

de la cumplir. Pero si fuese cierta la persona de aquel á quien fuese mandada, maguer errasse el testador en el nome ó el sobrenome de aquel á quien la ficiesse, non empeze (*no perjudica*) tal yerro; nin se embarga por ende la manda. — Ley 28. *De legatis tertio*, en latin, tanto quiere decir en romance como una razon que es escrita en el derecho que muestra por qué palabras pueden ser dejadas las mandas. É decimos que por todas palabras que ayen entendimiento (*sentido*) que sean guisadas (*razonables*) é convenientes para espaladinar (*declarar*) las cosas que el facedor del testamento quiere mandar á otro, pueden ser otorgadas é puestas las mandas en los testamentos ó en el codicilo que alguno ficiera, cá si de otra guisa las dijese, non valdria la manda: é esto seria como si el testador oviesse voluntad de mandar oro á alguno, é dijese que le mandaba laton, creyendo que el oro habia tal nome, cá entonce non valdria tal manda; maguer aquel á quien fuese fecha quisiesse probar que su intencion del testador era de mandarle oro é non laton. É esso mismo decimos que seria en todas las otras cosas que han nomes generales, en que acuerdan los omes comunamente en cada tierra en nombrarlas: assi como plata, ó vino, ó pan, ó paños, ó vestiduras, é todas las otras cosas semejantes destas. Cá en cualquier de estas cosas sobredichas, si el testador errasse el nome de la cosa que mandasse diciendo otro nome é non el suyo, cuidando (*creyendo*) que aquel que él decia era su nome, non valdria la manda. Pero en las cosas que han nomes señalados, assi como son los omes, non seria ansi. Cá maguer el testador errasse en el nome de algun ome diciendo otro nome é non el suyo, cuidando que aquel era su nome que él le decia, valdria la manda, é non se embargaria por tal yerro si fuere probado que su entencion era del testador que aquella persona que nombró oviesse tal manda. Otrosí decimos que cuando los facedores de los testamentos usan tales palabras en las mandas: diciendo; mando é quiero que fulano aya tal cosa, ó pláceme ó tengo por bien que la aya: ó dice al heredero: creo que tudarás tal cosa á fulano, ó déjolo en la tu fe que lo cumplas: ó dice el testador: quiero que el mio heredero haga tal cosa. Cá usando el testador cualquier de estas palabras sobredichas cuando ficiesse la manda, ó otras semejantes dellas, porque pueda ser entendida la entencion ó la voluntad dél, valdria la manda que assi fuese fecha. »

6. Legando el testador á dos personas junta ó apartadamente alguna cosa: juntamente, v. gr. diciendo: *Mando á Pedro y Juan tal casa ó viña, etc.*: apartadamente si dice en una cláusula:

*Mando á Pedro tal casa; y luego en otra de la misma disposicion: que manda á Juan la propia casa*, deben partirla con igualdad los legatarios, porque á cada uno se dejó simplemente é *in solidum*: y ya sean conjuntos ó separados en la cosa ó palabras, ó disyuntos en estas y juntos en aquella, ninguno ha de llevar mas. Y si alguno de ellos muere antes que el testador, ó renuncia su parte, ó sobreviene algun impedimento por el que no puede adquirirla, se acrece al otro, sea dividua ó individua<sup>1</sup>.

7. Y si uno de estos legatarios sucede al otro puede aceptar la parte que le corresponde, y repudiar lo perteneciente al colegatario; ó por el contrario, si á uno de los dos impuso gravámen el testador y al otro no, excepto que conste manifestamente haber querido que el uno llevase la cosa y el otro su estimacion; pues entonces el legatario que sucede al otro lo conseguirá todo, porque hace de dos personas, y cuando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolida enteramente en este el de ambos, y podrá perderle.

8. Cuando se legan á los menores los alimentos hasta la puerbertad, ha de ampliarse esta en los varones hasta los diez y ocho años, y en las hembras hasta los catorce, ya por piedad, y ya porque hasta dicha edad no pueden adquirir regularmente con su industria lo necesario para vivir, excepto que el testador prefina hasta cuándo se les ha de contribuir con ellos, y no señalando este el tiempo, se les han de dar por toda su vida. La cantidad que en todos casos se les ha de dar, si cuando vivia los alimentaba, y no se la consigna, ha de ser la que les daba al tiempo que falleció; y si en vida variaba, dándoles unas veces menos y otras mas, ha de dárselles la que al mas cercano de su muerte solia darles. Por alimentos se entienden la comida, el vestido, calzado y la habitacion, no la enseñanza, sino que el testador la exprese; por lo que si este deja alimentos á alguno, ó lo necesario para vivir, se comprende en ellos lo dicho<sup>2</sup>: si le lega los alimentos diarios, se le debe dar únicamente la comida; y para hacer una regulacion prudente y caritativa, cuando se han legado simplemente sin señalamiento de cuota, ni constar cuánto daba el testador al legatario ó á otros de su condicion, se ha de atender á esta y á las facultades y rentas de los bienes de aquel<sup>3</sup>, sin que por no ser bastantes las rentas se deba enagenar la propiedad de sus bienes.

