

porte, y no mas, mediante á que testando entre descendientes legítimos, no puede valer en el todo, y á que en lo divisible no se vicia lo útil por lo inútil¹.

12. Se duda si teniendo el padre, madre ó ascendiente cinco ó mas hijos, ó descendientes legítimos, podrán disponer del quinto entero á favor de un hijo natural ó espurio, ó de un extraño, ó por su alma. Algunos autores dicen que no, fundándose en que el ilegítimo y el extraño serian de mejor condicion que los legítimos, porque llevaban mayor porcion, y por consiguiente se gravaria á estos en su legítima²; pero no obstante, yo tengo por cierta la opinion afirmativa, segun indiqué, aunque de paso, en el capítulo 18 título 2 libro 2 párrafo 81. Las razones en que me fundo son: 1.^o porque ni la ley 28 de Toro ni otra alguna distinguen de si los hijos han de ser dos, cuatro, cinco ó mas, aunque los legisladores no ignoraban que los padres podian tenerlos; y así por no haberlo expresado, no se entiende excluido ni exceptuado este caso; pues cuando la ley habla generalmente y no distingue, debe entenderse generalmente y no debemos distinguir; y 2.^o porque seria demasiado violento limitar y minorar el quinto en el caso de que tuviese cinco ó mas hijos el testador, que es dueño de todos sus bienes, y puede enagenarlos en vida sin que sus hijos se lo puedan impedir, mayormente cuando de hacer lo dicho se le podia entibiar el ánimo de adquirir. No obsta alegar que los legítimos serian de peor condicion que el ilegítimo ó extraño, porque aquellos llevan las cuatro partes enteras de los bienes de sus padres que la ley les señala por legítima; y el que sean cinco ó mas, y pueda por esta causa el ilegítimo ó extraño percibir mayor porcion que cada hijo, es una casualidad que no debe alterar la disposicion general, ni quitar las facultades que la ley da á los padres³. Tampoco obsta alegar que son gravados en sus legítimas, pues no es así, porque perciben todo lo que el derecho les concede, y el padre en usar del suyo á nadie grava ni injuria.

13. Si el testador lega á un hijo suyo el quinto de sus bienes, y en otra cláusula dice despues que lega á otro hijo, que nombra, el mismo quinto que legó al primero, ni se revocará este, ni habrá dos quintos, sino uno para entrambos legatarios; y así concurrirán á su percibo con igualdad, si no es que el testador mande otra cosa, ó se colija de su voluntad.

1 L. 7 tit. 12 lib. 3 del Fuero.

2 Escobar. comput. 3.

3 Tambien es una casualidad que en dicho caso deje el padre el quinto de su caudal solamente á un hijo ilegítimo, ó á un ex-

traño, porque puede distribuirle entre muchas personas, y entónces ninguna de estas será mas favorecida que cada uno de los hijos legítimos. *Febrero reformado.*

CAPITULO II.

Gastos funerales y otros que deben deducirse del quinto.

