

para él es deuda que el hombre contrae por el hecho de nacer, y á cuyo pago estan sujetos indistintamente todos sus bienes, al modo que cuando la dote de la hija vuelve á su padre ó madre enteramente por haber muerto sin sucesion, pues estan obligados estos á enterrarla, y no su marido, porque son sus herederos. De este dictámen es García citando á Palacios Rubios, que se halló presente á la formacion de las leyes de Toro, y dice no estar comprendida esta especie en la 30, ni por consiguiente deberse deducir dichos gastos del tercio, sino del cúmulo de la herencia, como deuda contra ella; y añade que Castillo habiendo reflexionado mas bien, corrige su primer dictámen en la citada ley 30.

8. Adhiriéndome á esta última opinion por las razones del mismo García, y sin embargo de la autoridad del señor Covarrubias, digo que los gastos de entierro se deben sacar del cuerpo de bienes, como otra cualquiera deuda contra ellos, y de superior privilegio, excepto que el testador mande deducirlos del tercio; y así lo he practicado, y con mi dictámen se practicó y aprobó judicialmente en ciertas particiones, no obstante la infundada oposicion de algunos legistas, que sin apoyo legal terminante ni razon poderosa que destruyese las referidas, sostenian lo contrario.

9. Pero en cuanto á las misas, mandas y demas de que disponga el testador (acerca de lo cual nada dicen ni explican con distincion los autores), soy de sentir que se deben deducir del tercio y no del cuerpo de bienes: lo primero, porque los gastos de todo esto son totalmente voluntarios, y los del entierro forzosos, y de derecho público, como deuda preferida á todas; y así aunque el testador prohiba que se le entierre ó que se paguen, se tendrá por no escrito este precepto, y como tal no será obedecido: lo segundo, porque la ley 6 de Toro le permite testar del tercio por su alma, ó en lo que quisiere, y respecto usar de su permiso, debe observarse su disposicion, aunque el testador mande lo contrario; pues de no practicarse así se quebrantaria la ley, se daria al ascendiente mas facultad que la que esta le da, y se equipararian los gastos de su funeral, de que la ley no hace mencion, con los de las misas, legados y demas en que le concede facultad expresa para invertir el tercio.

10. Debe tener tambien presente el contador que entre los ascendientes no tiene lugar la colacion como entre los descendientes, porque ningun derecho la ordena, y así aunque un hijo ó

¹ De expensis, cap. 8, num. 49 y 50.

nieto haya dado en vida á su padre, madre ó abuelo algunos bienes ó cantidad, y nada al otro ascendiente que está en igual grado, lo mismo heredará el uno que el otro de los que deje si muere antes que ellos.

CAPITULO XI.

OBSERVACIONES ACERCA DE LOS LEGADOS: MODO DE DEDUCIRLOS
¿SI LOS HECHOS POR EL TESTADOR A SU MUGER, ACREEDORES, Y TUTOR QUE NOMBRA, SE COMPENSARAN Ó NO CON LA DOTE Y GANANCIALES DE LA MUGER, CON LO DEBIDO AL ACREEDOR, Y CON LA DÉCIMA CORRESPONDIENTE AL TUTOR? DE LA DIVISION DE LOS FRUTOS QUE EL TESTADOR DEJA PENDIENTES EN LA COSA LEGADA; Y SI REVOCÁNDOSE EL LEGADO DEBERÁ Ó NO RESTITUIR EL LEGATARIO LOS QUE PERCIBIÓ.

Controversia suscitada por el reformador de Febrero sobre el legado á dia cierto. — Explicacion de las dificultades que se ofrecen acerca de la doctrina del párrafo anterior. — Se especifican varios legados condicionales. — Caso de un legado modal. — Reflexiones del reformador de Febrero sobre si vale el legado hecho con demostracion, aunque esta sea falsa. — Caso en que el testador lega á dos personas junta ó particularmente alguna cosa. — Del legado de alimentos hecho á los menores. — Dificultad suscitada por el reformador de Febrero sobre si legando el testador una casa, se arruinase esta, y reedificase otra en el mismo solar, ¿se deberá ó no esta segunda al legatario? Explicacion de la doctrina relativa á este punto. — Modo de deducir los legados gratuitos ó voluntarios. — ¿Cómo se ha de hacer la deduccion cuando el testador teniendo ascendientes ó descendientes legítimos, deja á extraños tantos legados que no caben en el quinto ó tercio? — Continuacion del mismo asunto. — ¿Si se habrá de hacer la deduccion solamente de los legados genéricos, ó se ha de ampliar tambien á los específicos? — La dote no debe compensarse con el legado ó legados que el marido hubiere hecho á su muger. — Si la legare los esclavos que recibió estimados en dote, los conseguirá la muger como legado, y tambien su estimacion como parte de dote. — Tampoco se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado. Si el testador hubiere recibido cierta cantidad en dote, y

