

cuando ficiere la manda, ú otras semejantes dellas, porque pueda ser entendida la atencion ó la voluntad dél, valdria la manda que assí fuese 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 &c.*: apartadamente, si se 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 sólidum; 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 ántes que el testador, ó renuncia su parte, ó sobreviene algun impedimento por el que no puede adquirirla, se acrece al otro, sea dividua ó individua¹.

7. Y si uno de estos legatarios sucede al otro, puede aceptar la parte que le corresponde, y repudiar lo perteneciente al colegatario; ó por el contrario, si á uno de los dos impuso gravámen el testador y al otro no, excepto que conste manifiestamente haber querido que el uno llevase la cosa y el otro su estimacion; pues entónces el legatario que sucede al otro lo conseguirá todo, porque hace de dos personas, y cuando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolida enteramente en este el de ambos, y podrá pedirle.

8. Cuando se legan á los menores los alimentos hasta la pubertad, ha de ampliarse esta en los varones hasta los diez y ocho años, y en las hembras hasta los catorce, ya por piedad, y ya porque hasta dicha edad no pueden adquirir regularmente con su industria lo necesario para vivir; excepto que el testador prefina hasta cuándo se les ha de contribuir con ellos, y no señalando este el tiempo, se les han de dar por toda su vida. La cantidad que en todos casos se les ha de dar, si cuando vivia los alimentaba, y no se la consigna, ha de ser la que les daba al tiempo que falleció; y si en vida variaba, dándoles unas veces ménos y otras mas, ha de dárseles la que al mas cercano de su muerte solia darles. Por alimentos se entienden la comida, el vestido, calzado y la habitacion, no la enseñanza, sino que el testador la exprese; por lo que si este deja alimentos á alguno, ó lo necesario para vivir, se comprende en ellos lo dicho²: si le lega los alimentos diarios, se le debe dar únicamente la comida; y para hacer una regulacion prudente y caritativa, cuando se han legado simplemente sin señalamiento de cuota, ni constar cuánto daba el legatario ó á otros de su condicion, se ha de atender á esta y

1 L. 33 tit. 9 part. 6 y su gl. 7.

2 L. 2 tit. 19 part. 4.

á las facultades y rentas de los bienes de aquel¹, sin que por no ser bastantes las rentas, se deba enagenar la propiedad de sus bienes.

9. En el citado capítulo 18 del título 2 libro 2, párrafos 27 y 28, se dijo que si el testador lega una casa, y despues se arruina, quema ó destruye toda, se debe al legatario el área ó suelo en que estaba edificada; pero si despues reedifica el testador otra casa sobre dicho solar, no se debe al legatario este ni aquella. Sobre esta cuestion opina el reformador D. José Gutierrez contra Gomez y Febrero, que la nueva casa pertenecerá al legatario, ya porque habiendo de ser suyo el solar, debe corresponderle lo edificado sobre él, ya porque la ley 37 tit. 9 Part. 6, que el autor cita, dice expresamente, que si habiendo el testador legado un solar construyese despues sobre este alguna casa, le toca al legatario, y ya por ser evidente que edificando de nuevo el testador sobre dicho solar quiere que pertenezca al legatario el edificio, mayormente cuando de lo contrario hubiera revocado la manda. A pesar de estas razones parece mas fundada la doctrina del autor, quien dice que no se debe al legatario la nueva casa por ser distinta de la primera, y en esto tiene sobrada razon. El legado fué de la primera casa, esto es, de una casa específica y señalada, la cual pereció, y por consiguiente en esta parte faltó la materia del legado. Quedó el solar, y por eso dice Febrero que le corresponde al legatario; esto es, si el testador no construye en él otro edificio, pues de lo contrario no tendrá tampoco derecho el legatario al solar, porque ya deja de serlo, y se constituye parte de la nueva casa edificada. Esto tambien es consiguiente á lo primero, porque así como pertenece al legatario el solar cuando se le lega la casa que está fundada en él por considerarse parte de esta, del mismo modo no debiéndose al legatario la segunda casa por ser cosa distinta de la primera, tampoco le corresponde en este caso el solar por la misma racon, esto es, por considerarse siempre parte de la casa. Nada obsta la ley 37 en que se apoya el reformador, pues esta dice que si el testador mandase un solar, y despues construyese en él casa ú otro edificio, corresponden al legatario el solar y la casa. Este caso es diferente del otro en que se mandó la casa, se arruinó y se construyó otra. El sr. Gutierrez da por supuesto que siempre que corresponde el solar al legatario, y esto era lo que debia probar, pues de la citada ley no se infiere. Tampoco es evidente, como él dice, que edificando de nuevo el testador sobre dicho solar quiere que pertenezca al legatario. Supongamos que la casa primera fuese ruinoso ó de poco valor, y que despues de la ruina de ella construyese un edificio suntuoso, ¿habrá razon para dar tal amplitud al legado por meras conjeturas con perjuicio de los he-

