

29. Por persona torpe se entiende cualquiera infame de derecho; v. gr. el condenado por sentencia á causa de haber cometido algun delito público, ó privado, como fuese de injuria, de hurto y arrebatamiento de bienes, ó por haber cometido dolo en los cuatro contratos de sociedad, depósito, tutela y mandato; el usurero público ú oculto, y el que tenga dos mugeres, dos esposas, ó muger y concubina. Tambien se dice persona torpe en nuestra materia el infame con infamia de hecho, cuya opinion por razon de su oficio, vida ó costumbres se halla manchada entre las personas graves y honestas: la propia meretriz ó concubina, el hijo espurio de algun sacerdote (no otro cualquiera simplemente natural, por no ser tan odioso ni reprobado), el jugador, el borracho, el alcahuete, el ganapan,¹ el representante ó persona que por el interes hace ostencion al pueblo de alguna habilidad suya ó espectáculo, y otros cuya designacion queda al arbitrio del juez (núm. 38): siendo digno de notar que en el fuero de la conciencia puede cualquiera instituir á un extraño persona honesta y de buena opinion, y preterir al hermano y consanguíneo pobre, porque segun la ley ninguna legítima se le debe (núm. 39).²

1 En atencion á que S. M. ha declarado por su Real Cédula de 18 de Marzo de 1783, que el oficio de curtidor, de sastre, de zapatero y otros á este modo son honestos y honrados, y que su uso no envilece al que los ejerza ni á su familia, con otras varias declaraciones favorables á dichos oficios, no se tendrán por infames ni en la presente materia ni en otra alguna los mozos de cordel, los ganapanes y cualesquiera otros que aunque ejerzan mecanismo en grado superior, se ocupen en cosa por sí inocente y beneficiosa al Estado (Véase al Señor Elizondo en el 4. tom. de su Práct. univ. for. pág. 193. núm. 76. y pág. 208. núm. 98).

2 La contraria opinion lleva el Autor en la ley 8. de Toro núm. 4. (núm. 38).

CAPITULO XII.

De los legados.

1. Explicada la materia universal de las últimas voluntades se ha de hablar finalmente de los legados. Por derecho antiguo se diferenciaban estos de los fideicomisos así en la forma como en el efecto; y aunque subsiste la diferencia en cuanto á lo primero, porque el legado se deja inmediatamente dirigiendo las palabras al mismo legatario; v. gr. *lego á Francisco ciento*; y el fideicomiso se deja con palabras oblicuas dirigiéndolas al heredero y gravándolo á dar alguna cosa á otro; se derogó la diferencia en cuanto á lo segundo, por haberse igualado los legados y fideicomisos, de suerte que cuanto tenga lugar en los unos, ha de tenerlo en los otros (núm. 1).

2. El legado es cierta donacion que se deja por el testador y ha de prestarse por el heredero (núm. 3.) la cual puede hacerse solamente con señales que manifiesten la voluntad de aquel, como por ejemplo el movimiento de la cabeza ó de los hombros: debiendo el escribano ó notario escribirlas para que despues se pueda probar y colegir el ánimo del difunto (núm. 2).

3. Si el testador entrega el legado al legatario sin expresar que lo hace por causa de haberlo antes dejado en su testamento, se convierte en una donacion pura y por todos conceptos se reputa tal; pero si lo entrega con expresion de la causa referida permanece legado, teniendo lugar en él cuanto se halla dispuesto sobre este, aunque el dominio pasa al legatario que lo recibe por el título general *pro suo* á causa de haberse dejado anteriormente, como cuando el deudor bajo condicion paga antes de verificarse esta; asimismo en el medio tiempo antes de la muerte del testador lucra los frutos (núm. 4).

4. Al legatario se deben todos los frutos percibidos por el heredero, muerto el testador antes ó despues de la adición, por retrotraerse al tiempo de la muerte; mas no se deben los percibidos por el mismo difunto, en atención á que consta de su voluntad que antes no quiso obligarse; sino es que legó la cosa con sus frutos y emolumentos (núm. 5).

