de su cuadra, en-

tónces no tiene el heredero el arbitrio de darme el que quiera; sino que á mí me compete la eleccion, con tal que no elija el mejor, § 21 *Inst. h. t.* En lo cual se diferencia este legado del de opcion ó eleccion, de que se trata en el § *sig.*

§. DCXXII. *El legado de opcion ó de eleccion es*, cuando el testador concede espresamente al legatario, que de muchas cosas de un mismo género escoja una para sí. Por ejemplo, si dice: Pedro, escoje el caballo que quieras de la cuadra. De este legado se ha de notar lo siguiente: 1º que en él puede el legatario elegir lo mejor, lo que no puede en el legado de género. 2º Que si ha elegido una vez, no hai lugar al arrepentimiento, sino que debe imputarse á sí mismo el no haber elegido con mejor tino. 3º Que antiguamente espiraba este legado, si durante su vida no habia elegido el legatario, y por tanto no podia elegir entónces su heredero. En pocas palabras; no se trasmitia á los herederos este legado ántes de hacerse la eleccion. Pero varió esto Justiniano por la *L. ult. C. Com. de legat. et fideicomm.*, permitiendo á los herederos del legatario, que aún muerto este, pudiesen elegir; de modo que en el día tambien este legado pasa al instante á los herederos.

§. DCXXIII. Falta todavía una regla, comun al legado de género y cantidad, á saber: *ni el género ni la cantidad perecen*. La utilidad de esta regla es grande, pues si, por ejemplo, se me ha legado un caballo, ó la suma de cien florines, y despues de haber comprado el heredero el caballo ó contado el dinero, viene un ladron y le roba estas cosas, el heredero no podrá escusarse, ni por eso quedará libre del legado, porque el género y la cantidad siempre existen en el mundo, y jamas perecen.

§. DCXXIV. La última cuestion es, si pueden legarse los hechos. Se responde afirmativamente, ya porque tambien los hechos prestan utilidad, ya porque se permite al testador obligar al heredero á que este haga lo que aquel

quiera, con tal que el hecho no sea torpe, ni ridiculo, ni ilusorio. Por tanto vale un legado como el siguiente: mi heredero, estás obligado á cultivar todos los años el campo de Ticio. Al paso que seria absurdo este legado: obligo á mi heredero á que en el cumpleaños de Ticio baile desnado en la plaza.

§. DCXXV. Toca ahora hablar del difícil y sutil *derecho de acrecer* (1), que sin embargo puede reducirse á pocas y claras reglas. Es el *derecho de acrecer* un derecho, por el cual la porcion del colegatario que falta, acrece ó se agrega al que queda. Este derecho no solo se observa en los legados (2), sino tambien en las herencias, pero por razon mui diversa; pues en la herencia es necesario este derecho de acrecer, porque ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado, §. 342.; y si el testador instituyese heredero á Sempronio y Mevio, y este repudiase su parte, pasaria al heredero abintestato, si no acreciese al coheredero. Mas en los legados solo trae origen el derecho de acrecer de la voluntad presunta del testador, pues juntando á Ticio y Mevio en un legado, sin duda quiso que faltando la porcion del uno, la llevase el colegatario ántes que el heredero. De aquí es que hai tambien gran diferencia entre el derecho de acrecer de

(1) El derecho de acrecer tenia lugar en las herencias, por las leyes de Partida, según las cuales nadie podia morir intestado en parte, y en parte testado; pero ya no lo tiene desde que por las leyes posteriores puede suceder esto, de suerte que pende todo de la voluntad del testador.