1 Dicha ley 2 tit. 19 part. 4.

rederos? Está, pues, muy fundada la doctrina del autor, quien añade lo siguiente: „Y si esta segunda casa se arruina, quema ó perece enteramente, tampoco se debe el área ó solar, porque es parte de ella (la cual no fué legada), y no de la primera que lo fué.” Yo distinguiria: cuando el legado fué de la casa y no del solar, está bien que arruinada aquella perdiese tambien el legatario el derecho á este cuando se construyó en él una nueva casa; pero si el legado fué del solar, es mi dictámen que siempre debe corresponder al legatario despues de arruinada la segunda casa, por constar en cuanto á aquel la voluntad del testador. Continúa el autor diciendo: „Pero si poco á poco se fué destruyendo ó cayendo, y el testador la fué levantando ó reedificando, se le debe, no solo el área, sino el edificio, porque se contempla la misma cosa legada, y dura aunque reparada y renovada.” Este periodo puesto á continuacion del anterior, en que habla Febrero de la segunda casa, parece que se refiere á esta, lo cual seria un absurdo; y así debe entenderse de la primera casa, con lo cual desaparece la contradiccion. Se ve claramente que está dislocado ó traspuesto; pero como se halla de este modo en las ediciones de Febrero adicionado y reformado, me ha parecido conveniente hacer esta advertencia para evitar equivocaciones.

10. Paso ahora á instruir al contador en tres puntos importantes. El primero es relativo al modo de deducir los legados. El segundo versa sobre si los legados hechos por el testador á su muger, acreedores y tutor que nombra, se compensarán ó no con la dote y ganancias de la muger, con lo debido al acreedor y con la décima correspondiente al tutor. El tercero se reduce á la division de los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada; y á si, revocándose el legado, deberá ó no restituir los que percibió. En cuanto á la deducion de los legados gratuitos ó voluntarios, se hace del modo siguiente. O el legante testa entre herederos extraños ó legítimos: si entre extraños (y por tales se reputan para el caso todos, aunque sean sus hermanos, excepto los ascendientes y descendientes legítimos), se deben deducir del cuerpo del caudal que deje despues de pagar las deudas, gastos funerarios y misas, no mandando otra cosa, segun por derecho comun está dispuesto¹, por no haber ley real que en esta parte y caso lo corrija. Si testa entre herederos legítimos; ó son descendientes ó ascendientes: si son hijos ó descendientes, se han de sacar del quinto líquido de su hacienda (que es lo único de que por la ley 28 de Toro se le permite disponer en vida y muerte), como lo ordena la 30 tambien de Toro, que es la 9 tit. 10 lib. 10 Nov. Rec.

¹ L. 1 § fin. ff. *Ad leg. falcid.* L. *Papia-nus.* § *Quarta autem.* ff. *De inoffic. testam.* y ley fin. § *In computation.* Cod. *De jure*

deliberand. Gom. en la 30 de Toro. Matienz. en la fin. tit. 6 lib. 5 R. gl. 3 n. 1.

