

18. Por lo respectivo á las arras que el marido promete á su muger, tampoco ha lugar su compensacion con el legado del quinto ú otro que la hizo, porque el débito de ellas fue voluntario en el principio, á causa de estar en su arbitrio el ofrecérselas ó no, por no obligarle á ello ley alguna; pues en las deudas voluntarias, que son las que se contraen y deben por pacto y condicion, sin distincion de género, especie ni cantidad, no se admite compensacion con el legado, excepto que conste de la voluntad del testador; y mucho menos ha lugar si las arras estan entregadas á la muger, porque con el débito ya pagado no se hace compensacion<sup>1</sup>. Todo esto se entiende, excepto que el testador tenga ascendientes ó descendientes al tiempo que se casa, pues si viven algunos de ellos ó todos al de su fallecimiento, se compensará el importe de las arras con otro tanto de su quinto ó tercio, y del uno de estos se deducirá, y no del cuerpo del caudal.

19. En orden á los gananciales, si el marido hace á su muger algun legado, no se ha de compensar con la mitad que de ellos la toca, antes bien la ha de llevar, y además el legado, el cual se debe deducir del privativo caudal del marido, segun se prueba de la ley 8, tit. 4, lib. 10, Nov. Rec. que dice: « Si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte, ó testamento, no se la cuente en la parte que la muger ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de los bienes, » y la tal manda en lo que de derecho debiere valer. La razon es, no porque los gananciales sean débito voluntario en su principio, como afirma Matienzo<sup>2</sup>, pues lo són necesario; y así ya quiera ó no el marido, los ha de llevar, por concedérselos en los reinos de Castilla la costumbre aprobada por la ley<sup>3</sup>; al modo que lo es también el lucro de la dote, que segun la ley ó estatuto gana el marido: ni tampoco porque la ley lo estableció así por evitar dudas, segun opina Acevedo, pues todas las leyes se hacen generalmente con este mismo objeto; sino porque, como á la muger se comunica el dominio y posesion (bien que revocable durante la vida de su marido) de los gananciales, segun senté en otra parte, estos se la deben á dia incierto, que es por

10, vol. 1; Ruin. consil. 60, num. 6, consil. 79, num. 8, y consil. 81, num. 7, lib. 2.

<sup>1</sup> Tello en la ley 16 de Toro, num. 7 y 8; Covarr. in cap. offic. num. 4, y 11, de testam.; Matienz. en la ley 7, glós. 1, num. 8, tit. 9, lib. 6, Rec.; et ibi Acev. num. 6 al fin, y num. 7; Palac. Rub. in cap. Per vestras, de donat. cap. 27, num. 2 y 3; Gutierr. lib. 2, Pract. quæst. 124, num. 2; y de tut. part. 3, cap. 3, num. 75. — <sup>2</sup> En la glós. 1 á la ley citada. — <sup>3</sup> Segur. en la ley 3, § fin. num. 246, ff. de liberis et posthum. — <sup>4</sup> Covarr. ibi, num. 2; Menoch. præsumpt. 109, num. 30, lib. 4.

muerte de su marido, ó por divorcio, y no antes; y por causa onerosa, que es su trabajo y sociedad; el dia incierto hace condicion<sup>1</sup>, y el legado para pagar el débito contraido á cierto dia ó condicion, no parece hecho con ánimo de que se compense antes que el dia llegue, ó la condicion se cumpla<sup>2</sup>. Por eso estableció la ley inserta que el hecho por el marido á su muger no se compense con los gananciales, que no se la deben ni se la han de pagar hasta que su marido muere; pues aunque tampoco se debe el legado hasta que fallece, y por concurrir este y los gananciales en un mismo tiempo, parece se debian compensar, no obsta, porque se atiende á aquel en que se hizo, en el cual no se la debian todavía los gananciales, y al motivo porque se la deben.

