

pesar, se podrá pedir en el lugar en que mora el heredero, ó en donde estuviere la mayor parte de los bienes, ó en cualquier otro lugar en que se empezaren á pagar los legados. Si el testador señaló lugar y tiempo, á él deberá estarse.¹ Para cobrar el legado competen tres acciones al legatario contra el heredero. La primera es personal por el cuasi contrato de la adición de la herencia: la segunda es real en los legados en especie por la traslación del dominio de la cosa legada al legatario en el instante en que muere el testador, y la tercera hipotecaria por la tácita hipoteca que tienen los bienes del testador á favor de los legados. El legatario puede seguir la vía ejecutiva contra el heredero, segun Paz, aunque otros lo niegan,² pero no puede tomar de propia autoridad la cosa legada, sino de mano del heredero,³ y tomándola pierde el derecho;⁴ si no es que tenga licencia tácita ó expresa del testador para ello.⁵

24. Los legados se extinguen, ó porque se quitan, ó porque se transfieren, ó porque espiran. Se quitan, ó por palabras, cuando el testador los revoca en testamento, ó codicilo posterior,⁶ ó por hechos, si borra ó tilda el legado por sí ó por

1 L. 48, tít. 9, P. 6.

2 Molina, tr. 2, d. 194, n. 17.

3 L. 1, tít. y P. cit.

4 L. 37 del mismo.

5 L. 3, tít. 13, lib. 4 de la R., 6 3, tít. 34, lib. 11 de la N.

6 L. 39, tít. 9, P. 6.

medio de otro: ¹ si en vida del testador acaba la cosa legada ² ó su parte principal, como si legado un carro ó una carreta, en cuyo caso se debe dar la bestia que lo tiraba, ³ se muere esta; pues si el testador no pone otra en su lugar, se acaba el legado, por la razon, de que destruido lo principal, no subsiste lo accesorio: si el mismo testador muda la forma á la cosa legada, de manera que no pueda restituirse á su primitivo estado, como si de la lana hizo paños; pues si se puede, subsiste el legado, como si de la plata hizo un vaso. ⁴ Por último, se quita el legado por escepcion, que es cuando sucede alguna cosa de la cual pueda presumirse que el testador mudó de voluntad, lo que probándose por el heredero, hace perder el legado al legatario; y así si el testador dió la cosa legada, se presume que revocó el legado, y lo contrario si la empeñó ó vendió, y en este caso tendrá el heredero la obligacion de dar al legatario el precio en que fué vendida ó empeñada, aunque en uno y otro caso podrá probarse lo contrario de la presuncion por el que se interesare en ello. ⁵

25. Se transfieren los legados: 1º Si se muda la persona del legatario, como dejando á Pe-

1 L. 39, tít. 9, P. 6.

2 L. 42 del mismo tít.

3 La misma.

4 La misma.

5 LL. 17 y 40, tít. 9, P. 6.

ne lugar en la ocultacion dolosa. ¹ Para comen-
zar á ejercer su encargo, el albacea deberá pre-
sentarse ante el juez, acreditando su encargo, y
pidiendo se cite á quienes interese, ² para poder
proceder al inventario, y demás diligencias con-
cernientes al desempeño de su oficio. Los alba-
ceas deben hacer inventario de los bienes del
testador, ³ y dar cuenta de lo recibido y gastado,
aun cuando se les releve de ello; ⁴ pues esa cláu-
sula solo remite la averiguacion nimia y escru-
pulosa en cuanto á la culpa, mas no en cuanto
al dolo, sobre lo cual cita Febrero varias ejecu-
torias, pudiendo ser apremiados para el cumpli-
miento de las disposiciones piadosas, sin que obs-
te la prohibicion del testador. ⁵ Mas si este en-
cargó á su albacea por cláusula en el testamento,

¹ Acevedo, sobre la ley 14, tít. 4, lib. 5 de la R, contra Montal-
vo y Matienzo.