- 1 Cuáles se llaman gastos funerales: estos deben deducirse del quinto cuando el testador tiene descendientes legítimos.
- 2 Constando que un ascendiente, teniendo descendientes legítimos, hizo celebrar en vida algunas misas, ¿si deberá deducirse la limosna de ellas del quinto, ó del cuerpo del caudal?
- 3 Si el testador carece de descendientes legítimos, y testa entre extraños ó parientes, se deben deducir los referidos gastos del cuerpo de su propio caudal, no mandando expresamente lo contrario.
- 4 Haya dejado ó no el testador descendientes legítimos, é instituido á unos ú otros, nunca deben deducirse los gastos funerarios del cuerpo del caudal inventariado, ni del de los gananciales, si dejó muger, ó esta marido.
- 5 Si la herencia fuere de tan poco valor que no alcance su quinto para los precisos é indispensables gastos funerarios, los pagarán los herederos legítimos de sus legítimas, y no el consorte sobreviviente.
- 6 Legando el testador en testamento ú otra disposicion última dos quintos á dos hijos ó descendientes suyos, se deducirán de entrambos los expresados gastos y los legados por mitad en cuanto quepan, y no excedan de la quinta parte líquida del caudal del testador.
- 7 Si teniendo el testador descendientes legítimos lega el usufruto del quinto á su muger ó á un extraño, y á sus descendientes la propiedad de los bienes que le importan, pagarán estos los gastos de su funeral, misas y legados específicos que hizo, y no el usufruario del quinto.
- 8 ¿De dónde deberán deducirse dichos gastos cuando el testador instituye herederos á sus hermanos por no tenerlos forzosos, deja el quinto de sus bienes á un hijo natural ó espurio, hace algunos legados, y manda que los paguen sus herederos, ó no dispone cosa alguna acerca de ellos ni de su funeral?
- 9 Haciendo el padre donacion de un quinto en contrato irrevocable á un hijo, y de otro en disposicion última á otro hijo, ¿de cuál de ellos habrán de deducirse los legados, misas y gastos funerarios?
- 10 y 11 Si el testador hubiere dispuesto del quinto en donacion ú otro contrato irrevocable á favor de hijo suyo ó extraño, ó hecho alguna donacion que segun la ley 26 de Toro deba imputarse en el quinto, ¿de dónde se han de sacar los gastos necesarios de su funeral, misas y legados?
- 12 ¿Si el donatario á quien el testador entregó irrevocablemente el quinto en vida, estará obligado á pagar el importe de las misas, aniversarios, limosnas, legados y demas que aquel mandase distribuir?
- 13 Habiendo mejorado el padre en el tercio y quinto de sus bienes á un hijo, edificado ó comprado despues una capilla para su entierro y el de su familia, dotándola con renta y con el cargo de que anual y perpetuamente se celebrase en ella cierto número de misas, señalando bienes para esta renta, ¿deberán deducirse del quinto ó del cuerpo de la herencia los gastos de la capilla y la carga de las misas?
- 14 Legando el testador á su muger ó un hijo el quinto de sus bienes, y consignándole en cierta cantidad que le valia, ¿deberán deducirse del valor de ella los gastos del funeral misas y legados pios y gratuitos?
- 15 Si el padre, condenado en vida á dar

alimentos á un hijo natural mién-
tras viviere, dejare hijos legítimos,
y á uno de estos, ó á un extraño
legase el quinto ó dispusiese de él

por su alma, deberán deducirse
dichos alimentos del cuerpo de su
caudal, ó habrá de pagarlos el le-
guario del quinto?

1. **L**lámanse gastos funerales los que se hacen para el entierro del cadáver, y estos deben ser moderados, atendidas las circunstancias y facultades del difunto¹; pues si son excesivos y se hacen por vanidad, como si manda que se le haga algun mausoleo ó monumento ú otras cosas semejantes, no siendo cuantioso y proporcionado para ello su patrimonio, no se debe cumplir su voluntad. Los gastos funerales se deben deducir del quinto de su hacienda, teniendo descendientes legítimos, como lo ordena la ley 30 de Toro, que es la 9 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec., y dice: „La cera y misas y gastos del enterramiento, se saquen con las otras mandas graciosas, del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario.” Si manda expender ménos de lo justo y equitativo, debe observarse su voluntad; y si se expendiere mas de lo que señaló, se sacará del cuerpo de su hacienda y no del quinto. Tambien se deben bajar de este los gastos ó derechos de visitar el testamento, aunque la ley no habla de ellos, porque como accesorios siguen la naturaleza de los del funeral y misas; y una vez que se utiliza del quinto el sujeto á quien se lega, y que es de su obligacion el satisfacer las mandas, misas, funeral, y en suma las demas obligaciones piadosas que le prescribió el testador, es consiguiente que deba tambien pagar todos los gastos que se causen en declarar que cumplió su voluntad, pues es visto que le gravó con su satisfaccion; y así lo he practicado, y se ha aprobado judicialmente. Pero los de la misa de novenario y cabo de año que los herederos hagan por sí, deben pagarlos, y no han de sacarse del quinto, porque los hacen por su voluntad, y no son concernientes al entierro, ni la ley inserta habla de ellos: excepto que el testador mande hacerlos, en cuyo caso se tendrán por funerarios, y se deducirán del quinto.