20. Por la misma regla se ha de juzgar el legado que el padre hace á su hija impúbera, pues aunque de necesidad está obligado á dotarla teniendo edad competente para casarse<sup>3</sup>, este débito y obligacion son necesarios solamente á cierto dia, que es cuando se halle en disposicion de poder contraer matrimonio, y no antes<sup>4</sup>. Así que si la hizo algun legado en tiempo que todavía no se podia casar por falta de edad, no se debe decir que fue con ánimo de compensarlo con la dote que debia darla cuando la tuviese; y así no se compensará con esta, antes bien lo llevará todo<sup>5</sup>; y lo mejor será, ya tenga ó no edad para casarse la hija, que el padre lo declare en su testamento, y de esta suerte se evitan dudas<sup>6</sup>.

21. 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, porque dos causas lucrativas de una misma especie no pueden concurrir en una persona<sup>7</sup>, á menos que conste lo contrario de la voluntad del legante; pues entonces se observará esta en todo lo que sea conforme á derecho. En cuanto á los demas vestidos y joyas no entregadas, se ha de distinguir: si son dotales, porque la muger los trajo al matrimonio, no los ha de percibir duplicados; y lo propio milita para con otra cualquiera cosa dotal<sup>8</sup>. Esto se

<sup>1</sup> Ley 1, § Dies autem incertus, y ley Dies incertus, 75, ff. de conditionib. et demonstrat. — <sup>2</sup> Alex. in leg. Hujusmodi, § Cum pater, ff. de legat. 1; Menoch. consil. 154, num. 25, lib. 2, y præsumpt. 109, num. 57, lib. 4; Gom. lib. 4, Var. cap. 12, num. 27 al fin, vers. Ex quibus subtiliter. — <sup>3</sup> Ley 8, tit. 44, Part. 4. Ley Qui liberos, 19, ff. de ritu nuptiar. Ley fin. et ibi DD. Cod. de dotis promission. — <sup>4</sup> Ley Quod pupilla, 50, ff. Quando dies legator. cedat. — <sup>5</sup> Alex. consil. 86, lib. 2, num. 6; Menoch. dicha præsumpt. 109, num. 57 al fin. — <sup>6</sup> Morquech. de decis. lib. 4, cap. 11, desde el num. 1 al 45. — <sup>7</sup> Ley Omnes, ff. de obligat. et action. Ley Si serpus legatus, § Stichum, ff. de legat. 1, y § Si res aliena, Institut. de legat. — <sup>8</sup> Ley 1, § 14, ff. de dote prælegata.

entiende, excepto que al tiempo de recibirlos el marido se hubiesen estimado, pues en este caso se le han de dar, y además su estimación<sup>1</sup>; previniendo que si expresa lo que valen, aunque resulte tener mayor valor, es visto legarla este íntegro<sup>2</sup>.

22. No solo se comprenden en el legado general de vestidos los que el testador tenía al tiempo de legarlos, sino también los que estaban cortados en casa del sastre, y el paño ó tela tejida, ó que para emplear en ellos se estaba tejiendo, excepto que lo limite el testador<sup>3</sup>: lo cual se entiende no estando prohibido su uso en el pueblo, bien que en este caso se deberá su estimación al legatario. Y aunque se aumente después porque no murió entonces el testador, no se extenderá el legado á otros que á los que legó, no obstante que esten algo gastados ó rotos; pero estando consumidos sucederán en su lugar los nuevamente hechos hasta en el valor que aquellos tenían, y no más<sup>4</sup>.

23. Donando en contrato el deudor á su acreedor alguna cosa, no se presume haberle hecho esta donación con ánimo de compensarla con lo que le debía; y así no se hará la compensación, porque en duda no se hace con el débito necesario, antes bien llevará el importe del débito y la cosa donada<sup>5</sup>.