5. Consistiendo el legado en cosa cierta en especie, pasa *ipso jure* despues de la muerte del testador el dominio al legatario sin tradición alguna, y de consiguiente le compete la reivindicación, siempre que el difunto fuese dueño de la cosa; pues si solamente era poseedor de buena fé no se trasfiere mas que el cuasi dominio y acción publiciana, que tampoco se traspasa al legatario, si el testador tenia la cosa sin título, ó título sin habersele entregado la cosa, por no competarle entonces á este, ni uno ni otro. Y ademas de la reivindicación compete al legatario la acción personal é hipotecaria aun despues de la ley 1, tít. 4. lib. 5, de la Recop. en la que se dispone que se deban los legados, aunque no se ada la herencia: porque sin embargo de que no interviniendo adición, no hay cuasi contrato del cual resulta la acción ú obligación personal entre el heredero y legatario, ni acción hipotecaria mediante á que no puede subsistir sin la personal, compete á este último una acción personal dativa que se llama *condictio ex lege* ó á lo menos el oficio del juez, á los cuales se agrega la hipotecaria. Así mismo consistiendo el legado en servidumbre ú otro derecho incorporal, *ipso jure* se traspasa sin tradición; pero si el legado consiste en una cosa en género ó en cantidad tan solo, competen al legatario las acciones personal é hipotecaria, no la reivindicación por no transferírsele el dominio antes de la entrega (núm. 7).

6. No vicia el legado el error respecto de la cosa legada

en el nombre propio impuesto por beneplácito de algun particular, como por algun motivo conste del legado, porque con la voluntad solamente puede mudarse; mas si lo vicia el error que consiste en el nombre apelativo ó comun impuesto por la misma naturaleza ó derecho de gentes, á no ser que la cosa legada se halle presente y manifiesta, como si el testador diga de un buey: *lego este presente caballo*; porque la presencia y vista de la cosa quita todo defecto y error (núm. 9. ley 28. tít. 9. part. 6).

7. El legatario pierde la cosa legada ocupándola por su propia autoridad despues que el heredero ha adido la herencia y tomado la posesión de la cosa legada, porque pretende causa lucrativa y ofende la libertad del testador; si bien es cierto que aquel que ocupa por su propia autoridad la cosa propia ó debida por otro título, no pierde su derecho si no es que interviene violencia espulsiva: debiendo limitarse la espuesta doctrina en el caso de que el testador diese licencia al legatario para que la ocupase autoritativamente, pues no incurre entonces en pena alguna; como así mismo en caso de que este, sea ejecutor del testamento, mediante á que del mismo modo que tiene facultad para pagar á otros la tiene para pagarse á sí mismo (núm. 10).

8. Como valen los legados y todo lo demas contenido en el testamento y codicilos, aunque no se ada la herencia por testamento ni abintestato, segun dispone la citada ley 1. tít. 4. lib. 5. de la Recop. y hemos dicho en varios lugares, no tendrá lugar en el dia la cuarta falcidia (núm. 11. vers. *Hodie tamen*).¹

¹ Siguen esta opinion Spino y Cevallos, pero lo contrario juzgan mas probable y verdadero el Señor Molina (*de primog. lib. 1. cap. 17. núm. 10.*). Matienzo, Pichardo, el Señor Castillo y otros muchos autores (núm. 13. vers. *Hodie Falcidiam*).

9. No tan solo puede reconvenir el legatario al heredero ó herederos, sino tambien al albacea si acaso lo nombró el difunto, para que pida la cosa legada al heredero, ó la tome de la herencia y la entregue, aunque no se le deje ningun lucro, por bastar solo la aceptacion del oficio que se le impuso: advirtiéndose que los ejecutores testamentarios no pueden por su propia autoridad tomar los bienes hereditarios, venderlos y pagar con su valor sino es que el testador lo mande ó permita, ó son ejecutores universales constituidos por el difunto para distribuir los bienes entre pobres; bien es verdad que no obstante la licencia del testador, los albaceas particulares deben antes requerir á los herederos, preguntándoles en qué bienes, de qué modo ó forma se puede cumplir la voluntad del difunto para que se les perjudique lo menos que ser pueda (núm. 12).

10. Si el difunto legó alguna cosa agena con ciencia de serlo (cuya prueba incumbe al legatario por ser causa de su intencion), vale el legado, mas si ignorándolo sucede lo contrario, siempre que el legatario no sea conjunta persona dentro del décimo grado, sirviente propio ó amigo muy íntimo, porque se presume que aun sabiendo ser agena, legaria á todas estas personas (núm. 13).

