

legada. Pero se ha de distinguir : si la legó simplemente, deben llevarla todos y dividirla igualmente entre sí, pues no se ha de inducir multiplicacion de legados; y si hizo el legado distributivamente diciendo : *si algun hijo ó hija me naciere, le lego tanta cantidad*, debe llevarla cada uno totalmente, porque es visto haberla legado enteramente á cualquiera de ellos ¹.

42. Y si teniendo facultad para fundar mayorazgo de todos sus bienes en el hijo único con que á la sazón se halla, lo funda con efecto, y por estar su muger preñada dice, *que al hijo ó hija que le nazca, lega*, v. gr. *mil ducados por via de alimentos*, y le nacieron dos gemelos varones ó hembras, ó varón y hembra, no se ha de dividir la suma legada entre los dos póstumos, antes bien cada uno la debe percibir íntegra ².

43. Siendo legada á un sugeto una misma cosa en el testamento de uno, y á otro en el de otro, si uno de estos dos legatarios sucede despues al colegatario, puede conseguir por el testamento del uno la cosa legada, y por el del otro su valor ó estimacion, sin que le obste el concurso de dos causas lucrativas, porque en su origen no proviene este de una sola persona, sino de diversas, de las cuales los derechos y acciones que las competian se refundieron y consolidaron en una sola ³; y cuando esto se verifica lo puede pedir todo.

44. Pero es de advertir que para conseguir la cosa legada, y tambien su valor, ha de pedir y percibir primero este, porque si pide y consigue aquella, de modo que se aposeiona quieta y pacíficamente de ella, no tiene derecho á pretender despues su precio ⁴; y la razon es porque recibiendo antes la cosa, consigue todo el derecho y pleno dominio que se le debe, el cual no recibe aumento ⁵; y recibiendo solamente su estimacion, no consigue mas que el precio de ella, que es muy diverso, y fácilmente se pierde y consume, por lo que puede pedir despues al otro heredero la cosa legada, como que no se le ha entregado, ni está satisfecho plenamente de ella ⁶. Y lo propio milita por idéntica razon cuando dos testadores legan en sus respectivos testamentos una misma cosa á uno, pues si quiere percibirla y su valor, debe demandar y exigir este antes que aquella ⁷.

45. Legando el testador todas las cosas que tiene de una es-

¹ Gom. cap. cit. num. 49. — ² Greg. Lop. ley 52, tit. 9, Part. 6, glos. 5, vers. *Item pone quod habens*. — ³ Gom. cap. cit. num. 70, vers. *Et idem est*; Men. dicho lib. 4, præsumpt. 175, num. 2, 8 y sig. — ⁴ Ley 44, tit. 9, Part. 6. — ⁵ Ley *Non ut ex pluribus*, ff. de regul. jur. — ⁶ Gom. lib. y cap. cit. num. 58, vers. *Item adde quod idem est*. — ⁷ Dicha ley 44, tit. 9, Part. 6.

pecie ó género, expresando la cualidad ó accesorio que solamente se halla en algunas de ellas, v. gr. diciendo : *lego todos mis siervos con su peculio : lego todas mis esclavas con sus hijos : todos mis caballos con sus jaeces ó aderezos : todas mis fincas con sus instrumentos*, etc., llevará el legatario todos los de aquel género ó especie, ya lo tengan unos, y otros no : y la razon es porque aquella cualidad se pone aumentativa y declarativamente, para que se dé tambien al legatario con la cosa principal á que está anexa ó adherida, y no limitativamente, para que se le entregue solamente la cosa en que no se halla. Lo cual procede, excepto que el testador lo limite expresamente diciendo : *lego mis siervos que tienen peculio : mis anillos que tienen piedras : mis caballos que tienen jaeces, aderezos, etc.*, pues entonces se observará su voluntad, porque se entienden legadas únicamente las que tienen la cualidad ó accesorio ¹.

46. Cuando el legado es simplemente de *lana*, se comprende la que está trasquilada y separada del cuerpo del animal, ora esté lavada ó sucia, ora hilada ó por hilar : mas no la teñida ó hecha tela ². Pero el lino, aunque esté teñido ó hecho lienzo, se comprende en el legado ³ (*).

47. Si el testador lega á uno una finca determinada ú otra cosa específica, y á otro cierta cantidad de dinero, y en su herencia se encuentra solamente el fundo ó cosa legada, parece que el legatario de esta será preferido, porque en él se considera derecho mas poderoso por razon del dominio que de ella se le transfirió con la muerte del testador; ó que el nombrado primero lo será como mas predilecto. Pero nada de esto se hará : y así la dividirán á prorata de lo que la misma cosa y la cantidad legada importen ⁴; pues la voluntad del testador, que quiso beneficiar á ambos legatarios, se debe cumplir en todo lo posible.