24. No vale el legado hecho por el deudor á su acreedor de lo que le debe, cuando ninguna utilidad ni comodidad se le sigue; pero si alguna se puede considerar, valdrá<sup>6</sup>. Por lo que si le lega simplemente alguna cantidad, se duda ¿si es visto legársela con ánimo de compensarla con lo que le debe? Y se responde, que siendo el débito necesario (cual es el que por disposición de la ley contrae el legante, aunque á él no se obligue expresamente) se compensará, porque es visto haberlo hecho con este ánimo, v. gr. cuando el padre lega alguna cosa á su hija, que ya se halle en edad de casarse, pues se entiende legársela con ánimo de compensarla con la dote, que según derecho está obligado á darla<sup>7</sup>. Lo mismo se entenderá si deja algo á un hijo, pues se presume dejárselo por vía de legítima, y por compensación de esta<sup>8</sup>, aunque también puede ser por vía de mejora, según la ley 26 de Toro, como dejo explicado. Todo esto procede, excepto que otra

<sup>1</sup> Acev. en la ley 7, tit. 9, lib. 5, Nov. Rec. — <sup>2</sup> Paul. in leg. *Si fundum*, 85, § *Si libertus*, ff. de legat. 1. — <sup>3</sup> Jason. in leg. *Cætera*, 41, § *Sed si paraverit*, ff. de legat. 1, num. 20, et in leg. *Hujusmodi*, 84, § *Legatum*, num. 8, Cod. dicho tit. — <sup>4</sup> Castill. en la ley 16 de Toro, num. 14 y 15. — <sup>5</sup> Menoch. præsumpt. 142, num. 2, lib. 5. — <sup>6</sup> Ley *Si creditori*, ff. de legat. 1.; Ley *Mævius*, 66, vers. *Debitor*, y Ley *Debitor*, 82, ff. de legat. Institut. de legat.; Gom. cap. 12, num. 26. — <sup>7</sup> Ley *Si cum dote*, § *Si pater*, ff. Solut. matrim. — <sup>8</sup> Ley *Quoniam novella*, y Ley *Omnimodo*, Cod. de inoffic. testam. y Ley *Etiam*, § *Si debita*, ff. de bonis libertor.

cosa conste de su voluntad, ó que por conjeturas ó demostraciones se colija que su ánimo no fue hacer la compensación, v. gr. cuando el débito proviene de una causa, y el legado se hace por otra diversa, ó el legante expresa que hace de sus bienes el legado, ó manda que este no permanezca en poder del legatario, y que antes bien lo entregue á otro; ó cuando el deudor necesario instituyó simplemente por su heredero á su acreedor en parte y no en todos sus bienes; ó cuando el débito necesario fue declarado antes y destinado en cierta cosa, y luego el deudor lega á su acreedor otra diversa; por cuyas demostraciones ó expresiones se colige el ánimo de que no se haga la compensación<sup>1</sup>.

25. Pero si el débito es voluntario (que se llama así cuando proviene de contrato celebrado por el mismo deudor) no se compensará; antes bien el acreedor llevará el legado, y podrá pedir y percibir su crédito<sup>2</sup>. Y lo propio milita si le lega la cosa mueble ó inmueble que le tiene obligada ó afecta á la seguridad y responsabilidad de la deuda, pues percibirá aquella y también el importe de esta; porque la especie no se compensa con la cantidad<sup>3</sup>.