(2) Cuando no hai quien suceda en los legados, porque la última persona á quien se dejan, es incierta, se distribuyen á los pobres del pueblo del testador, ó se entregan al obispo, para que este haga la distribucion que le parezca; y cuando se dejan determinadamente á los pobres, primero deben ser distribuidos á los de los hospitales é imposibilitados, según la *L. 20. tit. 5. Part. 6.* No obstante Gregorio López pone la condicion de que sea el testador del vecindario en donde hizo el testamento.

los herederos y legatarios, puesto que 1º al heredero acrece aún contra su voluntad; al legatario no siempre, ántes muchas veces es porque quiere. 2º Á los herederos siempre acrece con carga; á los legatarios á veces sin ella. 3º En la herencia no puede el testador prohibir el derecho de acrecer, y sí en los legados, *L. 57. §. 1. ff. De usufr. L. 7. De reg. jur.*

§. DCXXVI y DCXXVII. Se pregunta, ¿cuáles son los requisitos del derecho de acrecer? Se responde, que dos. Uno que el colegatario falte ántes de la muerte del testador, pues si aquel sobrevive un solo momento, pasa el legado á los herederos, y por tanto no acrece al colegatario, *L. un. §. 5. De caduc. toll.* Otro, que estén unidos; y se entiende que lo están los legatarios, cuando son llamados á una misma cosa, como: doi, lego mi fundo á Ticio y Mevio. Al contrario, si á Ticio se legase una casa, y á Mevio un prado, faltando cualquiera de los dos no acrece nada al otro, sino que el legado se queda en el cuerpo de la herencia.

§. DCXXVIII. Ahora se ha de examinar cuántas especies hai de conjuncion. Los jurisconsultos la dividen en conjuncion *en la cosa, ó solamente en las palabras, ó juntamente en la cosa y las palabras.* Se dice que están unidos en la cosa, cuando muchos son llamados á ella, pero en diversas proposiciones. Por ejemplo: doi, lego á Ticio el fundo corneliano: doi, lego el mismo á Mevio. Los que están así unidos, suelen representarse en figura de círculos sin vinco ni enlace: Ticio Mevio.

o o

Se llaman tambien desunidos, porque sus nombres se hallan en diversas proposiciones. Se dicen unidos solamente *en las palabras* los que son llamados en una sola proposicion á una misma cosa, pero con partes separadas, no físicas (de manera que materialmente se divida la cosa entre los legatarios,

pues entónces no estarian unidos), sino intelectuales. Por ejemplo, si el testador dijese: doi, lego á Ticio y á Mevio el fundo corneliano, al primero hasta el rio, y al segundo pasado el rio; no habria ninguna union entre estos, porque no son llamados á una misma cosa, *L. 1. pr. ff. De usufr. adcresc.* Al contrario, si escribiese así el testador: doi, lego á Ticio y á Mevio este fundo por iguales partes, estarian unidos por palabras, y estos se notan con unos círculos unidos por una raya intermedia:

Ticio Mevio.
o — o Están unidos *juntamente* en la cosa y las palabras aquellos á quienes se ha legado en una sola proposicion una misma cosa sin dividirla en partes, por ejemplo: doi, lego á Seyo y Cayo el fundo corneliano. Estos se representan por círculos unidos con una cruz en figura de aspa en el medio: Seyo Cayo.

o × o

L. 89. ff. De legat. 3. y L. 142. ff. De V. S.

§. DCXXIX. Supuestas estas definiciones, fácilmente se entenderán ahora las reglas que han de observarse acerca del derecho de acrecer. 1ª Si los legatarios están unidos por palabras ó por conjuncion mista, la porcion del que falta, acrece al compañero. Por tanto en la segunda figura, faltando Ticio, su porcion acrece solamente á Mevio; y en la tercera figura, faltando Cayo, acrece su porcion á Seyo. 2ª Si están solo unidos por la cosa, su porcion acrece á todos; pero de manera que los unidos por palabras y por conjuncion mista se tengan por una persona. Esto se entenderá con el siguiente ejemplo. Doi, lego al primero este fundo; doi, lego el mismo al segundo: doi, lego el mismo por iguales partes al tercero y cuarto: doi, lego el mismo al quinto y sexto.