48. Aunque el testador legue dos ó mas veces una cosa específica, v. gr. casa, viña ú otra á un legatario en un testamento, no está obligado su heredero á dársela ni su estimacion, mas que una vez. Lo mismo procede si le lega cosa consistente en número, peso ó medida : pues tampoco se entiende multiplicado el

¹ Gom. cap. 12, num. 50. — ² Gom. lib. 2, Var. cap. 12, num. 95. — ³ Gom. ibi, num. 55.

(*) La opinion mas racional es que si no aparece claro lo que el testador quiso decir, se esté á la comun inteligencia que se da en el país á las voces que emplea. Si en él por la voz *lino* se entiende en general el lienzo, se comprenderá en el legado : mas no, si sucediere lo contrario.

⁴ Gom. ibi, num. 54, et ibi Ayllon, num. 57; Castell. lib. 4, *Controversa*. cap. 54.

legado : y así solo llevará una suma, á menos que pruebe haber querido que fuesen dos legados, y que percibiese ambas sumas¹.

49. Legando simplemente el testador en su testamento cierta cantidad á uno, y despues la misma en codicilo ó en otra escritura, deberá su heredero entregarlas ambas, no probando este lo contrario de su voluntad. Mas no, si se la legó segunda vez por alguna cierta causa. Pero si las cantidades son diversas y desiguales en el número, las llevará ambas el legatario : porque es visto haber querido multiplicar el legado, ya le legue primero la mayor que la menor, ó esta que aquella. Y lo propio milita si le legó dos, la una puramente, y la otra con condicion : pues se conoce que el testador quiso multiplicar el legado por la nueva y distinta cualidad añadida, excepto que de su disposicion se infiera lo contrario². De suerte que siempre que el testador varia el modo de hacer el legado á un mismo sugeto, ya sea en la cantidad, calidad, condicion, lugar, tiempo ó causa, es visto que quiere multiplicar el legado, y así llevará, y se deberán dar ambas sumas al legatario³.

50. Si el testador dice : lego mis vestidos ó mi plata, caballos, siervos, etc., se entiende legar los que tiene cuando hace el legado, y así el legatario no tiene derecho á mas que á ellos, aunque despues adquiere ó tenga muchos mas : pues se circunscribe su voluntad al tiempo en que testa, y no se amplía al futuro. Y lo mismo se entiende si erige mayorazgo de todos sus bienes, sin mas expresion : pues no vienen ni se comprenden en él los que despues adquiere⁴.

51. Legando el testador cierta cantidad á las hijas de uno que tiene tambien hijos varones, ó legando á sus hijos cuando igualmente tiene hijas, ¿en uno y otro caso se entenderá con todos el legado? El primero lo llevarán solamente las hijas, porque bajo el nombre de hijas no se comprenden los varones; lo que al contrario en el segundo caso, pues participarán tambien de él. Y la razon es porque en el género masculino se comprende el femenino; y no aquel en este⁵.

52. Haciendo legado el testador de lo que tiene en cierta parte ó lugar, si en él puso despues, ú otro de su consentimiento ó por su mandado, algunas cosas mas, toca todo al legatario, y se le debe entregar. Lo que al contrario si este ú otro sin ciencia de

¹ Ley 45, tit. 9, Part. 6. — ² Bart. *Speculat. tit. de testam.*, § 1, vers. *Item pone.* — ³ Gom. cap. 12, num. 38. — ⁴ Greg. Lop. en la ley 32, tit. 9, Part. 6, glos. 3, col. antepenult. vers. *Quid autem si quis faciat majoriam.* — ⁵ Decio *de regul. jur.* in leg. *Feminae*, num. 127.

aquel las hubiere puesto : pues de ellas nada debe llevar, porque no vienen en el legado; y así solo lo que el testador tenia, puso ó metió, ú otro de su consentimiento ó en virtud de su precepto, será lo que lleve.

53. Pero si el testador manda v. gr. sus vestidos ú otras cosas suyas de cierto género, que tiene en parte determinada, aunque luego se pongan allí otras del mismo género, si no son suyas, no las llevará el legatario⁴. Y la razon de disparidad consiste en que en este caso se refiere el testador á lo que es suyo, y esto es lo que lega, y no mas; y en el expresado en el precedente párrafo se refiere á lo que está en aquel parage que señala, y así ya sea ó no suyo, lo debe llevar todo, ó la estimacion de lo ageno : porque es visto que así lo quiso.

54. Si lega el testador á su muger ó á otro, v. gr. el trigo que tiene en su trox, panera ó en otro parage, y despues de legado lo consumió, y en su lugar puso otro, pertenece este al legatario, y se le debe dar hasta la concurrente cantidad, y no mas : y la razon es porque se presume que su intencion y voluntad fue subrogarlo en lugar del que tenia y gastó; y por consiguiente dejar subsistente el legado⁵.