26. Exceptuase el caso de que concurra alguna urgente conjetura, de la cual se pueda colegir que el deudor hizo legado con ánimo de hacer la compensación<sup>4</sup>, pues el ánimo de compensar se prueba también por conjeturas ó demostraciones<sup>5</sup>, v. gr. cuando por la misma causa de que procede el débito, se hace la donación ó legado, como si alguno debe á la muger cierta cantidad por razón ó causa de dote, y por la causa dotal la dona ó lega la propia suma<sup>6</sup>; ó cuando dona ó lega tanta cuanta debe, v. gr. debe ciento, y dona al acreedor otros tantos<sup>7</sup>; ó si la cantidad donada excede á la que debe, porque en lo más está incluso lo menos<sup>8</sup>; ó cuando por el contexto de la donación ó legado se colige el ánimo de compensar<sup>9</sup>. Por estas conjeturas se infiere que la voluntad del testador fue hacer la compensación, y así se hará; y mucho mejor cuando está clara y manifiesta<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Simon de Præc. de interpret. ult. voluntat. lib. 4, dubit. 6, num. 17 al 51; Guherr. de tutel. part. 3, cap. 5, num. 44 al 46. — <sup>2</sup> Ley unic. § *Sciendum*, Cod. de rei uxoriæ action. — <sup>3</sup> Ley *Creditor*, 16, Cod. de legat. y Ley *Creditorum*, 85, ff. de legat. 2; Covarr. in cap. *Offic. de testam.* num. 2; Gom. cap. 12, num. 27. — <sup>4</sup> Cravet. consil. 686, num. 5, lib. 4. — <sup>5</sup> Ley *Cum quo*, 56, § fin. y Ley *Quod autem*, 74, ff. *Ad leg. falcid.*; Matienz. en la ley 7, tit. 9, lib. 5, glos. 1, num. 9. — <sup>6</sup> Ruin. consil. 225, num. 4, lib. 1; Cravet. consil. 68, num. 5. — <sup>7</sup> Paul. in leg. *Lucius*, 1, ff. de legat. 2, col. 2; Corn. consil. 250, num. 1, lib. 4. — <sup>8</sup> Ley *In eo*, ff. de regul. jur.; Corn. consil. 292, num. 1, lib. 1; Cravet. consil. 501 al fin. — <sup>9</sup> Menoch. præsumpt. 142 al fin, lib. 5; Corn. lib. 1, consil. 210, num. 4. — <sup>10</sup> Ley *Continuus*, § *Cum ita*, ff. de verbor. obligation.; Menoch. præsumpt. 106; Barbos. en la ley Si

27. Cuando el acreedor que tiene en su poder la prenda la lega á su deudor, aunque vale el legado, se entiende en cuanto al derecho de prenda que le remite, pero no en cuanto á la liberacion de la deuda; y así la podrán cobrar sus herederos, y no habrá lugar la compensacion, como dije en el libro 2, título 2, capítulo 18, párrafo 33, y se prueba de la ley 16, tit. 9, Part. 6, que dice: « En peños teniendo algun ome cosa de otro por dineros que oviese emprestado sobre ella, si este atal, á quien fuese obligada, ficiese manda de aquella cosa á aquel mismo que gela obligara, vale tal manda. Pero á sus herederos en salvo les finca su derecho para poder demandar á aquel que gela empeñó, los dineros que el testador le habia prestado sobre aquella cosa. »

28. Procede tambien lo referido cuando es especie lo que se debe, y cantidad lo que se lega, pues tampoco ha lugar la compensacion de una con otra<sup>2</sup>, excepto que uno á otro se leguen la misma cosa que se deben, porque dos causas lucrativas de una propia cosa no pueden concurrir en una persona, aunque la primera se haya entregado. Pero esto no milita cuando son diferentes especies<sup>2</sup>; ni tampoco en las deudas que se deben al sobreviviente por disposicion de ley, estatuto ó costumbre, v. gr. la cuarta marital, el lecho cotidiano ó luto, pues estas son necesarias; y así habrá lugar en ellas la compensacion, sin distincion de especie, género ni cantidad<sup>3</sup>, no constando lo contrario de la voluntad del legante.

29. Como el legado que el testador deja al tutor testamentario, se presume hecho por premio del trabajo que ha de tener en la administracion de los bienes de su hijo pupilo y en el cuidado de su persona (por cuya razon, si no administra, no tendrá derecho á él, ni lo conseguirá, á menos que expresamente ó por conjeturas conste lo contrario de su voluntad)<sup>4</sup>; se sigue que percibiéndolo no le toca la décima que la ley del Fuero le concede, y antes bien se debe compensar con ella. Si se lo deja simplemente, se compensará hasta en la concurrente cantidad, porque la compensacion se debe hacer en esta forma<sup>5</sup>; excepto que el testador mande que se contente con él, prohibiéndole que pida mas por

*cum dotem*, § *Si pater*, ff. *Solut. matrim.*; Gutierr. *de tutel.* part. 3 en todo el cap. 3.