otra mayor en bienes parafernales, y en su testamento dejare á las hijas que tuvo en aquella, mayor suma que las dos recibidas, mandando que se contentasen con ella por todo lo que debian haber, valdrá y se compensará el legado con la dote y bienes parafernales de su madre hasta en lo que alcance. — Tampoco tiene lugar la compensacion de las arras con el legado del quinto ú otro que el testador hiciere á su muger. — Ni se ha de compensar el legado hecho á la muger con la mitad de gananciales que la corresponden. — Si el padre hubiere hecho algun legado á su hija en tiempo que todavía no podia casarse por falta de edad, no se debe decir que fue con ánimo de compensarlo con la dote que debia darla cuando tuviese edad nubil; y así no se compensará con esta. — Si el marido lega á su muger todos sus vestidos y joyas, no se entiende que se los manda dos veces en caso que no esten destruidos los que la tenia entregados al tiempo de hacer la manda. — No solo se comprenden en el legado general de vestidos los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cortados en casa del sastre, y la tela tejida ó que se estaba tejiendo para emplearla en ellos, á menos que lo limite el testador. — Donando en sanidad el deudor á su acreedor alguna cosa, no se presume haberle hecho esta donacion con ánimo de compensarla con lo que le debia. — Si el acreedor lega al deudor simplemente alguna cantidad, ¿se entenderá que se la lega con ánimo de compensarla con lo que le debe? — Excepcion de lo dicho en el párrafo anterior. — Cuando el acreedor que tiene en su poder la prenda, la lega á su deudor, no tendrá lugar la compensacion en cuanto á la liberacion de la deuda. — Cuando es especie lo que se debe y cantidad lo que se lega, no tiene lugar la compensacion de una con otra. — Percibiendo el tutor testamentario el legado que el testador le deja por premio de la administracion de la tutela, no le corresponde la décima que la ley le concede, antes bien ha de compensarse con ella; y si se lo deja simplemente, se compensará hasta en la concurrente cantidad. — No se compensará el legado que el testador hace á su mismo hijo cuando le nombra tutor del pupilo su hermano. — Pertenecen al legatario y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa simplemente legada ó dejada en fideicomiso por el testador. — Lo dicho en el párrafo anterior se entiende cuando el testador testa entre extraños por carecer de herederos legítimos; pues si los tiene, y el legatario es extraño, se ha de mirar si los frutos caben ó no en el quinto ó en el tercio de que respectivamente puede disponer. — Estos frutos no deben dividirse á prorata. — Siendo legatario de usufructo de alguna finca el que muere, pertenecen á su heredero los frutos que deja pendientes. — No dejando el testador la propiedad de la finca al legatario, sino solo su usufructo, si al tiempo de la muerte de aquel hay frutos pendientes, pertenecen al heredero propietario. — Modo de dividir las pensiones de la cosa arrendada por el testador entre sus herederos, y el legatario á quien estando arrendada se la mandó. — Al legatario de la cosa específica propia del testador (ya sea legada sola, ó señalada por este para parte de pago de la cuota de bienes que

le haga), corresponden los frutos que produce luego que muere dicho testador. — Si el legado es de cosa genérica ó agena, no se deben al legatario los frutos sino desde el tiempo que se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega. — Lo mismo procede cuando el legado es del quinto ó de otra cuota de bienes del testador sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario. — Si no hubiere heredero, ó el instituido no quisiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar á los legítimos ó al ejecutor testamentario para que la acepten, porque desde la aceptacion se le trasfiere el derecho de percibir los frutos de lo legado. — Revocado el legado que fue hecho en última voluntad, ó en donacion por causa de muerte, y entregado al legatario por el legante, con expresion del instrumento revocable en cuya virtud se le entrega; no hará el legatario suyos los frutos de la cosa donada.

