

pues se presume dejárselo por via de legítima, y por compensacion de esta (1), aunque tambien puede ser por via de mejora, segun la ley 26 de Toro, como dejo explicado. Todo esto procede, excepto que otra cosa conste de su voluntad, ó que por conjeturas ó demostraciones se colija que su ánimo no fue hacer la compensacion, 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 compensacion (2).

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 (3). 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 tambien el importe de esta; porque la especie no se compensa con la cantidad (4).

26. Exceptúase el caso de que concorra alguna urgente conjetura, de la cual se pueda colegir que el deudor hizo legado con ánimo de hacer la compensacion (5), pues el ánimo de compensar se prueba tambien por conjeturas ó demostraciones (6), v. gr. cuando por la misma causa de que procede el débito, se hace la donacion ó legado, como si alguno debe á la muger cierta cantidad por razon ó causa de dote, y por la causa dotal la dona ó lega la propia suma (7); ó cuando dona ó lega tanta cuanta debe, v. gr. debe ciento, y dona al acreedor otros tantos (8); ó si la cantidad donada excede á la que debe, porque en lo

1 Ley *Quoniam novella*, y ley *Omni modo*, Cod. de *inoffic. testam.* y ley *Etiam*, §. *Si debita*, ff. de *bonis libertor.*

2 Simon de Præ. de *interpret. ult. voluntat.* lib. 4. dubit. 6. num. 17 al 31. Gutierr. de *tutel.* part. 3. cap. 5. num. 44 al 45.

3 Ley univ. §. *Sciendum*, Cod. de *rei uxoria action.*

4 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.

5 Cravet consil. 686. num. 3. lib. 4.

6 Ley *Cum quo*, 56. §. fin. y ley *Quod autem*, 74. ff. *Ad leg. falcid.* Matieaz. en la ley 7. tit. 9. lib. 5. glos. 1. num. 9.

7 Ruin. consil. 223. num. 4. lib. 1. Cravet. consil. 68. num. 3.

8 Paul. in leg. *Lucius*, 1. ff. de *legat.* 2. col. 2. Corn. consil. 230. num. 1. lib. 4.

mas está incluso lo menos (1); ó cuando por el contexto de la donacion ó legado se colige el ánimo de compensar (2). Por estas conjeturas se infiere que la voluntad del testador fue hacer la compensacion, y así se hará; y mucho mejor cuando está clara y manifiesta (3).

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, capitulo 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 empenò, 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 há lugar la compensacion de una con otra (4), 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 (5); ni tampoco en las deudas que se deben al sobreviviente por disposicion de ley, estatuto ó costumbre, v. gr. la cuarta marital, el lecho cotiniano ó luto, pues estas son necesarias; y así habrá lugar en ellas la compensacion, sin distincion de especie, género ni cantidad (6), 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

1 Ley *In eo*, ff. de *regul. jur.* Corn. consil. 292. num. 1. lib. 1. Cravet consil. 301 al fin.

2 Menoch. præsumpt. 142 al fin. lib. 3. Corn. lib. 1. consil. 210. num. 4.

3 Ley *Continuus*, §. *Cum ita*, ff. de *verbor. obligatior.* Menoch. præsumpt. 106. Barbos. en la ley *Si cum dote*, §. *Si pa-*

ter. ff. *Solut. matrim.* Gutierr. de *tutel.* part. 3. en todo el cap. 5.

4 Alex. consil. 7. num. 16. col. fin.

5 Pichard in §. *Si res aliena*, Inst. de *legat.* num. 9, 10, 11 y 15.

6 Greg. Lop. en la ley 16. tit. 9. Part. 6. Escob. de *ratioc.* caput. 14. num. 6.

conjeturas conste lo contrario de su voluntad) (1); 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 (2); excepto que el testador mande que se contente con él, prohibiéndole que pida mas por razon de décima, pues en este caso si sabiéndolo lo acepta, no puede pretender lo que falte para el complemento de ella (3), porque por su aceptacion se juzga aceptar el gravamen anejo (4). 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 (5). Lo mismo procede con el que hace al hijo del tutor por mera contemplacion de este (6).

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 (7), 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 causa 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 (8).

31. Pertenecen 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 pendien-

1 Ley *Nesennius* al fin. ley *Sed hæc nimium*, ley *Quod autem*, ley *Tutor*, §. *Quæ tutorib.* y ley *Amicissimos*, ff. de *excusat. tutor.* Baez. de *decim. tutor.* cap. 11. num. 1. Gutierr. de *tutel.* part. 3. cap. 5. num. 15.