<sup>1</sup> Alex. consil. 7, num. 16, col. fin. — <sup>2</sup> Pichard. in § *Si res aliena*, Inst. *de legat.* num. 9, 10, 11 y 15. — <sup>3</sup> Greg. Lop. en la ley 16, tit. 9, Part. 6; Escob. *de ratioc. comput.* 14, num. 6. — <sup>4</sup> Ley *Nesennius* al fin, ley *Sed hæc nimium*, ley *Quod autem*, ley *Tutor*, § *Quæ tutoribus*. y ley *Amicissimos*, ff. *de excusat. tutor.*; Baez. *de decim. tutor.* cap. 11, num. 1; Gutierr. *de tutel.* part. 3, cap. 3, num. 15. — <sup>5</sup> Ley *Dotale*, § fin. ff. *de fundo dotal.* ley *Titia*, 34, § *Qui invita*, ff. *de legat.* 2.; Gutierr. ibi, num. 45 y 50.

razon de décima, pues en este caso si sabiéndolo lo acepta, no puede pretender lo que falte para el complemento de ella<sup>1</sup>, porque por su aceptacion se juzga aceptar el gravámen anexo<sup>2</sup>. Y si le hace el legado con condicion de que á cierto dia lo entregue á otro, se compensará el producto que en su intermedio percibió de él<sup>3</sup>. Lo mismo procede con el que hace al hijo del tutor por mera contemplacion de este<sup>4</sup>.

30. Pero no se compensará cuando hace la manda á su mismo hijo, á quien nombra tutor del pupilo su hermano, pues se contempla que no se la deja por razon del trabajo en la administracion sino por el afecto filial, excepto que lo exprese<sup>5</sup>, ni en los casos siguientes: cuando es legado de especie, si no lo dice; cuando se lo deja para que lo exija al tiempo que la décima; cuando se le hizo por otra causa, v. gr. por conservar la familia, pues entonces se debe atender á la cosa que lo motiva; cuando el legatario fue nombrado despues tutor del menor por el juez; ni tampoco cuando concurre alguna de las conjeturas ó demostraciones referidas en el párrafo 24<sup>6</sup>.

31. Pertencen al legatario y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa simplemente legada, ó dejada en fideicomiso por el testador, siendo suya, y los que se cogen despues de haber adquirido su dominio con dicho motivo, sin que para ello se atienda si pasó ó no la mayor parte del año, ni á cuando espiró ó se cumplió el dia del legado ó fideicomiso, ni tampoco á si estan maduros ó próximos á ser cogidos; pues sin embargo de todo debe percibirlos el legatario, habiéndolos dejado pendientes el testador, y no dispuesto de ellos en manera alguna. Así que si el heredero de este los coge ó percibe, se los debe restituir, pagándole los gastos de recoleccion, porque el derecho que adquirió á ellas se retrotrae siempre al tiempo de la muerte, ya los haya percibido antes ó despues de la adiccion ó aceptacion de su herencia<sup>7</sup>; previniendo que si no legó la cosa simplemente sino con sus frutos y emolumentos, se deben al legatario los percibidos en vida del testador desde que le hizo el legado<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Glos. in leg. *Creditorum*, ff. *de legat.* 2.; Baez. *de decim. tutor.* cap. 3, num. 45; Gutierr. ibi, num. 51. — <sup>2</sup> Ley *Cum ab uno*, ff. *de legat.* 2, ley *Qui tutelam*, ff. *de testam. tutel.*; Gutierr. ibi, num. 52. — <sup>3</sup> Ley *Cum quo*, § *Is qui bonis*, ley *In quantitate*, § *Magna*, y ley *Mulier*, § *Alia*, ff. *Ad leg. falcid.*; Gutierr. ibi, num. 28 y 29. — <sup>4</sup> Ley *Qui tutelam*, ff. *de testam. tutel.*; Baez. cap. 3, num. 52; Gutierr. ibi, num. 27. — <sup>5</sup> Dicha ley *Tutor*, y § *Quæ tutoribus*; Gutierr. ibi, num. 51. — <sup>6</sup> Gutierr. dicho cap. 3, num. 52 al 48. — <sup>7</sup> Ley *Herenius Modestinus*, ff. *de usur.* et ibi DD.; Cost. in tract. *de succession. regn.* pag. 145; Gom. lib. 1. *Var.* cap. 42, num. 5. — <sup>8</sup> Ley *Lucius*, 1, ff. *de legat.* 2, et ibi, glos.; Gom. lugar cit.