Y si son ascendientes, se deben deducir del tercio que es de lo que por la ley 6 de Toro se le permite testar por su alma, ó á favor de quien quisiere; pues el residuo de su hacienda líquida es legítima respectiva de los ascendientes y descendientes legítimos, que no puede ser gravada: bien entendido, que si los legatarios particulares fallecen ántes de adquirir derecho á sus legados, ó por algun impedimento legal no los adquieren, se acrecen á la herencia; lo que no sucederá cuando hay legatario ó mejorado en el quinto, pues en este caso, como los legados se sacan de este entre los descendientes legítimos, y son parte suya, y no del residuo de la herencia, deben volver, ó por mejor decir, no se debe desfaltar el quinto en su importe, ántes sí quedarse con él el legatario de este, y entenderse que el testador no los hizo: y lo propio milita con el tercio entre ascendientes en igual caso, no mandando la contrario en ambos el testador. Pero si deja legado vitalicio, v. g. á un hijo religioso, que renunció sus legítimas á su favor ó á otro; en este caso, aunque algunos contadores sacan de la herencia el importe de diez, quince ó veinte anatas, teniendo consideracion á lo que segun su edad y robustez puede vivir el legatario, y se las entregan; no obstante, lo mejor es bajar de la herencia el capital correspondiente al legado anuo regulado al tres por ciento, é imponerlo dándole facultad para percibir los réditos durante su vida, y despues de esto partirlo los herederos, ó consignarle en una finca el legado para el propio efecto, y dividirla por su fallecimiento, y de esta suerte ninguno sale perjudicado. Esto se entiende no habiendo otro convenio de los interesados, ya toque ó no al legatario mas cantidad por su legítima que el capital de la consignacion; pues si lo hubiere, se ha de estar á él, respecto á que ninguna ley habla de este caso, y su convenio, siendo justo, se debe observar. Y si marido y muger que testan de conformidad, se legan alguna finca adquirida por ambos durante el matrimonio, para que la lleve el sobreviviente, se entiende legar cada uno al otro el derecho que en ella tiene, que es la mitad; y así se sacará del cupo del caudal, y se le aplicará por entero: la mitad por via del delegado del difunto, y la otra mitad como suya, si testando entre herederos legítimos cabe la mitad; mas si no, lo que quepa, y el residuo en cuenta de su haber, y no todo por via de legado.

11. Teniendo el testador ascendientes ó descendientes legítimos, si deja á extraños tantas mandas ó legados pios ó gratuitos que no caben en el quinto ó tercio, se ha de ver á cuánto ascienden estos, y cuánto mas importan los legados juntos, v. g. si es mitad, tercia, cuarta, quinta ó sexta parte, ó lo que sea, y de cada uno deducirse proporcionalmente el exceso, separando primero el importe del funeral y misas, pues esto no entra en el prorrateo; de modo que todos

juntos se reduzcan á la cantidad de que pudo disponer, llevando cada legatario pio ó gracioso á proporcion de lo que importaba el suyo, pues al que legó sesenta, debe tocar mas que al que cuarenta; y al que treinta, mas que al que veinte¹. Y no deben ser preferidos los nombrados primero, ni por consiguiente haber predileccion entre ellos, sean ó no de distintas clases ó esfera, porque se presume que el testador á todos profesó igual afecto²; y cuando se trata de anular, no se debe atender al orden del nombramiento³, excepto que el testador lo mande expresamente.