2 Ley *Dotale*, §. fin. ff. de *fundo dotal.* ley *Titia*, 24. §. *Qui in vita*, ff. de *legat.* Gutierr. ibi, num. 45 y 50.

3 Glos. in leg. *Creditorum*, ff. de *legat.* 2. Baez. de *decim. tutor.* cap. 5. num. 43. Gutierr. ibi, num. 51.

4 Ley *Cum ab uno*, ff. de *legat.* 2. ley

*Qui tutelam*, ff. de *testam. tutel.* Gutierr. ibi, num. 52.

5 Ley *Cum quo*, §. *Is qui bonis*, ley *In quantitate*, §. *Magna*, y ley *Mulier*, §. *Alia*, ff. de *leg. falcid.* Gutierr. ibi, num. 28 y 29.

6 Ley *Qui tutelam*, ff. de *testam. tutel.* Baez. cap. 5. num. 32. Gutierr. ibi, num. 27.

7 Dicha ley *Tutor*, y §. *Quæ tutoribus*. Gutierr. ibi, num. 31.

8 Gutierr. dicho cap. 5. num. 32 al 48.

tes el testador, y no dispuesto de ellos en manera alguna. Asi 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 ellos se retrotrae siempre al tiempo de la muerte, ya los haya percibido antes ó despues de la adición ó aceptación de su herencia (1); 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 (2).

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 segun 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 debian dividirse á prorata, segun en cuanto á los de la dote está dispuesto por derecho comun (3). Sin embargo no debe practicarse asi, y la razon 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 mas. Esta consideracion no milita en el legatario y fideicomisario, sino la de dominio, que es la que les presta titulo 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 estan obligados á satisfacer los gastos hechos en sus labores y siembra de aquel año, porque es visto habérselo legado todo el testador (4); 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 au-

1 Ley *Herenius Modestinus*, ff. de *usur.* et ibi DD. Cost. in *tract. de succession regn.* pag. 145. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 5.

2 Ley *Lucius*, 1. ff. de *legat.* 2. et ibi,

glos. Gom. Ingar cit.

3 Ley *Divortio facto*, ff. de *Solut. matrimon.*

4 §. *Item ea*, Institm. de *rerum divis.* Valasc. de *partit.* cap. 34. num. 1 al fin.

mentan el legado (1), 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 el usufructo de ella, y como los frutos pendientes no lo son, sino parte de la finca en que existe, 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 quisiera 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 opinion mas comun es que así como desde el dia de la perfeccion de la venta tocan al comprador de la cosa arrendada las rentas ó pensiones de ella, como diré en otra parte (2), parece que lo mismo se deberá practicar entre los herederos del testador, que arrendó la finca, y el legatario á quien despues 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 pretericion ó exheredacion, ó carezca de nombramiento de

1 Ley 8. ff. de annuis legat.

2 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 1.º 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 cumolido el dia de su solucion, tocan al vendedor, y no al comprador; y si no lo estaban, deben ambos dividirse á prorata del tiempo transcurrido desde el último plazo vencido y satisfecho." Esto es lo mas racional, y lo que debe observarse.

heredero, porque en todos casos vale el legado, se le trasfiere su dominio, y por consiguiente los frutos producidos por la cosa legada (1), á diferencia de lo que por derecho comun y de las Partidas está ordenado, pues no debia 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 correspondian ó no al legatario (2).

38. Si el legado es de cosa genérica ó agena, tambien vale, pero 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, que es desde la contestacion del pleito: y la razon es, porque no se le trasfiere ni adquiere dominio en lo legado, como cuando es propia del testador y específica; 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 (3).

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 (4); 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 (5); 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, la cual impide la traslacion del dominio y adquisicion de frutos durante la mora, y hasta la interpelacion y contestacion (6), 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 legítimos ó al ejecutor testamentario para que la acepten, ó

1 Ley 7. tit. 8. Part. 6, y ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

2 Matienz. en dicha ley 1. glos. 15, desde el num. 21 al 39.

3 Ley fin. Cod. de usuris et fruct. legat. Burg. de Paz en la ley 3 de Toro, part. 1, desde el num. 936. Matienz. dicha glos. 15. num. 33.

4 Ley Si quis bonorum, 23. ff. de legat. T. VI.

1. Matienz. ibi.

5 Vasquio de success. creat. lib. 2. §. 17. num. 131. Matienz. ibi, num. 34.

6 Ley Si quis bonorum, y ley Non amplius, 26. §. Cum bonorum, ff. cod. tit. Angul. de melioratib. in leg. 4. glos. 6. num. 1 y 2. Ayor. de partit. part. 1. cap. 6. num. 13 y 14.

se nombrará curador á los bienes yacentes, con quien se practiquen las diligencias competentes á la adición ó aceptación, 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 (1).