2. Si consta que un ascendiente, teniendo descendientes legítimos, mandó celebrar en vida algunas misas, parece que debe deducirse su importe del cuerpo del caudal y no del quinto, como el de las dejadas en disposicion última: lo uno, porque es gasto hecho en vida, y cada uno como dueño de sus bienes puede expenderlos y hacer lo que quiera de ellos: lo otro, porque si los hijos á quienes su padre redimió del cautiverio no estan obligados á colacionar

¹ L. 12 tit. 13 part. 1.

con sus hermanos lo expendido en su rescate, como se dirá en el capítulo 8, ni se imputará á su padre en el quinto por ser obra de piedad, mucho mas justo y pio es que no se impute en él lo que expendió en beneficio de su alma ó de la de sus difuntos; y lo otro, porque una vez que la ley 30 de Toro, que prefiere de dónde se deben sacar los gastos funerarios, incluye entre ellos las misas, es visto hablar de las que el testador deja mandadas en su última disposicion, y no de las celebradas en su vida; ó que por hallarse consumido el importe de su limosna, y no estar en su caudal, no se debe hacer mérito de ellas. Pero sin embargo diré que siendo crecido el gasto hecho en la celebracion de misas se debe deducir del quinto: en primer lugar, porque el testador que tiene descendientes legítimos, no puede gastar, dar ni disponer por su alma ni á favor de otro de mas que del quinto en vida y muerte, por prohibírsele expresamente la ley 28 de Toro: en segundo lugar, porque de la propia clase son las misas celebradas en vida que las mandadas celebrar para despues de la muerte, y todas sirven igualmente de sufragio á quien las manda decir, ó á la persona á quien quiere aliviar, en cuya atencion se debe hacer de las unas el mismo juicio que de las otras, sin atender al tiempo en que se celebran; y en tercer lugar, porque la citada ley 30 habla indistinta y generalmente, y quienes la establecieron, aunque no ignoraban que muchos lo hacen en vida y aun asisten á sus exequias, léjos de exceptuar el caso de que se habla, ordenaron que, aun cuando el testador mande lo contrario, se deduzcan del quinto: por lo que á vista de prohibicion tan clara, absoluta y terminante no debemos exceptuarle, mayormente no habiendo razon poderosa para ello, y estando resuelto que la ley que habla con generalidad se debe entender con la misma, aunque en un caso milite mayor razon que en otro; y que mediante á no poder haber leyes para todos (*), se decidan los que no esten expresamente decididos por las que determinan los que regularmente acontecen, pues es visto estan comprendidos en ellas, á cuya consecuencia la ley 30 no tuvo necesidad de especificar el presente, y como regularmente se mandan decir las misas para despues de la muerte, las incluyó por esto entre los gastos funerarios; de suerte que el practicar lo contrario será contravenir á ella y á la 28, perjudicar gravemente á los herederos legítimos, y

(*) Aunque no se puedan establecer leyes para todos los casos, pueden crearse leyes que sin hablar de ellos ó proponerlos, los comprenden y abrazan todos: quiero decir, leyes que establezcan principios sólidos y reglas generales bien meditadas, por las cuales se decidan cuantos casos ocurran; y así debieran ser todas las leyes, prohibiéndose por otra parte toda inter-

pretacion; pues yo estoy persuadido enteramente con los buenos políticos, de que los inconvenientes que resulten de seguir lo literal de semejantes leyes, son mucho menores que los que ocasiona la funesta libertad de buscar el espíritu de la ley, espíritu que varia segun el modo de pensar ó los caprichos de cada uno. *Febrero reformado.*

dar al testador mas facultad que la que le concede. Por tanto, si la cantidad expendida en vida por el difunto es considerable atendido su caudal, lo que debe regular el juez, se ha de bajar é imputar en el quinto, deje ó no misas en su última disposición, para que sus descendientes no sean perjudicados en sus legítimas, agregándola al cuerpo de la hacienda, como si realmente existiera, deduciéndola luego del quinto, como si mandara celebrar las misas en su testamento, y aplicándola en vacío, como gastada, al legatario de él si le hubiere; y si los gastos de misas dichas en vida y los de su funeral excedieren al importe del quinto, se quedarán sin cosa alguna los legatarios, los descendientes pagarán el exceso, que se les defalcará de sus legítimas como consumido, haciendo la cuenta de que este ménos caudal dejó su ascendiente. Pero si la cantidad expendida fué corta, no se debe hacer aprecio de ella por las razones expuestas en el párrafo 9 del capítulo anterior. Y si constare haberse expendido por via de restitucion, como suelen tener que hacerla algunos traficantes que no hacen memoria de los intereses excesivos que llevaron, ni á quienes perjudicaron, tampoco se debe hacer aprecio de su importe, porque este no era caudal suyo, ni se debió inventariar. Tendrá presente todo esto el partidor, pues así lo resolví y se aprobó en la particion que hice de los bienes de Manuela Redondo en el año de 1788 por la escribanía numeraria de la corte, que ejerce D. José Perez del Haya; y los autores no tocaron como debieron este punto con la solidez y distincion que exige, dando lugar á que muchos titubeen y cometan absurdos en su resolucion.