11. Legando el testador la cosa de su heredero, bien sea con ignorancia, bien sin ella, vale el legado, aunque no se transfiera *ipso jure* el dominio en el legatario, como si hubiese legado una cosa propia, y debe restituir la cosa legada el heredero que fué gravado especialmente á ello; pues si habiendo muchos herederos todos son gravados llanamente á la restitucion de la cosa de uno, este queda obligado tan solo á prestar la cosa ó su estimacion á proporcion de su parte hereditaria, quedando libres los demas herederos por lo respectivo á las otras partes, si la cosa se dejó con ignorancia por ser agena, no de otra suerte (núm. 14).

12. Cuando el testador lega llanamente la cosa en que solo tiene alguna parte ó derecho, este se conceptúa legado únicamente, bien sea real, bien personal, bien se deje el legado á persona conjunta, bien á persona estraña, bien con ciencia, bien con ignorancia de aquel; aunque sí pertenecerá enteramente al legatario, si el testador la legase toda, ó toda la consiguiese despues, á no ser que aquel hiciese espresion del dominio ó derecho diciendo: *lego mi cosa ó el derecho que me pertenece*. Y en tanto es esto verdad, que aun sin embargo de que el tal derecho se estinga con la muerte, no se estiende á mas el legado: por cuyo fundamento si el testador lega llanamente la cosa en que tan solo tiene el usufructo, se contempla legado este únicamente, y de consiguiente como ha de perecer con su muerte, nada se debe al legatario; mas siendo la cosa agena y teniendo en ella tan solo la detencion ó posesion el testador, se debe recurrir á la mencionada distincion de si es sabedor ó ignorante: bien entendido que esta doctrina se estiende tambien al caso de que el derecho del testador no sea adquirido de presente sino debido por alguna esperanza probable; de lo cual se infiere que si instituye muchos herederos, ó impone á uno de ellos el gravámen de que preste á otro una cosa hereditaria, se considera gravado solamente á dar su parte sin obligacion de redimir las demas de sus coherederos (núm. 15).

13. El aumento que tenga la cosa legada propia del testador, pertenece al legatario siempre que no conste de la voluntad contraria de aquel; pero si se legó la cosa agena con ciencia de serlo, ni el aumento ni la estimacion de este le pertenecia. Asimismo la disminucion de la cosa legada es en perjuicio del legatario, y por tanto si el testador enagena parte de la que legó, lo que resta se debe al legatario: siendo digno de adven-

tir que legando el testador algun oficio, que habian de comprar los herederos, como antes de que estos hagan la entrega; lo compre el legatario, podrá recuperar de ellos el precio y todos los gastos, asi necesarios como acostumbrados á hacerse para tomar la posesion del oficio y ejercerlo (núm. 16).

14. Los herederos están obligados á pagar los legados con respecto á sus porciones hereditarias, del mismo modo que tienen que satisfacer las deudas del difunto, y de suerte que aunque alguno no tenga para pagar, los otros no quedan gravados: debiendo esto entenderse aun cuando los herederos fuesen muchos y el testador hubiese dicho: *mi heredero pague á Francisco ciento*; y aun siendo reconvenidos con la accion hipotecaria por las cosas del difunto; pero debe limitarse en varios casos. El primero, cuando el testador mencionó á los herederos no con nombres apelativos sino con los propios, pues entonces quedan obligados por partes iguales, y si son llamados con ambos nombres, se ha de mirar al que precede (*Véase la nota del cap. 5. y núm. 19. de este comp.*) El segundo, cuando son gravados tan solo algunos herederos, porque estos satisfarán los legados únicamente, atendiéndose la espuesta distincion. El tercero, cuando el difunto gravó á los herederos alternativamente diciendo: *mando á Diego y á Manuel mis herederos, que den cierta cosa á Pedro*; en cuyo caso cada uno de ellos queda obligado *in solidum*, de modo que el legatario puede reconvenir á cualquiera, y si alguno paga no puede pedir la parte al coheredero, sino que la porcion de aquel no fuese suficiente para la satisfaccion; bien que si la alternativa se pone entre los legatarios, se resuelve en conjuntiva y á cada uno se debe la mitad, á no ser que pertenezca al heredero la eleccion de pagar á quien quiera. El cuarto, en el legado individuo en que todos quedan obligados. Y el quinto, cuando el legado consiste en

cosa y especie cierta cuyo dominio pertenece al legatario y la posee un solo heredero; pues este únicamente puede ser reconvenido con la accion reivindicatoria ó hipotecaria por la misma cosa y no por otras del testador (núm. 17).