41. Revocado el legado que fue hecho en última voluntad, ó en donación por causa de muerte, y entregado al legatario por el legante, con expresión 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 revocación ó muerte del testador? Y aunque algunos dicen que sí (2), lo contrario me parece debe seguirse por las razones siguientes: lo primero, porque el legado hecho en donación por causa de muerte, ó en otra última voluntad, lleva la tácita condición de que valdrá en caso que estas no se revoquen, y sigue la naturaleza del instrumento en que se hace (3); y atendida esta condición no se deben los frutos de lo legado ó donado (4): lo segundo, porque el título revocable ningún derecho da para adquirir los frutos (5): lo tercero, porque la entrega de la cosa legada con expresión ó conmemoración del instrumento en que se hace, no muda la sustancia, virtud ni efecto de lo legado (6); 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 disposición á uno que á otro (7): y lo cuarto, porque al legatario no se deben los frutos hasta después de la muerte del testador (8); por lo que si los percibió antes, debe restituirlos en caso que este revoque el legado (9).

1 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.

2 Gom. ibi, num. 4. Gutierr. in leg. Nemo potest. ff. de legat. 1. num. 258. Tello en la 17 de Toro, num. 83.

3 Ley Senatus, §. 1. ff. de donation. caus. mort. Ley Rem legatam, ff. de adimend. ley y §. 1. Institut. eod. tit.

4 Ley Necesario, §. Quod si pendente, ff. de pericul. et commod. rei vendit.

5 Ley Cum quis, ff. de condition. ob caus. Tiraquel. in leg. Si unquam, Cod.

de revocand. donation. verb. Revertatur, num. 228 al fin.

6 Glos. in leg. Legatum, 1. ff. de legat. Tello en la 17 de Toro, num. 86. Covarr. in rubr. de testam. part. 2. num. 21. Molina. de primog. cap. num. 19 Gom. cap. 12. num. 4. cit. vers. Si vero testator.

7 Ley 4. §. Toties, ff. de damno infect. ley Quod constituto, ff. de militari testam.

8 Ley 37. verb. Otrosí decimos, tit. 9. Part. 6. glos. in leg. Quod servus, ff. de legat. 2.

9 Morquech. de divis. bonor. lib. 3. cap. 5. num. 12 al 25.

## CAPITULO DUODECIMO.

*Division de los frutos de la finca que vendió el testador y no entregó al comprador. Idem de la finca enfiteuticá, caso que el enfiteusis de nominacion haya de volver al señor del dominio directo por muerte del enfiteuta. Idem de los frutos y pensiones de beneficios eclesiásticos entre los herederos del beneficiado y el sucesor. Idem de los frutos pendientes del mayorazgo entre el sucesor y los herederos del poseedor. Idem de los frutos que el usufructuario deja cogidos ó pendientes.*

- §. 1. Si el testador cuando murió tenía vendido y no entregado al comprador algun predio, ¿á quien pertenecerán los frutos, y como habrán de dividirse?
2. Cuando por muerte del enfiteuta ha de volver el enfiteusis que llaman de nominacion al señor del dominio directo, si el enfiteuta fallece después de cogidos los frutos de la finca enfiteuticá, es indudable que los ha adquirido, y pasan á sus herederos, y no al sucesor en el enfiteusis.
3. Si el enfiteuta cultivó por sí mismo las fincas enfiteuticas ó las arrendó, y mediado el año ó antes de recoger los frutos, ó estando pendientes ó sembrados, muriese, y el enfiteusis ha de volver por su muerte al dueño del dominio directo, pertenecen á este sus frutos.
4. Si hubiere alguno llamado al goce del enfiteusis, y este haya de pasar á él, le tocan los frutos pendientes en la finca enfiteuticá.
5. Si el enfiteuta hubiere arrendado el fundo, recibido del arrendatario las pensiones, y fallecido pendientes los frutos ó rentas, pertenecen estos al sucesor ó al señor del dominio directo.
6. Si por delito del enfiteuta cae en comiso el enfiteusis, debiendo volver este al señor del dominio directo, y al tiempo de cometido el crimen hubiere frutos pendientes en la finca enfiteuticá, pertenecen todos á dicho señor.
- 7 y 8. De los frutos y pensiones de beneficios eclesiásticos. Tres clases de bienes que pueden gozar los clérigos.
9. Estando pendientes los frutos de prebenda ó beneficio eclesiástico, tocan in solidum, atendido el rigor de derecho, al sucesor en el beneficio.
10. Sin embargo de lo expuesto en el párrafo anterior, se observa en los domiuios de