3. Careciendo el testador de descendientes legítimos, y testando entre extraños ó parientes, se deben deducir todos los referidos gastos del cuerpo de su propio caudal, no mandando expresamente lo contrario, por ser visto que quiso gravarlos con ellos á proporcion de su haber. Igualmente se deben bajar de él (aunque tenga descendientes, si no ordena otra cosa) los derechos de la apertura, publicacion y reduccion á escritura pública de su testamento y codicilo cerrados, y copia original que se saque de ellos, y los del nuncupativo que haga el comisario en virtud de su poder: lo primero, porque de ninguno de ellos habla la ley inserta, y así no se pueden considerar comprendidos en ella; y lo segundo, porque no son concernientes al entierro, sino á saber su voluntad para cumplirla, lo cual incumbe principalmente á sus herederos, y no al legatario del quinto solo. Así lo he practicado, y se ha aprobado judicialmente, y lo prevengo al partidor porque no tocan los autores este punto, y muchos por esta causa dudan acerca de él.

4. Pero haya dejado ó no descendientes legítimos el testador,

y por no tenerlos instituido á extraños, ó teniéndolos á ellos mismos, nunca se deben deducir los gastos funerarios del cuerpo del caudal inventariado, ni del de los gananciales, si dejó muger, ó esta marido: en primer lugar, porque teniendo bienes cualquiera de los cónyuges, debe enterrarse, y han de hacerse los sufragios á su costa, por ser deuda suya contraida por el hecho de nacer; y en segundo lugar, porque con deducirse de los gananciales se perjudica al otro cónyuge en la mitad, y no siendo, como no es, deuda contraida durante el matrimonio con motivo de la sociedad conyugal, no se debe deducir de ellos, como cuando lo es. No obsta decir que los gastos funerarios son preferidos á todas las deudas que el difunto contrajo miéntras vivió, y que así con mayor razon se deben bajar de los gananciales, pues esto se entiende cuando no tiene bienes suficientes propios para reintegrar á todos sus acreedores, y disputan sobre prelacion, en cuyo caso es forzoso que se graduen por el tiempo y por el privilegio; mas no en el presente en que se trata de perjuicio de tercero, que no es deudor ni está obligado, y el que lo es tiene bienes bastantes, no solo para costear los referidos gastos, sino tambien para que se le herede. Tendrálo presente el partidor, pues muchos ignorantes practican lo contrario, y en el modo de hacer estas y otras deducciones causan imponderables perjuicios á los interesados en las herencias.

5. Si la herencia fuere tan corta ó de tan poco valor que no alcance su quinto para los precisos é indispensables gastos funerarios, los pagarán los herederos legítimos de sus legítimas, y no el otro cónyuge, por ser preferidos á estas, á la mejora y á todas las deudas del difunto, porque aquel no está obligado á enterrarle cuando este dejó con que pagarlos; en cuyo caso serán nulos enteramente los legados que haya hecho á extraños, no la mejora del tercio dejada á alguno de sus descendientes, pues pagará este tambien á proporcion de su haber lo que falta para el completo de dichos gastos. La cuenta se hace separando el importe del quinto, bajando el exceso de ellos del residuo de la herencia, deduciendo de lo que quede la mejora, y luego partiendo el remanente como legítimas entre los herederos, con lo cual satisface cada uno á prorata el exceso de los gastos del quinto; ó bajándolos todos del cuerpo del caudal líquido del difunto, y con esto hay ménos cuentas y números que hacer.

6. Legando el testador en testamento ó en otra disposicion última dos quintos á dos hijos ó descendientes suyos, valdrán; y aunque parece que los gastos funerarios se deducirán del segundo quinto con los legados, porque el nombrado primero se conceptúa mas predilecto, y como tal el quinto que le legó se ha de reputar parte de tercio, lo cierto es que de ambos quintos deberán deducirse los ex-

presados gastos, y los legados por mitad, en cuanto quepan, y no excedan de la quinta parte líquida del caudal del testador; porque siempre se presume que el afecto del padre á sus hijos es igual, y que quiso guardar igualdad entre ellos: ademas de que en duda, la condicion puesta al uno, se entiende repetida en la persona del otro; por lo que habiéndoles dejado en una misma disposicion igual porcion, es visto haber querido que sufriesen igualmente el gravámen. Lo propio milita cuando en un contrato les dona los dos quintos, pues hay la misma razon.