55. Cuando lega á alguno tanto cuanto habrá ó habrán el heredero ó herederos que instituye, llevará el legatario la mitad de la herencia, y el heredero ó herederos la otra mitad : porque la proposicion indefinida equivale á la universal. Y si le lega tanto cuanto tiene uno de los herederos, se le debe solamente la menor parte en que uno de estos sea instituido⁶; porque en duda se entienden gravados en cuanto menos sea posible, segun derecho⁴.

56. Imponiendo simple y absolutamente el testador á sus herederos el gravámen de dar al legatario, v. gr. *ciento*, estan obligados á dárselos entre todos, y no cada uno de por sí *in solidum*. Lo mismo procede si instituyendo muchos herederos dice : *mando que mi heredero dé á Pedro ciento* : porque esta proposicion es indefinida, y por ignorarse cuál es el gravado, respecto nombrar muchos, equivale á la universal; y así todos deben darle á prorata los ciento⁵.

57. Pero sucederá al contrario si el testador dice : *cualquiera de mis herederos dé á Pedro ciento* : pues entonces todos y cada

⁴ Gom. ibi, num. 49. — ² Legat. Gom. cap. 12, num. 50. — ³ Castill. lib. 4, *Controvers.* cap. 55 y 44; Covarr. lib. 1, *Var.* cap. 15, num. 9, vers. *Sexto subinfertur.* — ⁴ Ley *Semper in obscuris*, y ley *Semper in stipulat.* 54 al fin, ff. *de regul. jur.* — ⁵ Gom. ibi, num. 51, vers. *Et idem est*; et ibi *Ayllou*, num. 54.

uno de por sí están obligados á dárselos totalmente, porque por este modo distributivo de hablar, es visto haber querido gravar omnimodamente á todos y á cada uno á la solución de los ciento que legó; y así tantos cuantos sean los herederos, serán los cientos que perciba el legatario ⁴.

58. Instituyendo el testador muchos herederos, y legando cierta suma á un legatario, si eximió de su solución á uno de ellos, están obligados los demás instituidos á pagársela íntegramente de las partes que les corresponden en la herencia, sin deducción de la del exento, del mismo modo que si este no fuera instituido, y no con respecto a que lo es: de suerte que la satisfacción del total importe del legado se ha de dividir entre los herederos á ella gravados.

59. Siendo instituidos varios herederos en partes desiguales, si el testador deja algun legado á dos de ellos, y los nombra por sus propios nombres, v. gr. *á Pedro y Juan mis herederos lego tal cosa, ó tanta cantidad, ó tal alhaja*, llevarán y dividirán igualmente entre sí el legado, no obstante la desigualdad de la institución. Pero si los nombra con nombres apelativos, v. gr. *á mis herederos Pedro y Juan lego tal cosa ó cantidad*, etc., la partirán á proporción de la institución ². Y lo mismo procede cuando los grava á dar ó pagar algun débito ó legado ³. De suerte que la dificultad viene á consistir (según conciben los autores) en si el testador los nombra ó grava por sus propios nombres antes de titularlos herederos; pues nombrándolos deben llevar la mejora ó legado, ó hacer el pago por iguales partes; y nombrándolos primero con el apelativo de *herederos*, á proporción de la institución; bien que yo no advierto diferencia en los dos modos de nombrarlos, para que varíe su obligación y la institución.

60. Si un legado que tiene consigo algun gravámen se declara en parte nulo, el gravámen deberá sufrir una rebaja proporcionada á la pérdida del legatario.

61. No puede el legatario aceptar en parte y en parte repudiar el legado que en una cláusula y oración le hizo el testador, ya sea cosa señalada, v. gr. un vestido, ó de universidad de bienes, v. gr. una cabaña, pues aunque en esta se comprenden muchas ovejas, carneros y otras cosas, se entienden y estiman por un solo cuerpo y legado; y así lo ha de aceptar ó repudiar enteramente; y la razón es porque la voluntad del testador, como una é individua, no se puede dividir ⁴.

¹ Gom. ibi, vers. *Secus tamen est*, al fin. — ² Gom. ibi, num. 42. — ³ Gom. ibi, vers. *Et idem est*. — ⁴ Ley 56, tit. 9, Part. 6.

62. En caso que una misma cosa se haya legado á dos individuos, si el uno fallece y el otro es su heredero, puede aceptar del legado la parte que le corresponde, y repudiar la tocante al colegatario; y al contrario, si á uno de los dos se impuso gravámen por el testador, y al otro no; excepto que manifiestamente conste haber querido este que el uno llevase la cosa, y el otro su estimación, pues entonces el legatario que sucede al otro lo conseguirá todo, porque hace veces de dos personas ¹, y cuando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolida íntegramente en este el de ambos, y puede pedirlo ².