² L. 15, tít. 4, lib. 5 de la R, 6 6, tít. 18, lib. 10 de la N.

³ Además de las obligaciones que se refieren en el texto, debemos
notar que por la ley de 14 de Julio de 1854, confirmada por la ley de
10 de Agosto de 1857, los albaceas, los herederos, ó cualquiera otra
persona que por cualquiera razon ó motivo y con cualquier carácter
tengan que encargarse de los bienes de algun difunto, deben avisarlo al
juez de 1.^a instancia respectivo, dentro de ocho dias desde el en que se
hayan cargo de los bienes, bajo la pena de una multa de 25 á 500 pes-
os, que deberán satisfacer de su propio peculio, y que los inventarios
deben estar concluidos en el término de tres meses, desde que se tuvo
noticia del encargo de formarlos. Dictadas estas disposiciones con
el objeto de asegurar el cobro de la pension de instraccion pública, las
recordaremos al tratar de esta pension.

⁴ L. 5, tít. 10, P. 5, y sobre ella Gregor. Lop.

⁵ L. 7 del mismo tít. y P.

ó probada por testigos, que dispusiese de alguna
cantidad con arreglo á algun *comunicado secreto*,
sea de palabra ó por escrito, tendrá obligacion de
darlo á conocer al juez de la testamentaria, y al
defensor fiscal en el Distrito, ó á los promotores
fiscales, ó á los que hagan sus veces en los Es-
tados, con la reserva debida, y antes de que se
aprueben los inventarios, para que así pueda sa-
berse si dichos comunicados son ó no contrarios
á las leyes. En el primer caso impedirán dichos
funcionarios su cumplimiento, y en el segundo
cuidarán de que lo tengan, haciendo que esto se
acredite suficientemente. El albacea que no cum-
pla con estas prevenciones, pagará de su propio
peculio una multa igual al 25 por 100 del monto
de los comunicados secretos. ¹

Deben enagenar los bienes en pública almone-
da, ² y les está prohibido comprar para sí ningun-
o de ellos, bajo la pena de ser nula la venta, y
de pagar el cuádruplo que se aplica al fisco. ³

36. Para la ejecucion del testamento deben
arreglarse al término que señaló el testador, sea
mayor ó menor que el legal, y si ninguno les se-
ñaló deberán ejecutarlo lo mas breve que les sea
posible, conforme á lo que previene la ley de
Partida que dice: *lo mas ayna que pudieren sin*

¹ Ley de 10 de Agosto de 1857, art. 20,

² L. 62, tít. 18, P. 3.

³ L. 14, tít. 5, lib. 9 de la R, 6 1 tít. 12, lib. 10 de la N.

*alongamiento, ó sin escatima ninguna;*¹ no pudiendo ni debiendo en conciencia esperar el año que concede el derecho para pagar las mandas y legados, si antes de él pudieren hacerlo, y lo mismo las deudas del difunto. Mas mientras durare la formacion del inventario no pueden los acreedores y legatarios molestar al albacea ó heredero, para que cumpla el testamento;² aunque si manifestare no querer hacer el inventario, ni gozar del tiempo que para él concede el derecho, podrá ser convenido despues de los nueve dias de la muerte del testador.³ Si son muchos los albaceas, y no pueden ó no quieren intervenir todos, vale lo que uno ó dos ejecuten;⁴ y para precaver este embarazo, suele conferirse á cada uno *in solidum* la facultad de cumplir el testamento, y el que primero empiece á usar de ella, proseguirá hasta su conclusion sin necesidad de avisar á los otros, ni de que estos se mezclen en cosa alguna. Deben pagar primero las deudas del difunto, y despues las mandas;⁵ y si se dejare al arbitrio de ellos la distribucion de alguna limosna entre pobres, siéndolo alguno de los al-

1 L. 6, tít. 10, P. 6.

2 L. 7, tít. 6, P. 6.

3 L. 13, tít. 9, P. 7.

Véase la nota del Sr. Lacunza sobre esta misma cuestion en el título que precede.