<sup>1</sup> Ley 55, tit. 9, Part. 6, y su glos. 7. — <sup>2</sup> Ley 2, tit. 19, Part. 4. — <sup>3</sup> Dicha ley 2, tit. 19, Part. 4.

9. En el citado capítulo 18 del título 2, libro 2, párrafos 27 y 28 se dijo que si el testador lega una casa, y despues se arruina, quema ó destruye toda, se debe al legatario el área ó suelo en que estaba edificada; pero si despues reedifica el testador otra casa sobre dicho solar, no se debe al legatario este ni aquella. Sobre esta cuestion opina el reformador D. José Gutierrez contra Gomez y Febrero que la nueva casa pertenecerá al legatario, ya porque habiendo de ser suyo el solar, debe corresponderle lo edificado sobre él, ya porque la ley 37, tit. 6, Part. 6, que el autotita, dice expresamente, que si habiendo el testador legado un solar construyese despues sobre este alguna casa, le toca al legatario, y ya por ser evidente que edificando de nuevo el testador sobre dicho solar quiere que pertenezca al legatario el edificio, mayormente cuando de lo contrario hubiera revocado la manda. A pesar de estas razones parece mas fundada la doctrina del autor, quien dice que no se debe al legatario la nueva casa por ser distinta de la primera, y en esto tiene sobrada razon. El legado fue de la primera casa, esto es, de una cosa especifica y señalada, la cual pereció, y por consiguiente en esta parte faltó la materia del legado. Quedó el solar, y por eso dice Febrero que le corresponde al legatario, esto es, si el testador no construye en él otro edificio, pues de lo contrario no tendrá tampoco derecho el legatario al solar, porque ya deja de serlo, y se constituye parte de la nueva casa edificada. Esto tambien es consiguiente á lo primero, porque así como pertenece al legatario el solar cuando se le lega la casa que está fundada en él por considerarse parte de esta, del mismo modo no debiéndose al legatario la segunda casa por ser cosa distinta de la primera, tampoco le corresponde en este caso el solar por la misma razon, esto es, por considerarse siempre parte de la casa. Nada obsta la ley 37 en que se apoya el reformador, pues esta dice que si el testador mandase un solar, y despues construyese en él casa ú otro edificio, corresponden al legatario el solar y la casa. Este caso es diferente del otro en que se mandó la casa, se arruinó y se construyó otra. El señor Gutierrez da por supuesto que siempre corresponde el solar al legatario, y esto era lo que debia probar, pues de la citada ley no se infiere. Tampoco es evidente, como él dice, que edificando de nuevo el testador sobre dicho solar quiere que pertenezca al legatario. Supongamos que la casa primera fuese ruinoso ó de poco valor, y que despues de la ruina de ella construyese un edificio suntuoso, ¿habrá razon para dar tal amplitud al legado por meras conjeturas con perjuicio de los herederos? Está pues muy fundada la doctrina del

autor, quien añade lo siguiente: « Y si esta segunda casa se arruina, quema ó perece enteramente, tampoco se debe el área ó solar, porque es parte de ella (la cual no fue legada), y no de la primera que lo fue. » Yo distinguiria: cuando el legado fue de la casa y no del solar, está bien que arruinada aquella perdiese tambien el legatario el derecho á este cuando se construyó en él una nueva casa; pero si el legado fue del solar, es mi dictámen que siempre debe corresponder al legatario despues de arruinada la segunda casa, por constar en cuanto á aquel la voluntad del testador. Continúa el autor diciendo: « Pero si poco á poco se fue destruyendo ó cayendo, y el testador la fue levantando ó reedificando, se le debe, no solo el área, sino el edificio, porque se contempla la misma casa legada, y dura aunque reparada y renovada. » Este período puesto á continuacion del anterior, en que habla Febrero de la segunda casa, parece que se refiere á esta, lo cual seria un absurdo; y así debe entenderse de la primera casa, con lo cual desaparece la contradiccion. Se ve claramente que está dislocado ó traspuesto; pero como se halla de este modo en las ediciones de Febrero adicionado y reformado, me ha parecido conveniente hacer esta advertencia para evitar equivocaciones.