1 2 3 4 5 6
o o o-o o × o.

Supongamos ahora que falta el segundo,

entonces su porcion acrece á todos ; pero de modo que el primero tome una tercera parte, el tercero y cuarto otra, y el quinto y sexto la que falta, pues los últimos, como colegas, se tienen por una persona. 3.^a Á los unidos por conjuncion mista y con palabras solamente, acrece queriendo ellos, pero con las cargas ; á los unidos por la cosa, aunque no quieran, y sin carga. Esta es toda la doctrina del derecho de acrecer, que vulgarmente se presenta con oscuridad, sin embargo de estar tan clara é inteligible con solo observar estas tres reglas y las tres definiciones.

§. DCXXX. Resta decir tambien algo acerca del modo de legar. Se puede legar, 1.^o *puramente*; 2.^o *hasta cierto dia*, ó desde tal dia ; lo que no podia hacerse en la herencia, §. 544; 3.^o *bajo condicion*; 4.^o *bajo demostracion*; 5.^o *por causa*; 6.^o *por modo*. De cada una de estas maneras se tratará por separado

§. DCXXXI. Se lega *puramente*, cuando no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento ; por ejemplo : lego á Ticio ciento. Sobre este legado puro se ha de observar la regla : el dia de semejante legado empieza y llega al punto que muere el testador. *L. un. §. 1. C. De caducis toll.* Por lo que, si el heredero fuese moroso, desde el momento pueden exigirse tambien los réditos. Sin embargo se ha de añadir una escepcion, y es que todos los legados que no pasan á los herederos, no se exigen desde la muerte del testador, sino desde la adiccion de la herencia. Tales son los legados de usufructo, de uso, de habitacion, de libertad, y antiguamente tambien el de eleccion, el cual, segun observámos arriba en el §. 602, fué mudado por Justiniano.

§. DCXXXII *El legado de cierto dia y hasta tal dia* se deja á quien se ha señalado un término desde el que empieza, ó hasta el que dura. Por ejemplo, se ha dejado á

Ticio un legado desde cierto dia, cuando se le señala un tiempo como término, desde el que ha de empezar, como sucederia, si dijésemos : lego á Ticio mi casa á los diez años despues de mi muerte. Al contrario se lega *hasta cierto dia*, cuando se señala tiempo como término hasta el que ha de durar, por ejemplo : lego á Ticio la huerta por diez años. En el primer caso, si el dia es cierto, al instante se debe el legado ; pero no puede exigirse hasta los diez años : en el último, al momento se debe y se exige. Y ¿ qué sucede si el dia es incierto, de manera que no conste si llegará ó no ? Entonces el dia se tiene por condicion, como ya hemos observado arriba, §. 544., *L. 75. ff. De condit. et demonstr.*

§. DCXXXIII. Acerca del *legado condicional* no hai aqui nada que añadir, pues ya se ha explicado todo arriba, cuando se ha tratado de la institucion de heredero, §. 545 y sig. Solo una regla se ha de notar : el dia del legado condicional ni cae ni viene ántes que se verifique la condicion, *L. 5. §. 2. ff. Quando dies legati cedat.* De lo que se sigue, que si muriese el legatario ántes de la condicion, nada trasmite á sus herederos, sino que por el contrario el legado espira.

§. DCXXXIV. Se dice que lega el testador *bajo demostracion*, cuando añade alguna descripcion de la persona ó cosa legada, por ejemplo : lego ciento á Ticio que administró mis cosas : lego á Mevio la casa que compré á Sempronio. Sobre este legado se ha de observar que no lo vicia la falsa demostracion, como por otro lado conste la persona ó cosa. De aqui es que aunque fuera falso que Ticio hubiese administrado los negocios del difunto, ó que la casa se hubiese comprado á Sempronio, no obstante es útil el legado, y surtirá su efecto, §. 30. *Inst. h. t.*