63. Muriendo el legatario después que el testador, sin aceptar ni repudiar el legado, si deja varios herederos, pueden uno ó mas de estos aceptar su parte, aunque los otros no quieran la suya, ya sea la manda de una cosa sola ó de universidad de bienes: y la razón es porque el legado y su acción y obligación se dividen proporcionalmente entre ellos, y así puede cada uno aceptar ó repudiar su parte, porque acepta y repudia todo lo que le toca ³. Bien que la repudiada no se acrecerá á los aceptantes, porque se contemplan conjuntos con conjunción legal, la cual no causa ni induce derecho de acrecer ⁴.

64. Pero ninguno de los herederos del legatario podrá aceptar ó repudiar parte de la que le corresponde, porque cualquiera heredero representa al difunto por la suya: por lo que al modo que el que lo es por el todo, no puede aceptar en parte y en parte repudiar; del mismo modo tampoco puede el suyo dividir la suya, porque sería representar parcial y no totalmente al difunto, lo cual es absurdo ⁵.

65. No milita lo expuesto cuando el testador hace el legado en diversas cláusulas y oraciones, pues entonces se permite al legatario, que acepte la parte que quiera, y repudie la que no le acomoda: y la razón es porque en este caso, como ya el testador dividió su voluntad, cesa el superior motivo, vienen á ser muchos los legados separados, y por tales se conceptúan y estiman ⁶, y así con uno que acepte, ya le representa en el todo.

66. Lo mismo procede si le hace legado de muchas cosas señaladas en una cláusula, pues puede aceptar la que quisiere, y dejar las demás. Pero si le lega dos, la una con gravámen y la otra sin él, v. gr. *cien pesos y un siervo, con tal que dé libertad á este*,

¹ Arg. leg. *Si pluribus*, ff. de legat. 1. — ² Gom. cap. 12, num. 20. — ³ Dicha ley 56, tit. 9, Part. 6. — ⁴ Greg. Lop. en dicha ley 56, tit. 9, Part. 6, glos. 5; Gom. lib. 1, Var. cap. 10, num. 42, y cap. 12, num. 55. — ⁵ Gom. dicho num. 55. — ⁶ Gom. num. 53, cit.

entonces no ha lugar la admision de la una sin la otra; y en este caso, si no quiere libertar al siervo, no llevará la cantidad legada, y sin embargo quedará libre este⁴.

67. Dejando el testador á un legatario de dos cosas la que quisiere elegir, si elige la una, no puede arrepentirse y tomar despues la otra, porque no se le permite; si deja la eleccion á albedrio de tercero, y este no la hace dentro de un año, la puede hacer el legatario, pasado que sea². Pero si despues de haber elegido se le quitare en juicio la que eligió, por ser agena, podrá elegir, pedir y tomar otra cosa, si no hubiese hecho la eleccion⁵.

68. Si deja á dos junta ó separadamente una de sus cosas, diciendo: que elijan la que quisieren, y el uno no se conforma con la eleccion del otro, deben echar suertes, y elegir aquel á quien toque, el cual está obligado á pagar al otro la parte que del valor de aquella cosa le corresponde, segun albedrio de hombres buenos. Y si la tal cosa fue legada á uno, dejando la eleccion á su voluntad, muere sin haberla hecho, y sus herederos discuerdan en ella, deben hacer lo propio⁴.

69. Comprando el legatario, ó adquiriendo por otro título en vida del testador ó despues de muerto, la cosa que este le legó (y no era suya) del vendedor dueño ó de otro tercero, ya sea con ignorancia ó ciencia de que le estaba legada y era agena, no pierde el legado, y así puede pedir su valor ó estimacion, ya se la haya legado pura ó condicionalmente⁵. Mas si la compra á su heredero no puede pedir su valor, porque es visto renunciar el legado.

70. Si es del testador la cosa que legó condicionalmente ó á dia cierto, y durante su vida ó despues de ella la compró ó adquirió de su heredero el legatario con ignorancia ó ciencia pendiente el dia ó la condicion, puede pedir tambien su precio ó estimacion luego que llegue el dia, ó la condicion se cumpla, pues el derecho de futuro no se puede renunciar.

71. Y siendo legada puramente, si el legatario durante su vida ó despues de ella la compra ó adquiere ignorantemente del heredero, no pierde el legado, y así puede pedir su valor; pero si se la compra con cierta ciencia de estarle legada lo pierde, por ser visto renunciarlo.