7. Si teniendo el testador descendientes legítimos lega el usufruto del quinto á su muger ó á un extraño, y á sus descendientes la propiedad de los bienes que le importan, pagarán éstos los gastos de su funeral, misas y legados específicos que hizo, y no el usufrutuario del quinto; porque como su usufruto no equivale á la propiedad, si grava al usufrutuario con la satisfaccion de ellos, y vive poco tiempo, tendrá que suplirlos de su propio caudal, y en vez de ser beneficiado, segun quiso el testador, será perjudicado.

8. Instituyendo herederos el testador á sus hermanos, por no tenerlos forzosos, dejando el quinto de sus bienes á un hijo natural ó espurio, haciendo algunos legados, y mandando que los paguen sus herederos, ó no disponiendo cosa alguna acerca de ellos ni de su funeral, parece que se deben deducir del quinto los legados y gastos funerarios, segun la ley 30 de Toro; pero no obstante, siendo genéricos los legados, los deberán satisfacer los herederos, y no el hijo legatario del quinto, porque dicha ley se entiende, segun se ha sentado, cuando los herederos son descendientes legítimos, en cuyo perjuicio solo puede el testador disponer del quinto, no cuando no lo son, porque entónces el hijo natural es capaz de heredarlo todo, queriendo dejárselo el testador, segun la ley 10 de Toro, y de justicia se le deben los alimentos; en cuya atencion únicamente se deducirán del quinto los legados específicos, porque estos en cuanto á su importe derogan el legado general de aquel; mas los genéricos y gastos de funeral y misas serán de cuenta de los herederos. Y las deudas del testador se han de bajar ante todas cosas del cuerpo de su caudal, porque hasta que se deduce y separa todo su importe no hay herencia, legados ni quinto; excepto que mande lo contrario, si tiene para pagar y deja que heredar, en cuyo caso será visto quiere que el quinto sea mayor, que del residuo del caudal paguen los herederos sus deudas, y que su herencia sea menor.

1 No hay razon de diferencia en el caso propuesto entre los legados genéricos y específicos, pues el fundamento porque los hermanos deben satisfacer los primeros despues de deducido el quinto, tiene tambien lugar

respecto á los segundos; y así no se deducirán de este ni se derogarán, como dice el autor siguiendo á Ayora. *Febrero reformado*. Cuáles sean los legados genéricos y específicos se dijo en el lib. 2 tit. 2 cap. 18 § 2.

9. Haciendo el padre donacion de un quinto en contrato irrevocable á un hijo, y de otro en disposicion última á otro hijo, parece que deben deducirse del segundo los legados, misas y gastos funerarios, aunque el padre mande que se deduzcan del primero, segun afirma Ayora, fundándose en que el donante no puede, sin consentimiento del donatario, imponer condicion ni gravámen en la donacion pura é irrevocable despues de hecha: en que el primer quinto, atendida la cualidad de las personas, se entiende haber sido donado en lugar del tercio, no constando expresamente lo contrario de la voluntad del donante, quien así como lo donó á su descendiente, pudo haberle donado la cuarta, tercera ó sexta parte; y en que no entendiéndose de esta manera se gravaria demasiado, porque se privaba de la facultad de testar y legar, la que es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su testamento, como mas propio y adecuado, disponiendo en uso de ella del segundo quinto, único patrimonio suyo libre, que teniendo descendientes legítimos le concede la ley 28 de Toro, del cual manda la 30 se deduzcan. Del mismo dictámen son Gutierrez y Acevedo, y al mismo me inclino, no por la razon que da Ayora de que el testador quedaria intestable, pues aunque no haya mas que un quinto, y le entregue irrevocablemente en vida al legatario, siempre se revoca en cuanto al funeral, como el mismo Ayora sienta en la cuestion 14, y no se llama intestable el que puede disponer de sus bienes, aunque sea solamente entre ciertas personas; sino por las demas que expone, y porque por el hecho de hacer legados en su última disposicion, y no ignorar que habiendo descendientes se deben deducir del quinto, y que el primero como irrevocable no puede gravarse en nada despues de la tradicion, ni revocarse mas que en lo tocante al funeral, como ni tampoco que puede mejorarse en el tercio á cualquiera de sus descendientes; es visto haber querido usar de la facultad que le concede la ley, y por consiguiente que el primero se reputase parte del tercio, y el segundo quinto verdadero; bien que si cuando hizo la donacion, mandó que de su quinto se dedujese todo, como pudo hacerlo, se deducirá de él y no del segundo, estimándose este parte del tercio, y no verdadero quinto.