32. Lo expuesto se entiende cuando el testador testa entre extraños por carecer de herederos legítimos; pues si deja ascendientes y descendientes, y el legatario es extraño, se ha de mirar si los frutos caben ó no en el quinto ó en el tercio, de que puede respectivamente disponer según las leyes 6 y 28 de Toro; porque si los frutos ó la cosa legada exceden al importe de aquellos, se revoca el legado en el exceso. Y si el legatario es legítimo descendiente, se ha de atender á si le caben en su legítima y mejora, pues aumentan la herencia, y el testador, á pretexto de estar pendientes, no puede gravar á sus herederos forzosos en su legítima, como en varias partes dejo sentado.

33. Estos frutos parece debían dividirse á prorata, según en cuanto á los de la dote está dispuesto por derecho común<sup>1</sup>. Sin embargo no debe practicarse así, y la razón de diferencia consiste en que los de esta se conceden al marido por hacerle soportables las cargas matrimoniales; por lo que solo mientras estas duran, debe percibirlos y no más. Esta consideración no milita en el legatario y fideicomisario, sino la de dominio, que es la que les presta título para adquirirlos, y por consiguiente luego que lo consiguen, les corresponden sus frutos por ser cogidos de una cosa que á este tiempo ya es suya, y se consideran como parte de ella; y por lo mismo no están obligados á satisfacer los gastos hechos en sus labores y siembra de aquel año, porque es visto habérselo legado todo el testador<sup>2</sup>; lo cual se entiende, excepto que les mande pagarlas.

34. Siendo legatario de usufructo de alguna finca el que muere, pertenecen á su heredero los frutos que deja pendientes, aunque haya muerto á poco de haber entrado el año, pues aumentan el legado<sup>3</sup>, lo cual es al contrario en el usufructuario, como diré en el capítulo siguiente, párrafo 24.

35. No dejando el testador la propiedad de la finca al legatario sino solamente su usufructo, si al tiempo de la muerte de aquel hay frutos pendientes, parece que pertenecerán á este, y no al heredero instituido, porque los frutos de la cosa legada se deben al legatario desde que fallece el testador, desde cuyo tiempo se le trasfiere el dominio de lo legado, y no antes. No obstante, lo contrario es lo cierto, y así los llevará el heredero propietario, pues aunque lo dicho es incontrovertible, no milita en este caso, porque no le lega el dominio y propiedad de la finca, sino solamente

<sup>1</sup> Ley *Diortio facto*, ff. *Solut. matrimon.* — <sup>2</sup> § *Item ea*, Instit. *de rerum divis.*; Valasc. *de partit.* cap. 34, num. 4 al fin. — <sup>3</sup> Ley 8, ff. *de annuis legat.*

el usufructo de ella, y como los frutos pendientes no lo son, sino parte de la finca en que existen, y la siguen, tocan al que tiene el dominio de ella, el cual es el que presta título para su adquisición y percibo. Por tanto se entiende que le lega el usufructo sucesivo, y no los frutos actuales, pues si quisiere que los llevase lo expresaría; y respecto no haberlo expresado, los percibirá su heredero.