72. Si el testador instituye heredero, y lo sustituye gravandole con algun legado, es visto ser gravado tambien el sustituto

⁴ Dicha ley 56. — ² Ley 25, tit. 9, Part. 6. — ⁵ *Roj. de incompatib.* part. 5, cap. 6, num. 87 y 88. — ⁴ Ley 26, tit. 9, Part. 6. — ⁵ *Gom. lib. 4, Var. cap. 17,* num. 36, y *Ayllon* en el mismo lugar, num. 39.

en la herencia, y así este debe dar al legatario el mismo legado que el heredero instituido, porque en duda se entiende repetido, ya sea vulgar, pupilar, ó fideicomisaria la sustitucion. Lo cual procede, excepto que de la voluntad del testador aparezca tácita ó expresamente lo contrario, v. gr. cuando grava al instituido con que dé una cosa al legatario, y al sustituto con otra diversa: ó cuando la causa, por la que gravó al heredero, cesó en el sustituto: ó cuando substituyó en alguna parte de la herencia al mismo legatario: ó cuando por otros semejantes modos y conjeturas se conceptúa no haber querido gravarle. Y lo mismo procede cuando dice: *mi heredero, ó cualquiera que sea mi heredero, dé á Juan tal cosa ó cantidad*: pues siendo muchos los herederos, á todos comprende el gravámen de dar lo que el testador manda⁴.

73. El testador puede libertar á su deudor de lo que le debe, ya sea el débito civil ó natural, ó juntamente natural y civil, ó perpetuo ó á tiempo cierto, y valdrá el legado, ya lo haga específicamente á alguno, ó genéricamente á todos sus deudores: pues tanto vale la disposicion general en cuanto al género, como la especial ó particular en cuanto á la especie; y el de liberacion no solo aprovecha al deudor y á sus herederos, sino á su fiador; pero no al contrario, haciéndose á este, pues á ninguno de aquellos aprovecha².

74. Pero es de advertir que la confesion del débito hecha en testamento ó en codicilo no lo prueba, ni el testador puede ser reconvenido en vida por él, porque tiene solamente vigor de legado; excepto que sea jurada y hecha por via de contrato en presencia de la parte que la acepte, pues los herederos deben estar al juramento de su causante en estos casos⁵; y así el sujeto á cuyo favor la hace, no puede en su virtud usar de accion alguna por él, si no lo justifica por otros medios legales, porque se resuelve en legado ó fideicomiso por tácita voluntad del difunto, que para hacerlo supuso haber débito, por lo que se puede pedir como legado.

75. Por la remision ó liberacion del débito hecha en contrato ó en última disposicion, es visto ser remitido el puro vencido y de presente, mas no el condicional ó á cierto dia, excepto que otra cosa se exprese⁴; y en la general solo vienen y se compren-

⁴ *Gom. lib. 4, Var. cap. 17,* num. 36; y *Ayllon* en el mismo lugar, num. 39. —

² *Gom. dicho cap. 12,* num. 82, vers. *Item adde quod prædicta.* — ⁵ *Valenzuel. cons. 171,* num. 27 y 28; *Gutierr. de juram. confirm. part. 2,* cap. 6, num. 5. —

⁴ *Gom. ibi,* num. 82, vers. *Item adde quod facta.*

den los débitos personales á favor del difunto, pero no los reales ó hipotecarios; por lo que si uno posee alguna cosa de este, sobre la cual podia ser reconvenido por la reivindicacion ó por otra accion real, no se entiende remitida ni comprendida en el legado de remision, y asi el heredero puede repetirla del poseedor¹.

76. De cuatro maneras puede ser hecho el legado de liberacion del débito: la primera *expresamente*; la segunda, diciendo el testador: *dejo ó lego á Juan mi deudor lo que me debe*; la tercera diciendo: *mando ó gravo á mi heredero á que no pueda pedir á Pedro lo que me debe*; y la cuarta, legando al deudor el instrumento, vale ó escritura que formalizó para su seguridad². Previendo que si el testador lega á un tercero el instrumento del débito, es visto legarle el mismo débito en él contenido, y gravar á su heredero á que se lo entregue, y le ceda las acciones correspondientes para su exaccion y cobranza, á cuya cesion está obligado³. Y lo mismo sucede en los contratos, si el tal instrumento se vende, dona, ó por otro título se trasfiere: pues se entiende vendida, donada ó trasferida la cosa ó accion en él contenida⁴.

77. El efecto que produce la liberacion del débito es que si el legatario deudor es reconvenido sobre él por el heredero del testador, le compete esta excepcion, y puede compelerle á que le libre del pacto y obligacion, é implorar el oficio del juez para que declare que nada le debe, y le imponga perpetuo silencio.