15. Si teniendo el testador muchas cosas de un mismo género, pero de diverso valor, v. gr., muchos caballos ó fundos, lega uno á un amigo y otro á otro, siempre que haya discordia, deberá elegir el que primero fué mencionado, por juzgarse el mas querido del difunto (núm. 18).

16. Legando el testador simplemente doscientos al hijo ó hija que se espera nacer, aunque nazcan muchos no se deben mas de unos doscientos que han de dividirse entre ellos; pero si se legan distributivamente diciendo: *si algun hijo ó alguna hija nazca, le lego doscientos*; á cada uno se debe esta cantidad. Y lo mismo sucede cuando el testador lega en plural á sus hijos ó á los hijos de algun tercero que se esperan nacer, la dicha cantidad, siempre que se use de alguna diction distributiva: porque en caso de duda la proposicion indefinida que equivale á universal, se ha de entender colectivamente, sin que haya diferencia en cuanto á este punto entre los hijos nacidos y los que se esperan nacer (núm. 19).

17. Si el testador lega á uno alguna cosa simplemente é *in solidum*; y despues la lega á otro del mismo modo, se ha de dividir entre los dos por partes iguales, y si el uno sucede al otro, puede aceptar la cosa por su persona y repudiarla por la del colegatario ó al contrario, si acaso respecto de una se impuso gravámen y no respecto de la otra; si no es que conste manifiestamente haber querido el difunto que uno consiguiese la cosa y otro su estimacion, pues entonces el legatario que sucede al otro, ambas cosas puede conseguir por hacer las veces de dos. Lo propio sucede cuando una misma cosa se lega á di-

versos en diferentes testamentos y uno sucede al otro, median-
te á que por un testamento obtiene la cosa y por otro su esti-
macion. No obsta el concurso de dos causas lucrativas, por-
que no se verificó originalmente en una persona (núm. 20).

18. La parte cuotitativa de bienes, v. gr., la tercera ó
cuarta que lega el testador á cierta persona, se ha de satisfacer
de los bienes propios hereditarios, sin que el heredero tenga
arbitrio de pagar con estos ó con la estimacion, segun aconte-
cia por derecho romano. Esto se comprueba eficazmente con
la *ley 20. de Toro (hoy la 4. tít. 6. lib. 5. de la Recop.)*, en la
que se halla dispuesto que el hijo mejorado en el tercio de sus
bienes ó el extraño á quien se deja el quinto, obtengan uno y
otro en los bienes hereditarios, y que los demas hijos ó nietos
no puedan decir que quieren pagarlo en dinero. Y aunque la
citada ley habla únicamente en el caso de que el padre haga
testamento entre sus hijos ó descendientes, instituyéndolos por
herederos y mejorando á alguno en el tercio ó dejando el quin-
to á un extraño, se debe estender al caso de que el testador
instituya á una persona extraña y á otra deje una parte cuoti-
tativa de bienes, en atencion á que la ley nueva que habla so-
bre un particular se estiende á los demas semejantes: mayor-
mente cuando es de creer que precisando la ley á los hijos ó des-
cendientes á entregar el quinto en los bienes hereditarios con
mas motivo precisaria á un extraño á satisfacer en estos la
parte cuotitativa cualquiera que sea, pues la referida ley habla
solamente del quinto, porque habiendo descendientes no se pue-
de dejar mas á un extraño (núm. 21).

19. Los frutos de la cosa legada se deben desde la muer-
te del testador, si fué propia de este y consiste en especie, por
cuanto pasa el dominio inmediatamente al legatario: si consiste
en cosa genérica ó agena, no se deben sino desde el tiempo de la

mora por no trasferirse el dominio, sucediendo lo propio por la
misma razon en la cuota ó parte de bienes legada; y última-
mente si el legado consiste en universidad como en un hato de
ganado, se deben los frutos desde el tiempo de la muerte, ó
por mejor decir, desde el tiempo que se hizo el testamento,
porque se reputa un mismo cuerpo y legado, de forma que el
legatario no puede aceptar una res y repudiar otra (núm. 22).