10. Paso ahora á instruir al contador en tres puntos importantes. El primero es relativo al modo de deducir los legados. El segundo versa sobre si los legados hechos por el testador á su muger, acreedores, y tutor que nombra, se compensarán ó no con la dote y gananciales de la muger, con lo debido al acreedor y con la décima correspondiente al tutor. El tercero se reduce á la division de los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada; y así revocándose el legado deberá ó no restituir los que percibió. En cuanto á la deducion de los legados gratuitos, ó los voluntarios, se hace del modo siguiente: O el legante testa entre herederos extraños ó legítimos: si entre extraños (y por tales se reputan para el caso todos, aunque sean sus hermanos, excepto los ascendientes y descendientes legítimos) se deben deducir del cuerpo del caudal que deje despues de pagar las deudas, gastos funerarios y misas, no mandando otra cosa, segun por derecho comun está dispuesto<sup>1</sup>, por no haber ley Real que en esta parte y caso lo corrija. Si testa entre herederos legítimos, ó son descendientes ó ascendientes: si son hijos ó descendientes, se han

<sup>1</sup> Ley 1, § fin. ff. *Ad leg. falcid. Ley Papinianus, § Quarta autem, ff de inofficios. testam.* y ley fin. § *In computation. Cod. de jure deliberand.*; Gom. en la 50 de Toro; Matienz. en la fin. tit. 6, lib. 5, Rec. glos. 3, num. 4.

de sacar del quinto liquido de su hacienda (que es lo único de que por la ley 28 de Toro se le permite disponer en vida y muerte), como lo ordena la 30, tambien de Toro, que es la 9, tit. 10, lib. 10, Nov. Rec. Y si son ascendientes, se deben deducir del tercio que es de lo que por la ley 6 de Toro se le permite testar por su alma, ó á favor de quien quisiere; pues el residuo de su hacienda liquida es legitima respectiva de los ascendientes y descendientes legitimos que no puede ser gravada; bien entendido, que si los legatarios particulares fallecen antes de adquirir derecho á sus legados, ó por algun impedimento legal no los adquieren, se acrecen á la herencia; lo que no sucederá cuando hay legatario ó mejorado en el quinto, pues en este caso, como los legados se sacan de este entre descendientes legitimos, y son parte suya, y no del residuo de la herencia, deben volver, ó por mejor decir, no se debe defalcicar el quinto en su importe, antes si quedarse con él el legatario de este, y entenderse que el testador no los hizo; y lo propio milita con el tercio entre ascendientes en igual caso, no mandando lo contrario en ambos el testador. Pero si deja legado vitalicio, v. gr. á un hijo religioso, que renunció sus legitimas á su favor ó á otro; en este caso, aunque algunos contadores sacan de la herencia el importe de diez, quince ó veinte anatas, teniendo consideracion á lo que segun su edad y robustez puede vivir el legatario, y se las entregan; no obstante lo mejor es bajar de la herencia el capital correspondiente al legado anuo regulado al tres por ciento, é imponerlo, dándole facultad para percibir los réditos durante su vida, y despues de esta partirlo los herederos, ó consignarle en una finca el legado para el propio efecto, y dividirla por su fallecimiento, y de esta suerte ninguno sale perjudicado. Esto se entiende no habiendo otro convenio de los interesados, ya toque ó no al legatario mas cantidad por su legitima que el capital de la consignacion; pues si lo hubiere, se ha de estar á él, respecto á que ninguna ley habla de este caso, y su convenio siendo justo se debe observar. Y si marido y muger que testan de conformidad, se legan alguna finca adquirida por ambos durante el matrimonio, para que la lleve el sobreviviente, se entiende legar cada uno al otro el derecho que en ella tiene, que es la mitad, y así se sacará del cuerpo del caudal, y se le aplicará por entero; la mitad por via del legado del difunto, y la otra mitad como suya, si testando entre herederos legitimos cabe la mitad; mas sino, lo que quepa, y el residuo en cuenta de su haber, y no toda por via de legado.