12. Si deja á uno el quinto, y ademas hace tantos legados á otros que no caben en él, se han de proratar entre todos los legatarios, y el del quinto, despues de bajadas las deudas contra el caudal y los gastos funerarios y misas, y haciendo una regulacion proporcional con vista de la cantidad excesivamente legada á cada uno, y detrayendo respectivamente de cada legado lo que le corresponda. Lo propio milita cuando tiene hijos, y así á estos como á extraño hace tantas manques no caben en el tercio y quinto; bien que en este caso se ha mirar que nada del tercio toque á los extraños, porque es legitima de los hijos, entre los cuales se debe repartir proporcionalmente, segun la disposicion del testador: por cuya razon solo en el quinto tendrá cabimiento para todos el prorateo de lo legado á los hijos que no quepa en el tercio. Lo mismo se ha de observar cuando lega á un extraño el quinto, y hace á alguno de sus hijos ciertos legados de cantidad ó genéricos; en cuyo caso estos se han de sacar del tercio hasta en lo que alcance, y lo que falte deducirlo del quinto, y al legatario extraño darle el sobrante de este ó su total, si las mandas de los hijos caben en dicho tercio, porque como tuvo facultad de mejorarlos en él, y tambien de legar el quinto íntegro al extraño, es visto haber querido que del tercio se pagasen á sus hijos sus mandas hasta en lo que alcanzase, y que el extraño percibiese el quinto íntegro ó su residuo si faltaba algo para completar las de sus hijos ó descendientes. De lo contrario podria ser ilusorio el legado del quinto, y perjudicado el legatario, al cual tal vez nada quedaria que tomar, y no se cumpliria la voluntad del legante que quiso lo llevase en todo lo que permite la ley; pero los gastos funerarios, misas y legados pios se han de sacar del quinto, y no del tercio; lo que observará el contador no mandando el testador otra cosa. Ultimamente, debo advertir que los legados pios sufrirán la deduccion del mismo modo que los voluntarios, excepto que el testador lo prohiba⁴.

1 L. *In quantitate*, § fin. ff. *Ad leg. falcid.* Cifuent. en la 30 de Toro n. 2. Greg. Lop. en la ley 1 gl. 1 tit. 11 part. 6. Escob. *De ratioc. comput.* 10 n. 5.

2 L. *Si quis testam.* § *Apud Julianum*, ff. *De legat.* 1. Escobar ibi n. 4.

3 L. *Quidam*, ff. *De peculio*. Escobar ibi n. final.

4 L. *Si post. missionem*, 17 et ibi DD. ff. *De leg. falcid.* Parlad. lib. 1. *Rer quotidian.* cap. 18. Greg. Lop. y Angul. ubi supr. proxime. Escob. dicho comput. 10, ns. 8, 9 y sig.

13. Ofrécese ahora la duda de si se ha de hacer la deduccion solamente de los legados genéricos, ó se ha de ampliar tambien á los específicos. Algunos dicen que estos entrarán tambien en el prorateo, no apareciendo lo contrario de la voluntad del legante. Yo á la verdad soy de contrario dictámen, porque los legatarios de ellos adquieren su dominio y los hacen suyos inmediatamente que el testador muere, lo que no sucede con los genéricos; y así solo mandándolo el testador, ó no quedando nada que percibir á los legatarios, me parece deberá hacerse de ellos la deduccion respectiva y proporcional.

14. Los maridos hacen muchas veces legados á las mugeres, y suele dudarse si se han de compensar ó no hasta su importe con la dote, bienes parafernales, arras y gananciales que las corresponden. En cuanto á la dote, digo que no se debe compensar con el legado ó legados que el marido hizo á su muger; y así no solo la ha de llevar íntegra, sino tambien los legados: lo cual se entiende á ménos que haya dicho expresamente que se los dejaba por via de compensacion de ella, ó conste claramente que su ánimo fué hacérselos en este concepto. Asimismo aunque la legue la misma cantidad numérica que contiene la dote¹, ó el usufruto del todo ó parte de sus bienes, se la adjudicará todo²; siendo de advertir que los herederos del marido no pueden diferir la restitucion de la dote legada con pretexto de los gastos hechos en ella, excepto que fuese necesario ejecutarlos³. En cuanto á si estos gastos, ya sean útiles, necesarios ó voluntarios, se entienden tambien legados ó no, hay que distinguir de casos, y aun de opiniones⁴.

