

brantaria la ley, se daría 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 asi aunque un hijo ó 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 UNDECIMO.

*Observaciones acerca de los legados: modo de deducirlos: ¿si los 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? 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.*

- §. 1. Controversia suscitada por el reformador de Febrero sobre el legado á dia cierto.
2. Explicacion de las dificultades que se ofrecen acerca de la doctrina del párrafo anterior.
3. Se especifican varios legados condicionales.
4. Caso de un legado modal.
5. Reflexiones del reformador de Febrero sobre si vale el legado hecho con demostracion, aunque esta sea falsa.
- 6 y 7. Caso en que el testador lega á dos personas junta ó apartadamente alguna cosa.
8. Del legado de alimentos hecho á los menores.
9. 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.
10. Modo de deducir los legados gratuitos ó voluntarios.
11. ¿Como se ha de hacer la deducccion cuando el testador teniendo ascendientes ó descendientes legitimos, deja á extraños tantos legados que no caben en el quinto ó tercio?
12. Continuacion del mismo asunto.
13. ¿Si se habrá de hacer la deducccion solamente de los legados genéricos, ó se ha de ampliar tambien á los específicos?
14. La dote no debe compensarse con el legado ó legados que el marido hubiere hecho á su muger.
15. Si la legare los esclavos que recibió estimados en dote, los conseguirá la muger como legado, y tambien su estimacion como parte de dote.
16. Tampoco se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado.
17. 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.
18. Tampoco tiene lugar la compensacion de las arras con el legado del quinto u otro que el testador hiciere á su muger.
19. Ni se ha de compensar el legado hecho á la muger con la mitad de gananciales que la corresponden.
20. Si el padre hubiere hecho algun legado á su hija en tiempo que todavia 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.
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.
22. 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.
23. 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.
- 24 y 25. Si el acreedor lega al deudor simplemente alguna cantidad, se entenderá que se la lega con ánimo de compensarla con lo que le debe?
26. Excepcion de lo dicho en el párrafo anterior.
27. 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.
28. Cuando es especie lo que se debe y cantidad lo que se lega, no tiene lugar la compensacion de una con otra.
29. 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.
30. No se compensará el legado que el testador hace á su mismo hijo cuando le nombra tutor del pupilo su hermano.
31. Pertenecen al legatario y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa sim-

- plemente legada ó dejada en fideicomiso por el testador.
32. 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.
33. Estos frutos no deben dividirse á prorata.
34. Siendo legatario de usufructo de alguna finca el que muere, pertenecen á su heredero los frutos que deja pendientes.
35. 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.
36. 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.
37. 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 lega), corresponden los frutos que produce luego que muere dicho testador.
38. 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.
39. 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.
40. 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.
41. 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. **E**n 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 esplicacion 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 cual sea, ó bien de las que estan sujetas á número, peso y medida, como trigo, aceite, dinero &c. Específicos son los que denotan individualmente la cosa legada, esto es, la designan con nombre particular y no comun, ó con ciertas señales: v. gr. la casa que tengo en tal calle, el caballo negro &c. 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 asi 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.<sup>a</sup> diciendo que nace antes de llegar el dia la accion de pedir el legado y la obligacion de pagarlo; 2.<sup>a</sup> 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 adicionado, párrafo 5, y en la apologia 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 á pagarle cuando llegase. El adicionador contestando á esto dice lo siguiente. ¿Que 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 así puede pagarlo el heredero antes que llegue el dia ó tiempo prefijado: 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. Asi 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. gr. *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 trasladaría 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 señorio de la cosa que es así mandada á aquel á quien fue fecha la manda... et esto serie si la manda fuese de tal natura que fuese fecha puramente ó á dia cierto; mas si fuese fecha só condicion, non serie así, cá moriendo aquel á quien fuese fecha la manda enante 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 el condicional, por quanto puede verificarse ó no la condicion. Pero esto debe entenderse en mi dictamen cuando el legado á dia cierto es de cosa específica, en que se verifica la traslacion de dominio desde la muerte del testador. Asi 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 alli 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 herencia (1). 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 asi 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 testador (2), porque fueron puras, como si no hubiera condicion. Otras son *mixtas de casuales y potestativas*, y se llaman asi, 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 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 extraño la herencia (3). Se pueden cumplir estas condiciones asi 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 asi 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 si solo

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

3 Ley 9. tit. 4. Part. 6.

hay la esperanza de que le surtirán con el tiempo (1). 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 frutos (2). 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 legado (3).

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 asi la virtud y efecto de este legado son que el legatario no pueda pedirle, ni se le deba entregar antes de cumplir el modo con que se le hizo, sin dar caucion ó fianza y seguridad de cumplirla (4); 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 quieré 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. Acer-

1 Ley 21. tit. 9. Part. 6.

2 Leyes 7 y 14. tit. 4, y 22. tit. 9. Part. 6.

3 Ley 6. tit. 4. Part. 6.

4 Ley 21. tit. 9. Part. 6.

ca 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 Febrero (1). 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 asi en todo legado hecho con dicha demostracion debe examinarse atentamente la voluntad del testador, que habrá de observarse. Y en orden 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, por otras señales, cá si cierta non fuesse, non valdria la manda. E esto seria como si el testador oviesse dos amigos que oviesse el uno nome asi como el otro, é dijesse assi: mando á fulano mio amigo tantos maravedis ó tal cosa, é non dijese 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 de la cumplir. Pero si fuesse cierta la persona de aquel á quien fuesse mandada, maguer errase 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 que palabras pueden ser dejadas las mandas. E decimos que por todas palabras que ayen entendimiento (sentido) que sean guisadas (razonables) é convenientes para espaldinar (declarar) las cosas que el facedor del testamento quiere mandar á otros, pueden ser otorgadas é puestas las mandas en los testamentos ó en el codicilo que alguno ficiera, cá si de otra*

1 Tomo 4, página 22.

*guisa las dijesse, non valdria la manda: é esto seria como si el testador oviesse voluntad de mandar oro á alguno, é dijesse que le mandaba laton, creyendo quel oro habia tal nome, cá entonces non valdria tal manda, maguer aquel á quien fuesse fecha quisiesse probar que su intencion del testador era de mandarle oro é non laton. E 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 así. Cá maguer el testador errase 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 intencion era del testador que aquella persona que nombró oviesse tal manda. Otrosi 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 tú darás 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 fuesse 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 sólido; 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 (1).

1 Ley 33. tit. 9. Part. 6. y su glos. 7.  
T. VI.