11. Teniendo el testador ascendientes ó descendientes legiti-

mos, si deja á extraños tantas mandas ó legados pios ó graciosos que no caben en el quinto ó tercio, se ha de ver á cuánto ascienden estos, y cuánto mas importan los legados juntos, v. gr. si es mitad, tercia, cuarta, quinta ó sexta parte, ó la que sea, y de cada uno deducir proporcionalmente el exceso, separando primero el importe del funeral y misas, pues esto no entra en el prorateo, de modo que todos juntos se reduzcan á la cantidad de que pudo disponer, llevando cada legatario pio ó gracioso á proporcion de lo que importaba el suyo, pues al que legó sesenta, debe tocar mas que al que cuarenta; y al que treinta, mas que al que veinte<sup>1</sup>. Y no deben ser preferidos los nombrados primero, ni por consiguiente haber predileccion entre ellos, sean ó no de distintas clases ó esfera, porque se presume que el testador á todos profesó igual afecto<sup>2</sup>; y cuando se trata de anular, no se debe atender al orden del nombramiento<sup>3</sup>, excepto que el testador lo mande expresamente.

12. Si deja á uno el quinto, y ademas hace tantos legados á otros que no caben en él, se han de proratear entre todos los legatarios, y el del quinto, despues de bajadas las deudas contra el caudal y los gastos funerarios y misas haciendo una regulacion proporcional con vista de la cantidad excesivamente legada á cada uno, y detrayendo respectivamente de cada legado lo que le corresponda. Lo propio milita cuando tiene hijos, y así á estos como á extraños hace tantas mandas, que no caben en el tercio y quinto, bien que en este caso se ha de mirar que nada del tercio toque á los extraños, porque es legitima de los hijos, entre los cuales se debe repartir proporcionalmente, segun la disposicion del testador: por cuya razon solo en el quinto tendrá cabimiento para con todos el prorateo de lo legado á los hijos que no quepa en el tercio. Lo mismo se ha de observar cuando lega á un extraño el quinto y hace á alguno de sus hijos ciertos legados de cantidad ó genéricos; en cuyo caso estos se han de sacar del tercio hasta en lo que alcance, y lo que falte deducirlo del quinto, y al legatario extraño darle el sobrante de este ó su total, si las mandas de los hijos caben en dicho tercio, porque como tuvo facultad de mejorarlos en él, y tambien de legar el quinto íntegro al extraño, es visto haber querido que del tercio se pagasen á sus hijos sus mandas hasta en lo que alcanzase, y que el extraño percibiese el quinto íntegro ó

<sup>1</sup> Ley *In quantitate*, § fin. ff. *Ad leg. falcid.*; Cifuent. en la 50 de Toro, num. 2; Gregor. Lop. en la ley 1, glos. 1, tit. 11, Part. 6; Escobar de *ratiocin.* comp. 10, num. 5. — <sup>2</sup> Ley *Si quis testam.* § *Apud Julianum*, ff. *de legat.* 3; Escobar ibi, num. 4. — <sup>3</sup> Ley *Quidam*, ff. *de peculio*; Escobar ibi, num. fin.

su residuo si faltaba algo para completar las de sus hijos ó descendientes. De lo contrario podría ser ilusorio el legado del quinto, y perjudicado el legatario, al cual tal vez nada quedaria que tomar, y no se cumpliría la voluntad del legante que quiso lo llevase en todo lo que permite la ley; pero los gastos funerarios, misas y legados pios se han de sacar del quinto, y no del tercio; lo que observará el contador no mandando el testador otra cosa. Ultimamente debo advertir que los legados pios sufrirán la deducción del mismo modo que los voluntarios, excepto que el testador lo prohíba<sup>1</sup>.

13. Ofrécese ahora la duda de si se ha de hacer la deducción solamente de los legados genéricos ó se ha de ampliar tambien á los específicos. Algunos dicen que estos entrarán tambien en el prorrateo, no apareciendo lo contrario de la voluntad del legante. Yo á la verdad soy de contrario dictámen, porque los legatarios de ellos adquieren su dominio y los hacen suyos inmediatamente que el testador muere, lo que no sucede con los genéricos; y así solo mandándolo el testador, ó no quedando nada que percibir á los legatarios, me parece deberá hacerse de ellos la deducción respectiva y proporcional.