4 L. 6, tít. 10, P. 6.

5 L. 7, tít. 6, P. 6.

baceas, podrá aplicarse alguna parte.¹ Si se les manda por el testador que den á otro alguna cosa con disyuntiva ó en general, cumplen con dar la que quieran, aunque sea la menos preciosa;² pero si las palabras se dirigen al legatario, á él corresponde la eleccion, como hemos dicho en el n. 16 de este título.

37. El oficio del albacea acaba por su muerte, por la revocacion del testador; por enemistad que sobrevenga entre ambos; por impedimento, locura ó fatuidad del testamentario, por el transcurso del tiempo ó término asignado para evacuar su comision; por complemento y ejecucion de ella, y por haber cesado la causa por que fué constituido. Algunos³ quieren que acabe tambien respecto de la viuda que era albacea del marido, si pasa á otro matrimonio; pero lo niegan otros.⁴ En retribucion del trabajo del albacea le era permitido cobrar cierto premio de los bienes del testador, cuya cantidad se graduaba segun la práctica y costumbre que habia en el lugar. Los autores disputan sobre si tenia ó no derecho para cobrarlo, fuera del caso en que lo hubieran convenido así el testador y su testamentario; mas esta disputa parece terminada del todo por la disposicion de la cédula de 20 de Setiembre de

1 Sanz. l. 4, Cons. c. 1, d. 58.

2 Sanz. tr. 14, c. 5, n. 177.

3 Espin. glos. 28, n. 36.

4 Molin. tr. 2, d. 247, n. 14.

1786,¹ que previene que los albaceas no puedan pretender pago alguno ni remuneracion por el trabajo que tengan como tales, en atencion á ser este un encargo piadoso, y de consiguiente gratuito.

¹ Se encuentra en las Pandectas Hispano-Mexicanas n. 3372.— (Nota del Sr. Lacunza.)

TÍTULO VII.

DE LOS MAYORAZGOS.

Tít. 7, lib. 5 de la Recop., 6 Tít. 17 lib 10 de la Nov.

1. Necesidad de hablar de las leyes antiguas sobre mayorazgos.
2. Á falta de leyes patrias se deciden los casos de mayorazgos, por las romanas sobre fideicomisos.
3. Qué cosa es mayorazgo, y de la licencia para fundarlo.
4. Origen de los mayorazgos.
- 5 y 6. Especies de los mayorazgos.
7. De las reglas de los mayorazgos: 1.^a El orden de suceder en ellos es el mismo de la corona de España.
8. 2.^a y 3.^a Son indivisibles y perpetuos.
9. 4.^a Para la sucesion se debe atender á cuatro cosas: linea, grado, sexo y edad.
10. 5.^a Extinguida una linea, se sigue la otra, con exclusion de los ilegítimos.
11. 6.^a El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio, se entiende llamado desde su legitimacion, y al que lo es por rescripto prefieren los descendientes del fundador.
12. 7.^a La proximidad del parentesco se debe considerar respecto del último poseedor.
13. 8.^a En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre.
14. 9.^a Por la muerte del poseedor pasa la posesion al sucesor sin necesidad de ningun acto por su parte, siendo indudable el llamamiento.
15. 10.^a Todas las mejoras hechas en cosa de mayorazgo, pertenecen á él.
16. 11.^a El mayorazgo se prueba por la escritura de su fundacion, por informacion de testigos, ó por costumbre immemorial.
17. 12.^a En los mayorazgos todo cede á la voluntad del fundador, con tal que lo que exija sea posible y honesto.
18. De los mayorazgos incompatibles.
19. Supresion de los mayorazgos, prohibicion de fundarlos en lo de adelante, y libertad de los bienes de los que existian, y fecha en que deben registrarse estas disposiciones.