DCXXXV. Sigue el legado dejado *por causa*. Por causa entendemos aqui el motivo que el testador expresa en el

testamento, por ejemplo : doi, lego á Ticio ciento, porque defendió en el foro mis causas. En este se observa la misma regla de que la falsedad de la causa no vicia el legado, §. 31. *Inst. h. t.*, pues considerándose al testador como legislador, y obedeciéndose á la lei, aunque el legislador alegue una causa falsa, lo mismo sucede en los legados. Esceptúase no obstante el caso de que el testador errase en la causa, y probase el heredero que el testador no hubiera hecho el legado, si hubiese estado mejor enterado, porque entónces semejante legado seria de niangun valor, *L. 72. §. 6. ff. De condit. et demonstr.*

§. DCXXXVI y DCXXXVII. Últimamente se dice que se lega *por modo*, cuando se espresa el fin con que se deja el legado, por ejemplo : doi, lego á Ticio trescientos para que se haga doctor. Este legado se debe y puede exigirse al momento, con tal que preste caucion el legatario que lo destinará á este fin, ó que de no hacerlo volverá el legado, *L. 40, 80. ff. De condit. et demonstr.*

§. DCXXXVIII. Aunque sea grande la libertad de los testadores, sin embargo están prohibidos los legados llamados *captatorios*, y en el antiguo Derecho lo estaban los *dejados por via de pena*. Llámanse *captatorios*, cuando el testador deja un legado á otro con la condicion de que este se lo deje tambien á él; pues entónces verdaderamente capta los bienes de otro, por ejemplo : doi, lego á Pedro mil florines, si él me lega á mi otros tantos. No habiendo pues cosa mas fea que este legado, fundadamente lo dieron por nulo las leyes. La razon es la insigne maldad de los *capta-herencias*, que halagaban á los testadores de distintos modos, cuyas artes describe elegantemente Corn. Van Bynkersh. en el opúsculo *De captatoriis institutionibus*. Tampoco eran válidos antiguamente los legados *dejados por via de pena*; y se llamaba así cualquiera legado dejado para compeler al heredero; por ejemplo,

si Ticio mi heredero no da su hija por mujer á mi hermano, pague mil al príncipe. Pero Justiniano mandó en el §. *ult. Inst. h. t.* que valiesen semejantes legados, con tal que no se mande al heredero hacer ninguna cosa torpe, v. gr.: si mi heredero no mata á su hijo, dé á Mevio ciento. El sabio Bynkersh., en un opúsculo suyo que trata de esta materia, juzga que Justiniano no entendió lo que era legado dejado en pena, pues entre los antiguos no era otro sino aquel por el cual se obligaba al heredero á que hiciese algo torpe. Mas si se ha de decir la verdad, parece que tiene disculpa Justiniano, porque del mismo modo definió estos legados Ulpiano en sus *Frag. tit. 24. §. 17*. Los testadores necios incomodaban frecuentemente con ridiculezes al heredero sin razon alguna, condenándole, si no obedecia su voluntad, á que pagase legados. Un buen ejemplo de esta necedad se lee en Horacio, *Lib. II. Satyr. 3. v. 84*, donde dice :

*Heredes Stáberi summam incidere sepulchro ;
Ni sic fecissent, gladiatorum dare centum
Damnati populo paria atque epulum, arbitrio Arri :
Frumenti quantum melit Africa.*

Por tanto con razon desechaban las leyes antiguas estos legados, aunque esto lo mudó Justiniano; como hemos dicho.