15. Si la lega los esclavos que recibió estimados en dote, los conseguirá como legado, y tambien su estimacion como parte de dote⁵. Lo mismo procede aunque haya dicho que legaba tales cosas ó tales esclavos que se le habian dado en dote; pues estas palabras se entienden puestas y añadidas por causa de demostracion y no de tasacion⁶. Lo mismo procede cuando la lega alguna heredad ú otra finca afecta especial ó generalmente á la responsabilidad de su dote, pues tampoco se compesará en todo ni parte con ella; excepto que así lo exprese ó conste ser esta su voluntad⁷, porque estos débitos son voluntarios, á causa de haberlos contraido espontánea-

1 Gom. lib. 1 *Var.* cap. 12 n. 27 vers. *Quod extende*, ley única § *Primum*, 3 Cod. *De rei uxor action.* desde la palabra *Sciendum*, ley *Cum pater*, 77 § *Qui dotali*, ff. *De legat.* 2.

2 Castill. *De usufruct.* cap. 46.

3 L. *Dote praelegata*, 6 ff. *De dote praeleg.* Bersan. *De viduis*, cap. 2 q. 43 n. 1 al 3.

4 Bersan dicho cap. y q.

5 Gl. in leg. *Licianus*, 48 ff. *De legat.* 2.

6 Imol. in leg. 1 § *Mela*, 14 ff. *De dote praeleg.*

7 L. única, Cod. *De rei uxoriae action.* § y vers. inserto, y ley *Cum pater*, 77 § *Qui dotale*, ff. *De legat.* 2. Greg. Lop. en la 16 tit. 9 part. 6 gl. 3 vers. *Sed quid si debitor.*

mente, y en los voluntarios no há lugar en caso de duda la compensacion.

16. Tampoco se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado: lo primero, porque este débito es voluntario en su origen por estar en arbitrio del marido el recibir ó no su administracion¹, y cuando el contrato fué voluntario en su principio, se conceptúa siempre por tal²; además de que el legado hecho por el deudor al acreedor voluntario no se compensa con el débito³; y lo segundo, porque lo mismo se juzga de lo accesorio que de lo principal: es así que los bienes parafernales son accesorios á la dote; luego por igual regla se han de pagar; y al modo que con la dote no há lugar la compensacion del legado, tampoco con los parafernales: por lo que si el estatuto permite á la muger que teste de aquella, se debe extender y ampliar la permission respecto de estos⁴.

17. Si el testador recibió de la muger, v. gr. ciento en dote y doscientos en los bienes parafernales, y en su testamento dejó 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, y podian pedir; valdrá y compensará el legado con la dote y parafernales de su madre hasta en lo que alcance, porque estas palabras: *que se contentasen con ella por todo lo que debian haber y podian pedir*, son universales, y comprenden toda especie de débito; por lo que es visto haber hecho el legado en compensacion de la dote y bienes parafernales⁵.

18. Por lo respectivo á las arras que el marido promete á su muger, tampoco há lugar su compensacion con el legado del quinto ú otro que la hizo, porque el débito de ellas fué voluntario en el principio, á causa de estar en su arbitrio el ofrecérselas ó no, por no obligarle á ello ley alguna; pues en las deudas voluntarias, que son las que se contraen y deben por pacto y condicion, sin distincion de género, especie ni cantidad, no se admite compensacion con el legado, excepto que conste de la voluntad del testador; y mucho ménos há lugar si las arras estan entregadas á la muger, porque con el débito ya pagado no se hace compensacion⁶. Todo esto se entiende, excepto que el testador tenga ascendientes ó descendien-

1 L. fin. Cod. De pact. convenit.

2 L. Sicut. Cod. De obligat et action.

3 Imol. in leg. Si cum dote, § Si pater, ff. Solut. matrim. Alex. in leg. Hujusmodi, § Cum pater, 6 ff. De legat. Menoch. lib. 2. De arbitr. caus. 180 n. 52. Aimon Cravet. consil. 149.