10. Si el testador dispuso del quinto en donacion ú otro contrato irrevocable á favor de hijo suyo ó de extraño, ó hizo alguna donacion que, segun la ley 26 de Toro, deba imputarse en el quinto, se duda, por no expresarlo la ley, de dónde se han de sacar los gastos necesarios de su funeral y misas, y los legados; si del quinto donado irrevocablemente, ó del cuerpo de la hacienda del donante; para cuya perfecta inteligencia deben suponerse dos casos. El primero es cuando la cosa donada no se entregó al donatario, y entónces se deben bajar del quinto los gastos funerarios, ya porque el donatario es

acreedor, y aquellos se prefieren segun derecho á todos los acreedores por privilegiados que sean¹, y ya porque el difunto no dejó mas bienes, puesto que los demas son legitima de sus hijos, que no puede gravarse. El segundo caso es cuando se le entregó el quinto, y aunque parece que entónces se deberán deducir las expensas funerarias de los bienes del difunto, porque una vez que el quinto se ha donado irrevocablemente en vida, y entregado su importe al donatario, se hizo del patrimonio de éste, y no conserva ya el nombre, ni surte efecto de quinto, como tambien porque la donacion perfecta no puede revocarse por ninguna razon sin causa legal, ni aun por las referidas expensas, pues estas se equiparan á los legados gratuitos, los cuales es constante que no revocan la donacion válida precedente; es cierto no obstante que aquellas se deben deducir del quinto y no de los demas bienes, así como cuando no se entregó al donatario: en primer lugar, porque los pactos privados no pueden prevalecer ó derogar las leyes, y como segun la 30 de Toro se han de sacar del quinto, y no del cuerpo de la herencia dichos gastos, aunque el testador mande lo contrario, debe satisfacerlos el legatario del quinto, habiendo descendientes, ya se le legue, ya se le done ó entregue irrevocablemente, pues la ley no distingue: en segundo lugar, porque el donatario posee los bienes con este gravámen que les impone la ley en cualquiera parte que se hallen; y en tercer lugar, porque si el acreedor por contrato oneroso le sufre, puesto que su crédito se pospone á los expresados gastos, con mayor razon debe sufrirle el que lo es por contrato lucrativo.

11. Aunque este donatario ó legatario extraño, á quien se entregó el quinto, esté obligado á la satisfaccion de los gastos funerarios, puede compeler el juez por algun motivo justo á los herederos extraños á suplirlos en el interin, para que no se dilate el dar sepultura al cadáver, y si lo hiciesen, tienen accion á repetirlos luego del donatario; mas habiéndolos hecho espontáneamente sin preceder el apremio, no podrán repetirlos, porque es visto haberlos hecho por piedad, excepto que protesten su repetición². Los herederos legítimos, aun cuando los suplan sin ser compelidos ni hacer protesta, podrán exigirlos del donatario, pues en duda se presume haberlos suplido con este ánimo, mediante á que no es de creer quisiesen consentir en la lesion ó disminucion de sus legítimas (*).

1 LL. 12 tit. 13 part. 1 y 30 al fin tit. 13 part. 5.

2 L. 12 tit. 13 part. 1.

(*) El reformador de Febrero impugna aquí la doctrina del autor, diciendo deberse presumir de los herederos legítimos mas bien que de los extraños el que hagan dichos gastos fune-

rarios por piedad, á causa de su parentesco con el difunto, y del afecto que es regular le profesasen, interesándose ademas en hacerlos el pondonor de los mismos. Y si de los herederos legítimos, añade, se puede decir que no es presumible quisiesen consentir en la disminucion de sus legítimas, tambien podrá decirse de los