78. Si legase alguna cosa en esta forma: *mando á Pedro tal alhaja (nombrándola) para que la haya cuando mi heredero quisiere*, y el heredero fallece sin haberla entregado, ni prefinido al suyo día para su entrega, debe este darla al legatario inmediatamente que entre en la herencia del testador. Mas si dice: *mando á Pedro tal alhaja para que la haya si quisiere*, en este caso aunque vale la manda, no obstante, si el legatario muere sin haberla pedido ni dicho que la quiere, no puede su heredero demandarla despues al testador⁵.

79. Una de las cosas que se pueden legar es la libertad á quien carece de ella. *Libertad se llama el poder que el hombre tiene para hacer lo que quiera si las leyes no lo prohiben*. El derecho romano y el de las Partidas establecen los casos en que se puede con-

¹ Gom. dicho num. 82, vers. *Item adde quod in tali*. — ² Gom. in vers. *Pro cujus perfecta*. — ³ Ley penult. tit. 9, Part. 6. — ⁴ Gom. dicho num. 82, vers. *Confirmatur*. — ⁵ Ley 50, tit. 9, Part. 6.

ceder á los siervos por testamento, donacion ó contrato, y cuando se reserva el señor sus derechos de patrono; pero en el día son raros los casos en que puede tener aplicacion esta doctrina.

80. Si el testador hace algun legado á un muerto, creyéndole vivo, ó si aquel á quien se lo hace ha fallecido ó sido desterrado perpetuamente antes de la muerte del testador, no está obligado el heredero de este á dar cosa alguna al de aquel¹.

81. Dejando alguno cinco ó mas hijos legítimos puede dudarse si tendrá facultad para legar el quinto á un hijo natural ó espurio, ó bien á un extraño, ó en beneficio de su alma. Algunos autores le niegan tal facultad por la razon de que el legatario seria de mejor condicion que los herederos legítimos, tocándole de la herencia mas parte que á estos². Pero en realidad lo puede hacer, puesto que el que á los hijos toque poco ó mucho no invalida el acto, siempre que no sufran agravio en su legitima, y en este caso ninguno se les hace, pues toman todos los bienes á excepcion del quinto, que es lo que la forma³.

82. Si lega el testador el quinto á dos extraños teniendo herederos legítimos, ¿cuál de los dos legados valdrá? Se debe distinguir: si la disposicion primera fue irrevocable, será preferida por no poderse revocar por la segunda⁴. Lo cual procede ya la primera donacion se haya hecho por via de cuota, ó de cosa ó cantidad cierta, porque en uno y otro caso versa igual razon, y así debe obrar la misma disposicion, y hacerse el propio juicio; por lo que de muchas donaciones irrevocables precedentes se completará el quinto, y se revocarán solamente las últimas como inoficiosas⁵.

83. Si las disposiciones fueron revocables, ya se hayan hecho por via de legado en testamento, ó por donacion revocable en sanidad (pues porque se confirman con la muerte, y tienen el vigor y efecto de legado se debe hacer de ambas el mismo juicio), se han de distinguir tres casos: el primero, cuando fueron hechas por via de cuota del quinto; en cuyo caso los legatarios y donatarios serán conjuntos en la cosa, que es en este; y en ella habrá lugar el derecho de no decrecer, y lo demas que les corresponde, á menos que de la voluntad del donante aparezca lo contrario, que es que no lleve el primero y sí el segundo. Y aunque en la cantidad legada á muchos parece que el testador

¹ Ley 53, tit. 9, Part. 6. — ² Escobar com. 5. — ³ Gutierr. lib. 2, *Pract. quæst.* 107. — ⁴ Tello en la 23 de Toro, num. 1. — ⁵ Angulo, en dicha ley 12, num. 3 y 6.

multiplica el legado, no es así, pues mas se adapta el del quinto á legado de cierta especie en el presente caso, porque como no puede disponer de mas que de uno, no pueden verificarse una y otra disposicion en el otro, ya sean ambas en testamento, ó en donacion revocable, ó una en esta, y otra en aquel, por militar la misma razon; y así lo dispuesto acerca de los conjuntos en la cosa procede en los conjuntos en la cuota, cuando el testador no puede disponer de mas que de esta. Pero si las disposiciones fueron hechas por via de cuotas diferentes, y ambas menores que el quinto, v. gr. á uno el quinto, y á otro el sexto, á uno el octavo, y á otro el séptimo, etc., se prorateará el quinto entre todos.

84. El segundo caso es cuando una disposicion fue del quinto por via de cuota, y la otra de cierta especie y cantidad, en cuyo caso la de cierta especie y cantidad disminuirá la del quinto: lo primero, porque siempre se entiende legado bajo la conmemoracion de otros legados que de él se hayan de deducir, y así lo es en el residuo, bajados estos; y lo segundo, porque aunque se deje simplemente como legado genérico, se disminuirá por el específico, pues siempre lo deroga y disminuye¹. Y el tercero es cuando todos fueron iguales por via de cantidad ó cosa cierta; en cuyo caso se disminuirán los legados confirmados con la muerte, hasta el valor del quinto².