4 Cravet consil. 149 n. 6 Ana consil. 36, vers. Utrum. n. 1.

5 Menach. consil. 56 n. 36 vers. 10 vol. 1.

Ruin. consil. 60 n. 6, consil. 79 n. 8 y consil. 81 n. 7 lib. 2.

6 Tello en la ley 16 de Toro ns. 7 y 8. Covar. in cap. offic. ns. 4 y 11 De testam. Matienz. en la ley 7 gl. 1 n. 8 tit. 9 lib. 6 R. et ibi Acev. n. 6 al fin, y n. 7. Palac. Rub. in cap. Per vestras. De donat. cap. 27 ns. 2 y 3. Gutier. lib. 2, Pract. q. 124 n. 2, y De tut. part. 3 cap. 5 n. 75.

tes al tiempo que se casa; pues si viven algunos de ellos ó todos al de su fallecimiento, se compensará el importe de las arras con otro tanto de su quinto ó tercio, y del uno de estos se deducirá, y no del cuerpo del caudal.

19. En órden á los gananciales, si el marido hace á su muger algun legado, no se ha de compensar con la mitad que de ellos la toca, ántes bien la ha de llevar, y además el legado, el cual se debe deducir del privativo caudal del marido, segun se prueba de la ley 8 tit. 4 lib. 10 Nov. Rec. que dice: *Si el marido madare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte, ó testamento, no se le cuente en la parte que la muger ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de los bienes*, y la tal manda en lo que de derecho debiere valer. La razon es, no porque los gananciales sean débito voluntario en su principio, como afirma Matienzo¹, pues lo son necesario; y así, ya quiera ó no el marido, los ha de llevar por concedérselos en los reinos de Castilla la costumbre aprobada por la ley²; al modo que lo es tambien el lucro de la dote, que segun la ley ó estatuto gana el marido³: ni tampoco porque la ley lo estableció así por evitar dudas, segun opina Acevedo, pues todas las leyes se hacen generalmente con este mismo objeto; sino porque, como á la muger se comunica el dominio y posesion (bien que revocable durante la vida de su marido) de los gananciales, segun senté en otra parte, estos se la deben á dia incierto, que es por muerte de su marido, ó por divorcio, y no ántes; y por causa onerosa, que es su trabajo y sociedad: el dia incierto hace condicion⁴, y el legado para pagar el débito contraido á cierto dia ó condicion, no parece hecho con ánimo de que se compense ántes que el dia llegue ó la condicion se cumpla⁵. Por eso estableció la ley inserta que el hecho por el marido á su muger no se compense con los gananciales, que no se la deben ni se la han de pagar hasta que su marido muera; pues aunque tampoco se debe el legado hasta que fallece, y por concurrir este y los gananciales en un mismo tiempo, parece se debian compensar, no obsta, porque se atiende á aquel en que se hizo, en el cual no se la debian todavia los gananciales, y al motivo por que se la deben.

20. Por la misma regla se ha de juzgar el legado que el padre hace á su hija impúbera, pues aunque de necesidad está obligado á

1 En la gl. 1 á la ley citada.

2 Segur. en la ley 3 § fin. n. 246 ff. De liberis et posthum.

3 Covar. ibi n. 2. Menoch. praesumpt. 109 n. 35 lib. 4.

4 L. 1 § Dies autem incertus, y ley Dies in-

certus, 75 ff. De conditionib et demonstr. Alex. in leg. Hujusmodi § Cum pater, ff. De legat. 1. Menoch. consil. 151 n. 23 lib. 2 y praesumpt. 109 n. 57 lib. 4. Gom. lib. 1. Var. cap. 12 n. 27 al fin vers. Ex quibus subtiliter.