dro lo que se legaba á Juan; mas debe hacerse repitiendo el nombre del primer legatario, porque de otra suerte no seria traslacion, sino conjuncion, ó legar una misma cosa á dos. 2º Si el testador muda la cosa que legaba. 3º Si muda la persona á quien se mandaba que pagase el legado, y 4º Si muda la naturaleza del legado, como si de puro lo hiciese condicional. Así quitar como transferir los legados, se puede hacer en testamento ó en codicilo, y para quitarlos no se requiere solemnidad, pues no la exigen las leyes, y hemos visto que basta la presuncion de que el testador mudó de voluntad, aunque debe probarse.

26. Espiran los legados: 1º Si el legatario muere antes que el testador, ¹ pues en ese caso no llega á adquirir dominio en la cosa legada. 2º Si esta perece sin culpa ó mora del heredero, entendiéndose esto del legado en especie, pues el género y la cuantidad nunca perecen. ² 3º Si el testamento fuere nulo por falta de solemnidad, como si no se otorgó con el competente número de testigos, pero no si lo fuere en cuanto á la institucion del heredero. ³ 4º Si el legatario no cumple la condicion posible, bajo la cual se le dejó el

1 L. 35, tít. 9, P. 6.

2 L. 41, del mismo.

3 LL. 1 y 2, tít. 4, lib. 5 de la R., 6 1 y 2, tít. 18, lib. 10 de la N.

legado, ¹ estando en su mano cumplirla; pues cuando no puede por caso fortuito, ó de otra manera sin culpa suya, entonces se tiene por cumplida y se debe pagar el legado. ² 5º Cuando el legatario adquiere el dominio de la cosa por donacion ú otro título lucrativo; mas no si la adquiere por compra, cambio, ú otro oneroso, pues entonces puede pedir al heredero su estimacion. ³ Esto se funda en el axioma de que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona acerca de una misma cosa*, ⁴ reputándose título lucrativo el que nada cuesta, como la donacion, y oneroso el que cuesta algo, como la compra; por esta razon: si dos testadores, cada uno en su testamento, legasen una misma cosa á Pedro, y este en virtud de uno de ellos consiguiera la posesion y propiedad de ella, nada podría pedir por el otro testamento; mas si primeramente lograra por uno de ellos la estimacion de la cosa, bien podría pedir despues en virtud del otro la cosa misma. ⁵

27. El título 11 de la Partida 6ª, adoptó la *cuarta falcidia* del derecho de los romanos, por la cual podía el heredero tomar para sí la cuarta parte de los legados, siempre que el testador ha

1 L. 21, tít. 9, P. 6.

2 L. 22 del mismo tít. y P.

3 L. 43, tít. 9, P. 6.

4 § 6, Inst. de legat.

5 L. 44, tít. y P. cit.

distribuido en ellos el todo de su caudal, de manera que nada quede á aquel por la adición de la herencia. Como el objeto que se propuso al establecerla el derecho romano, que fué que el testamento no resultara sin heredero, no tenga lugar entre nosotros por la ley 1.^a tantas veces citada, del título 4.^o del libro 5.^o de la Recopilacion, ó sea 1.^a del título 18 del libro 10 de la Novísima opinaba Antonio Gomez ¹ con otros, que no tenia lugar entre nosotros; Pichardo, ² Matienzo, ³ Molina, ⁴ Castillo ⁵ y otros, defendian la contraria. Mas esta cuestion no tiene objeto ya, supuesta la disposicion de la ley de 10 de Agosto de 1857, que abolió la cuarta falcidia.