1. EN el libro 2, título 2, capítulo 18 y 19, se insertó casi toda la doctrina del autor relativa á los legados, reservando para este lugar la aclaracion de algunos puntos dudosos, y la explicacion de otros que estan mas enlazados en el Tratado de particiones. Allí se dijo que de los legados voluntarios unos son genéricos, y otros específicos. Genéricos son los que no designan cosa alguna individual y determinada, por ejemplo, un caballo, sin especificar cuál sea, ó bien de las que estan sujetas á número, peso y medida, como trigo, aceite, dinero, etc. Específicos son los que denotan individualmente la cosa legada, esto es, la designan con nombre particular y no en comun, ó con ciertas señales: v. gr. la casa que tengo en tal calle, el caballo negro, etc. Cuando el legado es de esta última clase se trasfiere su dominio al legatario luego que fallece el testador; pero en el genérico ó de cantidad no se verifica esta traslacion de dominio hasta que se entrega la cosa legada. Habiendo sentado el autor esta doctrina, que es indudable, añade luego hablando del legado que se hace *á dia cierto*, ó señalando el tiempo en que se ha de entregar, que antes de llegar el dia señalado nacen la accion de pedirlo y la obligacion de pagarlo, y que así puede pagarlo el heredero antes que venga el dia prefijado, *porque es preciso que llegue, y toca al legatario como dueño por la traslacion de dominio*. El reformador de Febrero notó aqui dos equivocaciones, en que á su parecer incurrió el autor: 1^a diciendo que nace antes de llegar el dia la accion de pedir el legado y la obligacion de pagarlo; 2^a que el dominio de lo legado á dia cierto se trasfiere despues de muerto el testador, y antes que aquel llegue, en el legatario y sus herederos. El adicionador de Febrero impugna largamente sobre

estos dos puntos al señor Gutierrez, y este le contesta aun con mayor difusion, como puede verse en el prólogo del adicionador, párrafo 5, y en la apología del otro, párrafo 6.

2. En cuanto á la primera equivocacion, debió decir Febrero, segun el señor Gutierrez, que antes del dia nacia la accion á pedirle, y la obligacion de pagarle cuando llegase. El adicionador contestando á esto dice lo siguiente. ¿Qué mas tiene decir: *nace la accion de pedirle y la obligacion de pagarle antes que llegue*, como se lee en el autor, ó que *antes que llegue nace la accion de pedirle y la obligacion de pagarle*? Pero ó no entendió al señor Gutierrez ó no quiso entenderle, á lo menos no propone la dificultad de este en los términos que debe. Yo me haré cargo de ella, y responderé del modo que á mi parecer no se ha hecho para salvar esta dificultad. El señor Gutierrez opina que nace antes de llegar el dia la accion para pedir el legado, y la obligacion de pagarlo *para cuando llegue el dia*, esto es, que no hay obligacion de satisfacerlo antes. Esto es muy cierto, y cabalmente Febrero pensaba del mismo modo, pues dice en el mismo párrafo lo siguiente: *y asi puede pagarlo el heredero antes que llegue el dia ó tiempo prefijido*: aquel *puede* quiere decir, está en su arbitrio el hacerlo, pero no tiene obligacion hasta que llegue el dia. Por otra parte, la accion y la obligacion son correlativas: si nace la accion antes que llegue el dia, tambien debe nacer la obligacion, pues aquella supone á esta, ó lo que es lo mismo, existiendo el derecho de pedir, existe al mismo tiempo la obligacion en otra persona contra quien corresponda aquel; pero esta accion y esta obligacion estan suspensas hasta que llegue el dia. Así se concilia en mi entender la doctrina de unos y otros, y viene á resolverse todo en una cuestion gramatical. Mayor dificultad ofrece el otro punto, y en él me parece que el señor Gutierrez tiene mucha razon. Febrero acababa de sentar en el párrafo anterior (suprimido sin razon por el reformador) que en el legado específico se trasladaba el dominio desde la muerte del testador, y no en el genérico; pero el autor, contradiciéndose indudablemente, asegura que en el legado á dia cierto, v. g. *mando á Pedro cien ducados para la próxima navidad*, se trasfiere el dominio en el legatario y sus herederos despues de muerto el testador. Esta es una inconsecuencia manifesta por mas que procure paliarla el adicionador impugnando al señor Gutierrez. El ejemplo que pone Febrero es precisamente de un legado genérico, y en estos jamas se traslada el dominio hasta la entrega. Pero el señor Gutierrez avanzó mas diciendo que aun cuando fuese específico el legado, no se tras-