12. En órden á las misas, aniversarios, limosnas, legados y demas que el testador haya mandado distribuir teniendo descendientes legítimos, parece que el donatario á quien entregó irrevocablemente el quinto en vida, estará obligado á pagar su importe, respecto que aun cuando le haya entregado la posesion de los bienes, le puede revocar, porque la irrevocabilidad de que en el caso de entrega de posesion habla la ley 17 de Toro, se limita expresamente al tercio, por no hacer mencion de quinto¹. Pero no obstante digo, que si precedió causa onerosa con tercero, y entrega de los bienes del quinto al donatario, no podrá el testador revocarla, ni disponer de mas que de lo correspondiente á un funeral moderado, misas y descargos de su conciencia, con lo cual no queda intestable; y en cuanto á los legados y demas cosas será ineficaz su voluntad: lo primero, porque le obstan la donacion y entrega y la causa onerosa para hacerla: lo segundo, porque los legados voluntarios y donacion posterior no revocan la irrevocable precedente, por no haberse acabado la facultad del donante, y no poder en perjuicio del donatario hacer mas ni ménos de lo que habia hecho; á diferencia de los gastos expresados, en los cuales siempre se entiende revocado el quinto, porque se interesa en ello el público, son preferidos á todos los créditos, y de lo contrario quedaria intestable: lo tercero, porque le obsta tambien la legítima de los hijos que no se puede gravar en cosa alguna; y lo cuarto, porque aunque es cierto que la ley 17 de Toro dice que el mejorante puede hacer irrevocable el tercio, dejando en silencio el quinto, no prohíbe, ni otra alguna tampoco, que el mejorante pueda hacerle irrevocable; por lo que lo será, excepto en dichos gastos, pues lo que la ley no prohíbe, se entiende permitido, y así del silencio de la ley no se deduce imposibilidad ni

herederos extraños no ser presumible que consintiesen en la disminucion de sus partes hereditarias, haciendo unos gastos que no les pertenecian. Pero el adicionador de Febrero sostiene la opinion de este contra el reformador, diciendo que aunque en los herederos extraños pudiera igualmente presumirse esta falta de consentimiento, es muy de notar la razon que versa en uno y otro caso, pues los legítimos heredan lo que de antemano era suyo, como condueños con el padre, y los otros nada tendrían si el testador no los hubiera agraciado con la institucion; por consiguiente nada se les quita ni se les perjudica, respecto que hacen dichos gastos con lo mismo que heredan, en agradecimiento sin duda de haber sido instituidos, y por piedad. Esta reflexion es muy atinada, y no puede negarse que hay en este caso una notable diferencia entre el heredero extraño y el legítimo. Cuando aquel hace dichos gastos voluntariamente sin protestar que su intencion es re-

petirlos, parece clara su intencion de hacerlos como un obsequio piadoso en agradecimiento á haber sido nombrado heredero, pues que sin este nombramiento ningun derecho tenia á los bienes del difunto. No así los herederos legítimos, quienes no por voluntad del testador sino por ministerio de la ley adquieren su legítima, la cual no puede ser gravada ó disminuida; por consiguiente en este caso la presuncion es contraria, quiero decir, se debe favorecer á la legítima para no gravarla, pues tal es el espíritu de la ley. Por otra parte el donatario ó legatario extraño adquiere el quinto con el gravámen de dichos gastos, y no parece justo que sea beneficiado con perjuicio de los herederos legítimos; cuya consideracion no tiene lugar respecto de los extraños, que han adquirido la herencia graciosamente, y estan en el mismo caso que el referido legatario.

1 Otras razones dan algunos autores, que expondré en adelante.

prohibicion de hacer irrevocable el quinto en la forma expuesta. Si no medió causa onerosa con tercero, podrá revocarle en el todo.

13. Si el padre mejoró en el tercio y quinto de sus bienes á un hijo, y despues edificó ó compró una capilla para su entierro y el de su familia, dotándola con renta y con el cargo de que anual y perpetuamente se celebrase en ella cierto número de misas, señalando y aplicando bienes para esta renta, debe distinguirse sobre si se han de deducir del quinto ó del cuerpo de la herencia los gastos de la capilla y cargas de misas. Se sacarán del segundo los gastos que el padre hizo en edificar ó comprar la capilla y sus ornamentos si no estan satisfechos, porque no son gastos funerarios, y porque el padre puede enagenar todos sus bienes en vida por título oneroso, y consumirlos, aunque sus hijos lo resistan, y nada les quede que heredar, sin estar obligado á comprar cosa útil y fructífera que aumente su patrimonio, por bastar que sea honorífica; y solo podrán quejarse caso que la enagenacion haya sido por título lucrativo; pues de lo contrario se seguiria que tampoco podria comprar el oficio de regidor ni otro público que es honorífico, y ninguna utilidad produce; pero la renta de la capellanía para la celebracion de misas se deducirá del quinto, porque es un legado pio, y como las expensas que se hacen en ello son en bien del alma, segun la ley 30 de Toro se deben sacar del quinto.