28. La falcidia no tenia lugar respecto del heredero forzoso, ⁶ pues este debia sacar su legítima entera, á la cual no pueden perjudicar los legados. Para sacarla debia considerarse el valor que tenian los bienes del testador al tiempo de su muerte; de manera que el aumento ó disminucion que despues habian tenido, era en favor ó daño del heredero, que debia pagar á los legatarios la misma porcion en cualquiera de los

1 Gomez lib. 1, var. cap. 12, n. 11.

2 Pichard. in Inst. pr. de lege falcidia, n. 33 et seqq.

3 Matienzo in. d. l. 1, glos. 19, nn. 18 y 19.

4 Molina de Hisp. primog. lib. 1, cap. 17, nn. 10 et 11.

5 Castillo de usufr. cap. 60.

6 Gregor. Lop. glos. 3 de la ley 1, tít. 11, P. 6.

dos casos; ¹ mas antes de sacar la cuarta, se debian bajar y pagar las deudas, los gastos funerarios, y los hechos por razon del testamento, ó por otros escritos pertenecientes á los bienes del difunto, ² aunque con respecto á los gastos de entierro debia tenerse presente, que son carga del total de la herencia, cuando á ninguno se deja el quinto; pues dejándose á alguno, son carga de él. ³ Si hechas estas deducciones nada quedaba al heredero por la distribucion de la herencia en legados, tomaba íntegra la cuarta parte; pero si le quedaba algo, tomaba lo necesario para completar su cuarta.

29. No estaban sujetos á la deduccion de la falcidia los legados piadosos, ni los que se dejaban en testamento militar, ⁴ ni los de cosa cierta con prohibicion al legatario de enagenarla. ⁵ Si el heredero pagaba algunos legados sin sacar la cuarta, creyendo que bastaba la herencia para todos, debia pagar los demás cumplidamente, si no es que despues de que comenzase á pagar se descubria alguna deuda grande del testador, que antes no se sabia; pues entonces podia sacarla de los legados que estuviesen sin pagar. ⁶ No se

1 L. 3, tít. 11, P. 6.

2 L. 2, tít. y P. cit.

3 L. 13, tít. 6, lib. 5 de la R., ó 3, tít. 6, lib. 10 de la N.

4 L. 4, tít. 11, P. 6.

5 L. 6, tít. 11, P. 6.

6 La misma.

podía sacar la falcidia cuando el testador lo prohibía; ¹ y se perdía el derecho á ella, si el heredero no hacía inventario, ² ó cancelaba maliciosamente el testamento, ó los legados, ó hurtaba ú ocultaba la cosa legada, siendo vencido en juicio.

30. Fideicomiso en general es *todo aquello que con palabras oblicuas dispuso el difunto que se diese á alguno; ó en otros términos, es una orden intimada al heredero por palabras de ruego, para que dé alguna cosa á otro.* ³ Para el fideicomiso, se necesitan tres personas: el que deja el fideicomiso, que se llama *fideicomitente*: aquel á quien se manda que restituya la herencia á otro, y se llama *heredero fiduciario*, y aquel á quien se restituye, que se llama *heredero fideicomisario*. El fideicomiso puede ser universal, cuando es de toda la herencia, que se llama entonces *fideicomisaria*, ó singular, cuando es solo de una cosa. Puede hacerse tácita ó expresamente. Será expreso, cuando el testador con palabras claras y terminantes, manda á su heredero que restituya á otro la herencia ó parte de ella, y tácito, cuando no se hace mencion de restitucion, pero se manda al heredero alguna cosa de donde se colige, como por ejemplo: *Pedro sea mi heredero, pero con la condicion de que no haga testamento;*

¹ L. 6, tít. 11, P. 6.

² L. 7, del tít. y P. cit.

³ L. 8, tít. 11, P. 6.

pues equivale á *ruego á Pedro que restituya mi herencia á sus parientes mas próximos*. Esta especie de fideicomisos es muy semejante á los mayorazgos, y está comprendido en las disposiciones novísimas sobre vinculaciones, de que hablaremos en el título siguiente.

