

da pedir á Pedro lo que me debe; y la cuarta, legando al deudor el instrumento, vale ó escritura que formalizó para su seguridad (1). Previendo que si el testador lega á un tercero el instrumento del débito, es visto legarles 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 obligado (2). Y lo mismo sucede en los contratos, si el tal instrumento se vende, dona, ó por otro titulo se trasfiere: pues se entiende vendida, donada ó trasferida la cosa ó accion en él contenida (3).

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 dia 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 queria, no puede su heredero demandarla despues al testador (4).

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 conceder á los siervos por testamento, donacion ó contrato, y cuando se reservaba el señor sus derechos de patrono; pero en el dia 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 aquel (5).

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

1 Gomp. in vers. *Pro cuius perfecta.*

2 Ley penult. tit. 9. Part. 6.

3 Gomp. dicho num. 82. vers. *Confir-*

*matur.*

4 Ley 30. tit. 9. Part. 6.

5 Ley 35. tit. 9. Part. 6.

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 estos (1). Pero en realidad la 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 forma (2).

82. Si lega el testador el quinto á dos extraños teniendo herederos legítimos, ¿cual de los dos legados valdrá? Se debe distinguir: si la disposicion primera fue irrevocable, será preferida por no poderse revocar por la segunda (3). 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 asi 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 inoficiosas (4).

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 si el segundo. Y aunque en la cantidad legada á muchos parece que el testador multiplica el legado, no es asi, 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 asi 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

1 Escobar comp. 3.

2 Gutierr. lib. 2. *Pract. quæst.* 107.

T. I.

3 Tello en la 25 de Toro, num. 1.

4 Ang. en dicha ley 12. num. 5 y 6.

oetavo, y á otro el séptimo &c., 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 asi 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 disminuye (1). 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 quinto (2).

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 legatario (3). 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 asi cuando estan separados (4).

86. No debe el testador dejar al arbitrio de otros las mandas, sino hacerlas por sí mismo con palabras y señales tan claras y ciertas, que se conozca claramente su voluntad, y no se dude del legatario ni de la cosa legada (5): 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 accesoria (6) (\*). Para que sean validas se han de hacer en tes-

1 Cifuentes en la ley 30 de Toro, num. 31.  
2 Castill en la ley 29 de Toro, num. 32.  
3 García de expens. cap. 17.  
4 Castill. de usufruct. lib. 1. cap. 42.

5 Leyes 11. tit. 3. y 9, 28 y 29. tit. 9. Part. 6.  
6 Gom. en la ley 40 de Toro, num. 48.  
\* El autor se equivoca en decir que seria voluntad captatoria, pues para que

tamento, en poder para testar, ó codicilo (1); 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 protocolizar 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 embárgo 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 haberse-la 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 citan (2).

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, moro ó herege, ni la de cosa que aunque puede ser legada cuando se manda, muda

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.

1 Ley 34 al principio, tit. 9. Part. 6.  
2 Card. de Luca Tract. de testam. disc.

1 y 2 num. 2, 3 y 5. disc. 6. num. 6. disc. 14. num. 4. y disc. 15 y 28. Menoch. cons. 94. num. 24. Julio Caponio discept. 92. num. penult. Ciriac. con. rov. 444. num. 7. 23 y 55. versic. In proposito, y num. 82 y 83. Mant. de conject. ult. volunt. ley 1. tit. 7. num. 7.

después 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 valor (1).

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 alguna (2).

90. Algunas veces no pudiendo los testadores manifestar su voluntad con palabras, quieren ejecutarlo por señas; pero asi 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 fallibles. 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, quien 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 l. 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 valdrá (3) (\*)

1 Ley 13. 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 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.)

## CAPITULO DECIMONONO.

*Del derecho de acrecer en los legados, y de la revocacion de los mismos.*

- |   |  |
|---|--|
| §. 1. En los legados hay derecho de acrecer, y cuando.  | 10. Por la grave enemistad se revoca el legado.  |
| 2. No há lugar este derecho cuando los legados estan divididos por el testador.                                 | 11. Tambien se revoca cuando la cosa perece sin culpa del heredero.                                  |
| 3. Cuandolos legatarios son conjuntos legal y verbalmente, hay derecho de acrecer en unos casos, y en otros no. | 12. Se revoca igualmente por la enagenacion de ella por el testador en contrato lucrativo.           |
| 4. Sobre el gravamen de la parte repudiada.   | 13. Hay revocacion cuando la cosa legada se transforma de tal modo que se convierte en otra diversa. |
| 5. Sobre el mismo asunto.   | 14. Doctrina sobre el legado de un carro.  |
| 6. Otros casos acerca del gravamen.   | 15. No hay revocacion por hipoteca de la cosa legada.  |
| 7. Excepcion de la doctrina antecedente.  | 16. Tampoco cuando fue legada la alhaja y su valor, y esta se enagena.                               |
| 8. La parte repudiada acrece al comprador de la otra parte.   |  |
| 9. El testador revoca los lega-   |  |

**H**á lugar por voluntad del testador al derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares, ya sea haciendo el legado de una cosa íntegra 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 acaee otro motivo que obste para su percepcion, se acrecerá su propiedad y pleno dominio al otro ó mas conjuntos, y se les debe entregar (1); y la razon es porque de la conjuncion expresada resulta cierta presuncion de voluntad y afecto del testador al le-

1 Ley 33. tit. 9. Part. 6.