14. Los maridos hacen muchas veces legados á las mugeres, y suele dudarse si se han de compensar ó no hasta su importe con la dote, bienes parafernales, arras y gananciales que las corresponden. En cuanto á la dote, digo que no se debe compensar con el legado ó legados que el marido hizo á su mujer; y así no solo ha de llevarla íntegra, sino tambien los legados, lo cual se entiende á menos que haya dicho expresamente que se los dejaba por via de compensacion de ella, ó conste claramente que su ánimo fue hacérselos en este concepto. Asimismo aunque la legue la misma cantidad numérica que contiene la dote<sup>2</sup>, ó el usufructo del todo ó parte de sus bienes, se le adjudicará todo<sup>3</sup>; siendo de advertir que los herederos del marido no pueden diferir la restitucion de la dote legada con pretexto de los gastos hechos en ella, excepto que fuese necesario ejecutarlos<sup>4</sup>. En cuanto á si estos gastos, ya sean útiles, necesarios ó voluntarios, se entienden tambien legados ó no, hay que distinguir de casos y aun de opiniones<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Ley *Si post missionem*, 17, et ibi DD. ff. de leg. falcid.; Parlad. lib. 1. *Rer. quotidian.* cap. 18; Greg. Lop. y Angul. ubi supr. proximè; Escobar dicha comput. 40, num. 8 y 9 sig. — <sup>2</sup> Gom. lib. 1, *Var.* cap. 12, num. 27, vers. *Quod extende*, ley única, § *Primum*, 5. Cod. de rei uxori. action. desde la palabra *Sciendum*, ley *Cum pater*, 77, § *Qui dotali*, ff. de legat. 2. — <sup>3</sup> Castill. de usufruct. cap. 46. — <sup>4</sup> Ley *Dote prælegata*, 6, ff. de dote prælegat.; Bersan. de viduis, cap. 2, quest. 45, num. 1 al 5. — <sup>5</sup> Bersan. dicho cap. y quæst.

15. Si la lega los esclavos que recibió estimados en dote, los conseguirá como legado, y tambien su estimacion como parte de dote<sup>1</sup>. Lo mismo procede aunque haya dicho que legaba tales cosas ó tales esclavos que se le habian dado en dote; pues estas palabras se entienden puestas y añadidas por causa de demostracion y no de tasacion<sup>2</sup>. Lo mismo procede cuando la lega alguna heredad ú otra finca afecta especial ó generalmente á la responsabilidad de su dote, pues tampoco se compensará en todo ni parte con ella, excepto que así lo exprese ó conste ser esta su voluntad<sup>3</sup>, porque estos débitos son voluntarios, á causa de haberlos contraído espontáneamente, y en los voluntarios no ha lugar en caso de duda la compensacion.

16. Tampoco se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado: lo primero, porque este débito es voluntario en su origen por estar en arbitrio del marido el recibir ó no su administracion<sup>4</sup>, y cuando el contrato fue voluntario en su principio se conceptúa siempre por tal<sup>5</sup>; además de que el legado hecho por el deudor al acreedor voluntario no se compensa con el débito<sup>6</sup>: lo segundo, porque lo mismo se juzga de lo accesorio que de lo principal; es así que los bienes parafernales son accesorios á la dote; luego por igual regla se han de pagar; y al modo que con la dote no ha lugar la compensacion del legado, tampoco con los parafernales; por lo que si el estatuto permite á la muger que teste de aquella, se debe extender y ampliar la permission respecto de estos<sup>7</sup>.

17. Si el testador recibió de la muger, v. gr. ciento en dote y doscientos en los bienes parafernales, y en su testamento dejó 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, y podian pedir; valdrá y compensará el legado con la dote y parafernales de su madre hasta en lo que alcance, porque estas palabras: *que se contentasen con ella por todo lo que debian haber y podian pedir*, son universales, y comprenden toda especie de débito; por lo que es visto haber hecho el legado en compensacion de la dote y bienes parafernales<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Glos. in leg. *Licinius*, 48, ff. de legat. 2. — <sup>2</sup> Imol. in leg. 1, § *Mela*, 14, ff. de dote prælegat. — <sup>3</sup> Ley única, Cod. de rei uxoriæ action. § y vers. inserto, y ley *Cum pater*, 77, § *Qui dotale*, ff. de legat. 2; Gregor. Lop. en la 16, tit. 9, Part. 6, glos. 5, vers. *Sed quid si debitor*. — <sup>4</sup> Ley fin. Cod. de pact. conven. — <sup>5</sup> Ley *Sicut. Cod. de obligat. et action.* — <sup>6</sup> Imol. in leg. *Si cum dotem*, § *Si pater*, ff. *Solut. matrim.*; Alex. in leg. *Hujusmodi*, 84, § *Cum pater*, 6, ff. de legat.; Menoch. lib. 3, de arbitr. causa, 180, num. 52; Aimon Cravet. consil. 149. — <sup>7</sup> Cravet. consil. 149, num. 6; Ana consil. 56, vers. *Utrum*, num. 1. — <sup>8</sup> Menoch. consil. 56, num. 56, vers.