31. El fideicomiso podía establecerse por todo el que podía hacer testamento; ¹ podía ligarse con él á todo el que recibiese alguna parte de la herencia con título de heredero, con tal que no fuese en mas de lo que recibió, y á favor de todo el que pudiese serlo, ya en testamento, ó ya en codicilo, puramente ó bajo de condicion, para ó hasta dia cierto; y los fideicomisarios tenían derecho á la cuarta trebeliánica en los mismos términos que hemos explicado en el número 22 del título 5 de este libro, hablando de la sustitucion fideicomisaria.

32. Lo que hemos dicho en los dos números anteriores, se entiende de los fideicomisos universales; y por lo que hace á los singulares, ya hemos dicho en el número 12 de este título, que no hay ninguna diferencia entre ellos y los legados, en cuanto á sus efectos, que son en todo iguales, sino únicamente en cuanto á su forma ó modo de establecer unos y otros.

33. Albacea, al que llaman tambien testamentario, ejecutor, cabezalero, y mansesor, es

¹ L. 14, tít. 5, P. 6.

aquel á quien el testador encarga la ejecucion de su última voluntad. Este encargo puede hacerse al presente ó ausente, á uno ó á muchos para que se sucedan uno al otro, ó para que obren de mancomun; y aquel á quien se hace no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun teniéndola, no vale la delegacion en varios casos.¹ Los albaceas pueden ser *testamentarios, legítimos ó dativos*. Testamentarios son los que elige el testador en su testamento: legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador, y dativos los que nombra de oficio el juez en caso de que el nombrado en el testamento, ó el heredero, no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. El incapaz de testar lo es tambien de ser albacea, y pueden serlo las mujeres, aunque les estaba prohibido,² la viuda del testador ó sus herederos,³ y el menor de edad, si ha cumplido los diez y siete años.⁴ Mas no pueden serlo, ni el sacerdote que confiese, ni el médico que asista al testador en su última enfermedad, segun el art. 19 de la ley de 10 de Agosto de 1857.

34. A nadie se puede obligar á que sea al-

1 Carpio de executorib testamentar., lib. 1, cap. 19 y 20.

2 Por la ley 8, tít. 5, lib. 3 del Fuero Real, se les prohibia; pero está derogada por costumbre contraria. Tapia, lib. 2, tít. 2, cap. 17, n. 2.

3 Cap. *Religiosus executor* 2 de testam. in 6, y Clement. de *Religios executor*.

4 L. 19, tít. 5, P. 6.

bacea;¹ pero si el que fuere nombrado acepta tácita ó expresamente el encargo, se le puede obligar á que cumpla con él. Se entiende que lo acepta tácitamente, si paga algunas deudas ó legados del difunto, ó de cualquiera otro modo se mezcla en sus bienes ó distribucion de ellos.² Aceptando, puede por sí dar á los legatarios las mandas que les hayan sido hechas, y tomar para sí mismo el legado que hubiere dejado el testador;³ mas perderá este, si renuncia el albaceazgo.⁴

35. La ley⁵ previene que el albacea presente al juez el testamento en que fuere nombrado, dentro de un mes del fallecimiento del testador, para que se lea públicamente, y que no haciéndolo pierda lo que se le hubiere legado, y la misma obligacion se impone á todo el que tuviere el testamento de otro, aunque no sea su albacea, bajo la pena de pagar el daño al interesado, y una multa de dos mil maravedís. Algunos autores juzgan que la obligacion de presentar al juez el testamento por el albacea, se entiende solo del abierto otorgado sin escribano, aunque Acevedo opina lo contrario, y añade que la pena solo tie-

1 Covarr. in cap. 19 de testament. n. 3.

2 Sanz. 1, Cons. c. 1, d. 42, n. 7.

3 L. 20, tít. 10, P. 6.

4 Sanz. cit.

5 L. 14, tít. 4, lib. 5 de la R, 6 5, tít. 18, lib. 10 de la N.