85. El heredero debe entregar la cosa legada al legatario en uno de tres lugares, á saber, ó donde habita el heredero, ó donde estuviere la mayor parte de la herencia, ó donde existiere la cosa legada; pero si expresa el testador el lugar en que haya de hacerse la entrega, se cumplirá su disposicion. Si se mueve pleito entre los dos antes de entregarse el legado, debe pagar las costas el heredero, y si despues de la entrega, el legatario³. Si la cosa legada fuere quitada en juicio, no puede el legatario usar de la accion de eviccion contra el que la vendió al testador, á menos que el heredero, que es á quien esta corresponde, le ceda su derecho. Por último si en las cosas legadas hay frutos pendientes y mostrados al tiempo de la muerte del testador tocan al legatario, como parte del fundo; pero no sucede así cuando estan separados⁴.

86. No debe el testador dejar al arbitrio de otro las mandas, sino hacerlas por si mismo con palabras y señales tan claras y ciertas, que se conozca claramente su voluntad, y no se dude

¹ Cifuentes en la ley 50 de Toro, num. fin. — ² Castill. en la ley 29 de Toro, num. 52. — ³ Garcia de expens. cap. 17. — ⁴ Castill. de usufruct. lib. 1, cap. 42

del legatario ni de la cosa legada⁴: ni tampoco la eleccion de la persona del legatario, porque seria voluntad captatoria; pero puede dejar á su heredero ó á otro la facultad de elegir á personas inciertas de las ciertas que le señale; en cuyo caso valdrá, porque no se deja á la voluntad de otro la subsistencia del legado, sino la cualidad ó eleccion de la persona, que es una cosa accesoria⁵ (*). Para que sean válidas se han de hacer en testamento, en poder para testar, ó codicilo⁶; pero segun la práctica generalmente recibida se hacen tambien en lo que llaman memoria testamentaria no solo legados sino mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores, y todo lo demas, excepto la institucion de heredero, y siendo escrita ó firmada de mano del testador y citándose en el testamento ó en poder para testar, se estima por parte del testamento.

87. El escribano puede sin auto de juez protocolar esta memoria, por la misma razon que protocoliza el testamento, mediante que se considera como una parte de él: puede insertarla en el que otorgue en virtud de poder para testar; y dar de todo á los verdaderos interesados las copias y testimonios que le pidan. Sin embargo si el testador lo previene, deberá preceder el auto de juez para la protocolizacion; y para que no se presuma que el escribano suplantó la memoria, pondrá nota en ella de hársela entregado el heredero, ó persona en cuyo poder se halle, y le hará firmarla; y si no sabe, que la presente al juez para que lo mande, y se eviten dudas. Si el escribano ha muerto, deberá tambien preceder auto de juez dado á instancia de quien la presente, para que el sucesor en su oficio y papeles la protocolice, por no ser parte de voluntad manifestada ante él, poniendo nota de su protocolizacion en el registro del testamento, á fin de que se sepa en donde se halla; y cuando se saque testimonio de ella, se hará relacion del testamento de que es parte, á efecto de que no se crea que es un papel simple; y es lo que se practica en la Corte por los inteligentes. El que quiera instruirse del concepto que merecen estas memorias ó disposiciones privadas vea los autores que se citan⁷.

⁴ Leyes 11, tit. 5, y 9, 28 y 29, tit. 9, Part. 6. — ⁵ Gom. en la ley 40 de Toro, num. 48.

(*) El autor se equivoca en decir que seria voluntad captatoria, pues para que se gradúe de tal es forzoso que el testador se proponga conseguir alguna ventaja. La verdadera razon de estas disposiciones es el evitar el abuso de la confianza puesta en tales mandatarios.

⁶ Ley 54 al principio, tit. 9, Part. 6. — ⁷ Card. de Luca *Tract. de Testam.* disc. 1 y 2, num. 2, 5 y 5, disc. 6, num. 6, disc. 14, num. 4, y disc. 15 y 18; Me-

88. No se puede legar lo que es propio de los reyes sin su Real permiso : ni los bienes de las iglesias : ni las plazas, ejidos ni otras cosas comunes de las ciudades, villas y lugares : ni los mármoles, pilas, puertas y demas cosas puestas en los edificios para su adorno y seguridad : y si las lega, no vale la manda, ni su heredero está obligado á darlas ni su estimacion al legatario. Tampoco vale la de siervo cristiano á judío, moró ó herege, ni la de cosa que aunque puede ser legada cuando se mande, muda despues de estado ó condicion, v. gr. lo laical, que puede ser legado, y pasa luego á poder de la iglesia, sin culpa del heredero, pues no tiene obligacion de entregarlo ni su valor¹.