36. Por lo respectivo al 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, la opinión más común es que así como desde el día de la perfección de la venta tocan al comprador de la cosa arrendada las rentas ó pensiones de ella, como diré en otra parte<sup>1</sup>, parece que lo mismo se deberá practicar entre los herederos del testador, que arrendó la finca, y el legatario á quien después de arrendada la legó, sin embargo véase lo que digo en el capítulo próximo, número 21 y siguientes, que es lo que debe seguirse, no disponiendo otra cosa el testador.

37. Al legatario de cosa específica, propia del testador, ya sea legada sola, ó señalada por este para parte de pago de la cuota de bienes que le lega, corresponden los frutos que produce luego que muere, no solo aunque su heredero no acepte la herencia ó no entre en ella, sino aunque el testamento se rompa por preterición ó exheredación, ó carezca de nombramiento de heredero, porque en todos casos vale el legado, se le trasfiere su dominio, y por consiguiente los frutos producidos por la cosa legada<sup>2</sup>, á diferencia de lo que por derecho común y de las Partidas está ordenado, pues no debía llevarlos ni el legado hasta que el heredero aceptaba la herencia. Así en esta parte está corregido, y cesan la gran controversia, distinciones y tiempos á que daba lugar se atendiese, para ver si los frutos correspondían ó no al legatario<sup>3</sup>.

38. Si el legado es de cosa genérica ó agena, también vale, pero no se deben al legatario los frutos sino desde el tiempo que

<sup>1</sup> El párrafo á que se remite Febrero dice casi lo contrario, como puede verse por sus mismas palabras que son las siguientes, y se hallan en el párrafo 1º del capítulo próximo, al fin. « Si consisten (los frutos) en arrendamientos ó pensiones de la cosa arrendada, y al tiempo de la venta estaban vencidos, y cumplido el día de su solución, tocan al vendedor, y no al comprador; y si no lo estaban, deben ambos dividirlos á prorata del tiempo trascurrido desde el último plazo vencido y satisfecho. » Esto es lo más racional, y lo que debe observarse. — <sup>2</sup> Ley 7, tit. 8, Part. 6, y ley 1, tit. 48, lib. 10, Nov. Rec. — <sup>3</sup> Matienz. en dicha ley 4, glos. 15, desde el num. 21 al 39.

se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega, que es desde la contestacion del pleyto: y la razon es, porque no se le trasfiere ni adquiere dominio en lo legado, como cuando es propia del testador y especifica; pues cesando la razon de dominio, cesa la de pertenencia y produccion de frutos, y de ser ya parte de la misma alhaja, estar comprendidos en ella, y deber pasar con el dominio al legatario<sup>1</sup>.

39. Lo mismo procede por la propia razon cuando el legado es del quinto, ó de otra parte ó cuota de bienes del testador, sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario<sup>2</sup>; y en todos los casos en que no se le trasfiere el dominio antes de la eleccion y mora del heredero, dia prefinido para su entrega ó cumplimiento de la condicion impuesta<sup>3</sup>; pues en ellos se le deberán los frutos desde el dia en que se le trasfiera y no antes. La razon porque no se le trasfiere, ni por consiguiente se le deben los frutos, es porque aunque consta la parte que contiene el legado, pero no especifica ni señaladamente lo que se ha de entregar en pago de él, pues esto queda á eleccion del heredero, lo eual impide la traslacion del dominio y adquisicion de frutos durante la mora, y hasta la interpelacion y contestacion<sup>4</sup>, y la eleccion toca al heredero, porque fue mas amado del testador que el legatario.

40. Si ningun heredero fuere instituido, ó aunque lo sea, si no quiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar á los legitimos ó al ejecutor testamentario para que la acepten, ó se nombrará curador á los bienes yacentes, con quien se practiquen las diligencias competentes á la adiccion ó aceptacion, desde la cual, así como se le trasfiere el dominio verdadero de lo legado, del mismo modo se le trasferirá el derecho de percibir los frutos de ello. Pero si el legado consiste en universalidad de bienes, v. gr. en un rebaño, corresponden sus frutos al legatario, y vienen desde la muerte del testador, porque se reputan un mismo cuerpo y legado<sup>5</sup>.