14. Legando el testador á muger ó á un hijo el quinto de sus bienes, y consignándosele en cierto fundo que le valia, dice Ayora que el legatario no llevará el fundo íntegro ni todos los frutos que durante la comunión de la herencia produjo, sino que se deben bajar primero de él los gastos del funeral, misas y legados pios y graciosos, y que el residuo será lo que se le aplique en el fundo, llevando á proporcion los frutos que este residuo haya producido, aunque el legatario del quinto quiera pagarlo todo de sus bienes. Mas esta opinion me desagrada respecto á este último punto, porque habiéndole señalado el testador el quinto, como pudo señalársele, se le transfirió su dominio incontinenti que falleció, y desde entónces le tocan los frutos que produjo, por ser legado específico¹; en cuya atencion solo me adhiero á su dictámen en el caso de que los herederos satisfagan de sus bienes los mencionados gastos, en el cual se le aplicará el resto en el fundo, no pagándoselos el legatario, y á proporcion llevará los frutos ó rentas que durante la comunión haya redituado, porque los herederos carecieron de su dinero en todo este tiempo, sin haber tenido obligacion de suplirle por el legatario, y será justo que se compensen.

1 LL. 34 y 48 tit. 6 part. 6.

15. Si el padre, condenado en vida por sentencia á dar alimentos á un hijo natural mientras viviere, dejase hijos legítimos, y á uno de estos ó á un extraño legase el quinto, ó dispusiese de él por su alma, podria decirse que del cuerpo de su caudal se han de deducir dichos alimentos, sean los necesarios ó la cantidad asignada en la sentencia, por ser deuda contra la herencia; mas sin embargo debe pagarlos el legatario del quinto, y de él han de deducirse, así los dados al hijo en vida de su padre, como los que se le den despues de muerto; porque todo lo mas es legítima de los hijos legítimos, la cual no debe gravarse, como deduciéndose del cuerpo del caudal se gravaria; pues aunque el padre contrajo esta obligacion en vida, como la condenacion ó sentencia no muda la causa del débito, que es la de alimentos, y el hijo natural, habiéndolos legítimos, debe ser alimentado del quinto, y no de las legítimas de estos, ni tiene derecho á mas, segun las leyes 9 y 10 de Toro; por esto se ha de atender á la causa que motiva su deduccion, que son los alimentos.

CAPITULO III.

De la division de los bienes del testador entre sus descendientes legítimos cuando mejoró á alguno de ellos.

- 1 Teniendo el padre ó la madre dos ó mas hijos, pueden mejorar en contrato ó en última disposicion á cualquiera ó cualesquiera de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres.
- 2 Este tercio y quinto ha de ser uno en vida y muerte en todos casos; y si siendo muchos los mejorados no señala el mejorante á cada uno la parte ó cuota que ha de percibir de la mejora, deberá dividirse esta igualmente entre todos.
- 3 Compete esta facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos, aun en el caso de que siendo el padre rico y la muger segunda pobre, se deba dar á esta la cuarta marital que la ley le concede.
- 4 Si el testador solo tiene un hijo ó descendiente, no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, ni de consiguiente imponerle gravámen en él, excepto en los casos que allí se expresan.
- 5 La mejora se puede consignar en bienes ciertos, para que se satisfaga de ellos su importe despues de la muerte del mejorante, con tal que el valor del tercio no exceda del de la tercera parte de sus bienes en dicho tiempo.
- 6 Si el padre del testador le hubiere dejado una finca con la condicion de que despues de la muerte de este hubiese de pasar á su hijo mayor, nieto de dicho padre, se debe adjudicar al nieto, y no imputársele en su legítima.
- 7 Habiendo dejado el testador al nieto un fundo para cuando *tuviere hijos*, si ántes de verificarse esta condicion ó de tenerlos, se dividieron los bienes de su padre entre él y sus hermanos, incluyéndole en la particion, podrá sin embargo el nieto, verificándose despues la condicion, pedir el fundo dividido ya y entregado.
- 8 Limitacion de la doctrina sentada en