ladaria el dominio hasta que llegase el dia; opinion aventurada que refutó con solidez el adicionador, y contraria en mi entender á la ley 34, tit. 9, Part. 6, que dice: « Et aun decimos que luego que el testador es muerto pasa el señorío de la cosa así mandada á aquel á quien fue fecha la cosa mandada..... et esto sería si la manda fuese de tal natura que fuese fecha puramente ó á dia cierto; mas si fuese fecha só condicion, non sería así, cá moriendo aquel á quien fuese fecha la manda en ante que se compliese la condicion non valdrie la manda, nin la podrie demandar el heredero de aquel á quien fue fecha, etc. » Segun esta ley es indudable que el dominio del legado á dia cierto pasa al legatario desde que muere el testador, y la razon que da Febrero es porque es preciso que llegue, lo cual no sucede en lo condicional, por cuanto puede verificarse ó no la condicion. Pero esto debe entenderse en mi dictámen cuando el legado á dia cierto es de cosa específica, en que se verifica la traslacion de dominio desde la muerte del testador. Así que el error de Febrero consiste en haber puesto por ejemplo un legado de cosa genérica, en el cual no se traslada el dominio hasta la entrega, como habia sentado antes.

3. En el citado capítulo 18, título 2, libro 2 se dijo que el legado podia hacerse tambien condicionalmente, y aunque en el capítulo 2 del mismo título se habló de las condiciones en general, especificaré aqui algunas que allí se tocaron ligeramente. De las condiciones posibles unas se llaman *casuales ó contingentes*, y son *las que solo dependen de la casualidad ó fortuna, y pueden cumplirse ó no*; v. gr. *si tal navio viniere de las Indias; si Pedro ascendiere á tal dignidad; si tal cosa aconteciere, etc.*, en cuyos casos y otros semejantes, de cualquiera naturaleza y calidad, hasta que se cumple la condicion no tiene derecho el legatario á la manda, ni el heredero extraño á la herencia¹. Otras se llaman *ciertas ó necesarias*, *las cuales tienen las apariencias de casuales, y no lo son, por lo que es preciso se cumplan*: v. gr. *si Pedro muriere, etc.*, y así no hacen el acto condicional, ni suspenden su virtud ni efecto, y de consiguiente el legatario y heredero pueden pedir la manda y herencia luego que muere el testador² porque fueron puras, como si no hubiera condicion. Otras son *mixtas de casuales y potestativas*, y se llaman así, *porque su cumplimiento depende de la voluntad del hombre y de la casualidad*, v. gr. *hacer algun contrato ó negocio con alguno, contraer matrimonio con cierta persona, ir á tal parte, venir*

¹ Ley 8, tit. 4, Part. 6. — ² Dicha ley 8.

de tal tierra, etc.; y en estos casos y otros semejantes es forzoso se cumpla la condicion para que el legatario perciba la manda, y el heredero extraña la herencia¹. Se pueden cumplir estas condiciones así en vida del testador como despues de su muerte, porque no dependen enteramente del legatario ó heredero, y el testador solo atiende á que tengan efecto, y no al tiempo en que se ha de verificar su cumplimiento. Otras son de presente, otras de pretérito y otras de futuro: de presente, v. gr. *si esto es así lego tal cosa á Juan*: de pretérito, v. gr. *si Juan hizo tal cosa, ó si esto sucedió*. de futuro, v. gr. *si la hiciere ó si sucediere*. Las dos primeras siendo verdaderas obligan al instante, y no suspenden el acto, por lo que el legatario y el heredero percibirán el legado y la herencia; pero si no son ciertas, es nula é ineficaz la disposicion. Las de futuro ningun efecto causan al presente, y sí solo hay la esperanza de que le surtirán con el tiempo². Otras son expresas y otras tácitas. Se llaman expresas las que el mismo testador pone por su propia boca en la institucion ó legado, y tácitas las que en alguna disposicion se entienden puestas por derecho, aunque el testador no las ponga, lo cual sucede en muchos casos, de los cuales se han expuesto varios en los lugares oportunos de esta obra. Otras consisten en dar y otras en hacer; y siendo posible lo que el testador manda dar ó hacer, no percibirán el legado ó herencia el legatario ni heredero hasta que lo cumplan. Pero si la condicion es prohibitiva, como cuando le encarga que no dé ó no haga tal cosa, y puede cumplirla, debe dar la caucion muciana con fianzas, de que no la dará ó hará para que se le entregue el legado, porque de lo contrario no le percibirá; y si despues de percibido procede contra lo prometido, ha de restituir el legado con frutos³. Si el testador manda al legatario que jure darla ó hacerla, se tiene por no puesto el juramento, aunque sin embargo no ha de percibir lo que le legó hasta que cumpla su mandato, y si el juramento es sobre cosa pasada ó presente, debe hacerle, y de lo contrario nada tomará del legado⁴.