89. Asimismo no puede legar el testador castillo, villa, aldea ni heredamiento, que el Rey le dió por haberle hecho algun servicio militar, al que es inepto para hacerlo : si sabiendo su ineptitud le lega el heredamiento, debe darle su valor el heredero ; pero si la ignoraba, no está obligado á darle cosa alguna².

90. Algunas veces no pudiendo los testadores manifestar su voluntad con palabras, quieren ejecutarlo por señas ; pero así como la institucion de heredero no se puede hacer de esta manera aunque el testador haya perdido la facultad de hablar, tampoco las mandas, legados ni cualquiera otra disposicion. Este modo de explicarse no es conciliable con nuestras leyes de Partida, las cuales no tuvieron por bien admitir la ley romana que aprueba para casos semejantes estos signos tan arriesgados y falibles. La ley 3 de Toro, que exige para el codicilo las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, viene tambien en apoyo de este pensamiento. No obstante si en conformidad de las leyes romanas que siguen muchos autores, llegase el caso de otorgarse una disposicion de esta clase, hará el escribano muy particular expresion del estado en que se hallaba el testador, de las preguntas que se le hicieron, quién se las hizo, y con qué señas contestó. Véase acerca de este punto á Gomez en la ley 3 de Toro números 112 y 113, á Matienzo en la 1, tit. 4, lib. 5, Rec., glos. 16, y á los que este cita. Tambien es nulo el legado cuando el testador yerra el nombre del legatario, y creyendo nombrar á uno nombra en su lugar á otro diferente, aunque hay casos en que valdrá³ (*).

noch. cons. 94, num. 24 ; Julio Caponio discept. 202, num. penult. ; Ciriac. *Controc.* 444, num. 7, 25 y 33, versic. *In proposito*, y num. 82 y 88 ; *Mantic. de conject. ult. volunt.* ley 1, tit. 7, num. 7.

¹ Ley 15, tit. 9, Part. 6. — ² Ley 14, tit. 9, Part. 6. — ³ Ley 12, tit. 3, Part. 6 y sig. Véase á Greg. Lop. en ella.

(*) Se advierte que si bien es nulo el legado cuando interviene error acerca de

CAPITULO XIX.

DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS LEGADOS, Y DE LA REVOCACION DE LOS MISMOS.

En los legados hay derecho de acrecer, y cuándo. — No ha lugar este derecho cuando los legados estan divididos por el testador. — Cuando los legatarios son conjuntos legal y verbalmente, hay derecho de acrecer en unos casos, y en otros no. — Sobre el gravámen de la parte repudiada. — Otros casos acerca del gravámen. — Excepcion de la doctrina antecedente. — La parte repudiada acrece al comprador de la otra parte. — El testador revoca los legados cuantas veces quiera. — Por la grave enemistad se revoca el legado. — Tambien se revoca cuando la cosa perece sin culpa del heredero. — Se revoca igualmente por la enagenacion de ella por el testador en contrato lucrativo. — Hay revocacion cuando la cosa legada se transforma de tal modo que se convierte en otra diversa. — Doctrina sobre el legado de un carro. — No hay revocacion por hipoteca de la cosa legada. — Tampoco cuando fue legada la alhaja y su valor, y esta se enagena.

1. Ha lugar por voluntad del testador al derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares, ya sea haciendo el legado de una cosa integra á dos ó mas personas juntamente en una cláusula, v. gr. *mando á Pedro y Juan una viña que tengo en tal parte* (porque esto se llama conjuncion real y verbal), ó en cláusulas separadas : v. gr. diciendo el testador en una : *mando á Pedro tal viña*, y en otra cláusula : *mando á Juan la misma viña*, (porque esto se llama conjuncion en la cosa y disyuncion en las palabras, como que forman diversas cláusulas) ; por lo que si uno de ellos muere antes que el testador, ó viviendo este renuncia la parte que en el legado le corresponde, ó acaece otro motivo que obste para su percepcion, se acrecerá su propiedad y pleno dominio al otro ó mas conjuntos, y se les debe entregar⁴ ;

la persona del legatario, es válido cuando se yerra el nombre propio de la cosa legada, v. gr. si esta es un buey, cuyo nombre equivoca el testador ; pero si el nombre equivocado no es el propio de la cosa sino el apelativo de la misma, el legado es nulo, por ejemplo, si legando el buey que está en tal sitio, lo que allí estuviere fuera un caballo. (Ley 28, tit. 9, Part. 6.)

⁴ Ley 53, tit. 9, Part. 6.