§. DCXXXIX. Resta la última cuestion, ¿ qué acciones competan á los legatarios y fideicomisarios para conseguir los legados que se les han dejado ? Tres acciones tienen. La *primera* nace del cuasi contrato, y por tanto es personal, y se llama accion del testamento; pues cuasi contrae el heredero con los legatarios al aceptar la herencia, §. 596 : de aquí es que el legatario demanda al heredero, para que pague los legados con los réditos desde su demora. La *segunda* es la accion vindicatoria *de la cosa*, y por tanto real; pues debiéndose el legado desde

la muerte del testador, tambien pasa al momento al legatario el dominio de la cosa legada, §. 606, 3; y por tanto, como dueño, vindica la cosa de cualquiera poseedor. La *tercera* accion es la hipotecaria ó cuasi serviana, que compete á los legatarios, porque estos tienen una hipoteca tácita en todos los bienes hereditarios. Aunque se conceden al legatario estas tres acciones, es evidente sin embargo que no hai lugar á la vindicacion de la cosa, sino cuando se ha legado cierta especie, pues el género y la cantidad, como cosas incorporales, no pueden vindicarse.

TÍTULO XXI

MODO DE QUITAR Y TRASFERIR LOS LEGADOS.

§. DCXL. Justinano sigue su método, y habiendo tratado hasta aquí del modo con que se mandan los legados, habla ahora de cómo se quitan y trasladan. Á la verdad la voluntad de los hombres es variable hasta la muerte, y no hai duda alguna que el testador puede quitar el legado á los legatarios, ó trasladarlo á otro.

§. DCXLI, DCXLII y DCXLIII. Se dice que se quita el legado, cuando el testador no lega lo que ántes habia legado; y esto se hace *ipso jure*, ó por via de escepcion. *Ipso jure* se quita el legado por palabras, ó por hechos: *por palabras*, cuando el testador declara por testamento ó codicilos que ya no lega lo que ántes habia legado, *pr. Inst. h. t.*; y aún basta que haga esta declaracion de viva voz, estando presentes dos testigos. *Por hechos* se quitan los legados, 1º rompiendo ó borrando los testamentos ó codicilos, y 2º destruyendo la cosa legada ó dándole distinta forma. No obstante en la *L. 86. ff. De leg. 3.* se

halla la curiosa distincion de si la cosa puede reducirse á su antigua forma ó no. Si lo primero, no se destruye el legado; por ejemplo, si de la plata que habia legado el testador, manda hacer vasos. Si lo último, se entiende que se ha quitado; por ejemplo, si de la lana que habia legado el testador, mandase hacer paño. Si el testador vendiese sin necesidad la cosa legada, ó la enajenase de cualquier otro modo; pues de esto nace la presuncion de que quiere quitar el legado al legatario, como advertimos en el §. 615. Hasta aquí hemos visto cómo se quitan los legados *ipso jure*; ahora se verá cómo se hace por *via de escepcion*. La *L. 3. §. últ.*, y la *L. 4. ff. h. t.* nos presentan aquí un ejemplo oportuno; á saber, si el legatario tuviese con el testador enemistad capital, y nunca volviere á su gracia. Porque ¿quién creerá que uno ha querido dejar legados á su enemigo? De aquí formamos esta regla: siempre que acontezca algo de que pueda presumirse que el testador ha mudado de voluntad, se desvanece el legado por via de escepcion. Entónces el heredero opone al legatario la escepcion de *dolo malo*.

§. DCXLIV. Sigue la traslacion de los legados, la cual se dice que se verifica, cuando ocurre alguna variacion en el legado. Se trasfiere el legado de cuatro maneras: 1ª mudándose la persona del legatario, como cuando el testador lega á Ticio lo que habia legado á Mevio. 2ª Cuando se muda la misma cosa legada; por ejemplo, cuando el testador habia legado primero su edificio, y despues lega en su lugar una biblioteca. 3ª Cuando se muda la persona por medio de quien se lega; por ejemplo, si se encarga á un legatario el pago que ántes tenia que hacer el heredero. 4ª Cuando se muda la misma naturaleza del legado ó modo de legar; por ejemplo, si habiéndose legado al principio puramente, se agrega despues el dia, ó una condicion. De lo que se deduce que la