4. Tambien pueden hacerse los legados bajo de cierto modo, y entonces se llaman modales, segun se indicó en dicho capítulo 18, párrafo 14. Esto sucede cuando el testador lega á uno alguna cosa ó cantidad porque dé ó haga algo, cuyo porque que parece casual, equivale á para, y así la virtud y efecto de este legado son que el legatario no pueda pedirle, ni se le deba entregar antes de cum-

¹ Ley 9, tit. 4, Part. 6. — ² Ley 21, tit. 9, Part. 6. — ³ Leyes 7 y 14, tit. 1, y 22, tit. 9, Part. 6. — ⁴ Ley 6, tit. 4, Part. 6.

plir el modo con que se le hizo, sin dar caucion ó fianza y seguridad de cumplirle¹; excepto que el testador quiera expresa ó tácitamente que antes que se le entregue le cumpla, pues entonces no basta la fianza. Esto procede aunque el testador añada condicion al modo, diciendo: *lego á Pedro cien ducados con la condicion de que dé ó haga esto*; pues será modo y no condicion, porque mas se atiende á su mente y voluntad que no á las palabras con que la declara; y siempre que quiere que lo que ordena se cumpla antes que su disposicion, será condicion; y si despues, será modo, el cual no suspende la disposicion. Además, faltando la condicion se irrita ó invalida ipso jure la disposicion, y no se trasmite la herencia al sucesor; pero aunque falte el modo, no se anula y debe cumplirse. Acerca del dominio irrevocable que adquiere el legatario en la cosa legada cuando cumple el precepto del testador, véase el párrafo 15 del citado capítulo.

5. Asimismo se hacen los legados con demostracion, segun se insinuó en el citado capítulo, esto es, con alguna señal ó aditamento que designe la cosa legada; añadiendo el autor que regularmente vale el legado aunque la demostracion sea falsa; pero sobre este último punto debe tener presentes el contador las reflexiones siguientes que hace el reformador de Febrero². La regla de que la demostracion falsa tocante á la cosa legada no vicia la manda puede padecer muchas excepciones, sino por causa de tal demostracion, por razon de algun otro aditamento ó de otra alguna circunstancia; y así en todo legado hecho con dicha demostracion debe examinarse atentamente la voluntad del testador, que habrá de observarse. Y en órden al error que puede padecerse en el nombre del legatario ó de la cosa legada, acerca del cual no habla Febrero, no será fuera de propósito insertar en este lugar las leyes 9 y 28, tit. 9, Part. 6, que tratan de dicho error. Ley 9. «La persona de aquel á quien es fecha la manda, debe ser puesta é nombrada ciertamente, de guisa (de manera) que puedan saber cual es, ó por su nome, ó por otras señales, cá si cierta non fuesse, non valdria la manda. É esto seria como si el testador oviesse dos amigos que oviesse el uno nome así como el otro, é dijesse así: mando á fulano mio amigo tantos maravedis ó tal cosa, é non dijesse el sobrenome (apellido) de aquel á quien lo mandaba. Cá pues que non se puede saber ciertamente cual de aquellos sus amigos quisiera el testador que oviesse aquella manda; por ende (por tanto) non vale, nin es el heredero tenuto

¹ Ley 21, tit. 9, Part. 6. — ² Tomo 4, página 22.