41. Revocado el legado que fue hecho en última voluntad, ó en donacion por causa de muerte, y entregado al legatario por

<sup>1</sup> Ley fin. Cod. de usuris et fruct. legat.; Burg. de Paz en la ley 5 de Toro, part. 1, desde el num. 956; Matienz. dicha glos. 15, num. 55. — <sup>2</sup> Ley Si quis bonorum, 25, ff. de legat. 1; Matienz. ibi. — <sup>3</sup> Vasquio de succes. creat. lib. 5. § 17, num. 151; Matienz. ibi, num. 54. — <sup>4</sup> Ley Si quis bonorum, y ley Non amplius, 26, § Cum bonorum, ff. eod. tit.; Angul. de melioratib. in leg. 4. glos. 6, num. 1 y 2; Ayor. de partit. part. 1, cap. 6, num. 15 y 14. — <sup>5</sup> Ley Grege legat. 21, ff. de legat. 1; Gom. dicho num. 22; Pichard. in § Si res, Institut. de legat.; Castill. de usufruct. cap. 27, desde el num. 5.

el legante, con expresion del instrumento revocable en cuya virtud se le entrega, ¿se duda si el legatario hará suyos los frutos percibidos de la cosa donada hasta la revocacion ó muerte del testador? Y aunque algunos dicen que sí<sup>1</sup>, lo contrario me parece debe seguirse por las razones siguientes: lo primero, porque el legado hecho en donacion por causa de muerte, ó en otra última voluntad, lleva la tácita condicion de que valdrá en caso que estas no se revoquen, y sigue la naturaleza del instrumento en que se hace<sup>2</sup>; y atendida esta condicion no se deben los frutos de lo legado ó donado<sup>3</sup>: lo segundo, porque el título revocable ningun derecho da para adquirir los frutos<sup>4</sup>: lo tercero, porque la entrega de la cosa legada con expresion ó conmemoracion del instrumento en que se hace, no muda la sustancia, virtud ni efecto de lo legado<sup>5</sup>; y por lo propio que no muda su naturaleza, se queda en la clase de no entregado: y así conviniendo, como convienen, el no entregado y el que lo fue, en los términos referidos, debe convenir la misma disposicion á uno que á otro<sup>6</sup>: y lo cuarto, porque al legatario no se deben los frutos hasta despues de la muerte del testador<sup>7</sup>; por lo que si los percibió antes, debe restituirlos en caso que este revoque el legado<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Gom. ibi, num. 4; Gutierr. in leg. Nemo potest, ff. de legat. 1, num. 258; Tello en la 17 de Toro, num. 85. — <sup>2</sup> Ley Senatus, § 1, ff. de donation. caus. mort. Ley Rem legatam, ff. de adimend. ley y § 1, Institut. eod. tit. — <sup>3</sup> Ley Necessario, § Quod si pendente, ff. de pericul. et commod. rei vendit. — <sup>4</sup> Ley Cum quis, ff. de condiction. ob caus.; Tiraquel. in leg. Si unquam, Cod. de revocand. donation. verb. Revertatur, num. 228 al fin. — <sup>5</sup> Glos. in leg. Legatum, ff. de legat. 1.; Tello en la 17 de Toro, num. 86; Covarr. in rubr. de testam. part. 2, num. 21; Molin. de primog. cap. num. 19; Gom. cap. 12, num. 4 cit., vers. Si vero testator. — <sup>6</sup> Ley 4, § Toties, ff. de damno infect. ley Quod constituto, ff. de militari testam. — <sup>7</sup> Ley 37, verb. Otrosí decimos, tit. 9, Part. 6, glos. in leg. Quod servus, ff. de legat. 2. — <sup>8</sup> Morquech. de divis. bonor. lib. 5, cap. 5, num. 12 al 25.