20. Si el testador lega un hato propio en el cual se halla
cierta cabeza agena bien lo sepa, bien lo ignore, no se entiende
legada esta, así porque legado el hato no se conceptúa legada
cada una de sus cabezas, como porque en duda se presume le-
gar tan solo el derecho que se tiene; mas si por el contrario,
todas las cabezas son ajenas á escepcion de una, ignorándolo
el testador, no se debe mas que la propia, y teniendo ciencia
todas se deben ó su estimacion (núm. *dic. vers. Circa quod.*)

21. Cuando el testador deja algun legado inútilmente por
falta de solemnidad ó por otra causa, y despues en otra dispo-
sicion solemne lo repite diciendo: *item lego ciento ó tal cosa*; se
juzga repetido y confirmado el primer legado inútil. Y si
precediendo un legado útil ó inútil, se sigue otro á favor de la
misma persona ó de otra diversa con alguna diction que in-
duzca repeticion, la cualidad del primer legado v. gr., una con-
dicion, se conceptúa repetida en el segundo; pero esto debe en-
tenderse cuando es de tal clase la cualidad que muy bien se
puede poner respecto de ambas personas en género, y así-
mismo cuando se deja el segundo legado con una oracion im-
perfecta, como si el testador dijese: *lego á Francisco un caba-
llo y ademas lego al mismo ó á Pedro un buey*. Tambien se
entiende repetida la cualidad hallándose en el segundo legado
y no en el primero: de todo lo cual se colige que si un testigo
hizo alguna declaracion nula en cierta causa, y despues en la

misma ó en otra diversa se refiere á lo que antes declaró, vale su dicho (núm. 23).

22. Puede legarse la cosa que no ecsiste; pero se espera ecsistir, así como se puede vender, donar &c.; y aunque el tal legado es condicional con respecto á la accion ú obligacion, por cuanto no nace hasta que la cosa ecsista, mediante la tácita condicion intrínseca legal, no lo es para impedir la trasmision (núm. 24).

23. Poniéndose alguna carga ó gravámen en el legado tan solo es válido en lo que resta despues de cumplido el gravámen: en cuya atencion si al hijo incapaz de adquirir fuera de cierta parte de bienes ó de los alimentos se le deja algo mas gravándolo en el exceso, valdrá sin duda el legado: lo cual se confirma con que en el contrato de venta se debe la alcabala con respecto al precio en que el vendedor queda deducidas todas las expensas que hizo (núm. 25).¹

24. Si el deudor lega al acreedor la deuda y á este no se le sigue utilidad, es de ningun momento el legado; mas siguiéndosele sucede lo contrario. Bajo de este supuesto valdrá el legado de la deuda si esta era condicional ó *in diem* y el legado puro ó hecho simplemente: si al deudor competia alguna excepcion: si la deuda consistia en cierta cosa ó especie, porque legándose se trasfiere el dominio: y en otros casos semejantes: siendo digno de advertir que aunque el legado de una deuda pura y líquida, cuya prescripcion corre, sea nulo, no obstante se interrumpe esta, mediante á que se confiesa la deuda (núm. 26).

25. Legando el deudor alguna cosa al acreedor, no se en-

¹ Por la ley 1. tit. 17. lib. 9. de la Recop. es cierto que la alcabala debe deducirse de todo el precio (núm. 18. vers. *Licet. quæstio*).

tiende que lo hace con el ánimo de compensar, siempre que la deuda sea voluntaria, como la que dimana de hecho propio ó contrato, y así el acreedor podrá pedir uno y otro, segun se verifica dejando algun legado el marido á la muger, pues no se compensa con la dote, aunque legase la misma suma en número ó cantidad en que esta consiste. Y lo mismo sucede cuando el deudor lega al acreedor alguna cosa hipotecada por la deuda. Pero siendo la deuda necesaria se discurre que se deja el legado con la intencion de compensar, si no consta de lo contrario: por cuyo fundamento legando el padre al hijo ó á la hija, parece que les deja la legítima, ó que compensa con la dote que por ley tiene obligacion de dar á esta; sin que de aquí pueda inferirse que el legado que deja el marido á la muger se computa en la mitad de bienes gananciales, en atencion á que esta no proviene de los bienes del marido, y pertenece á la muger por razon de la promiscua sociedad y trabajo (núm. 27. Véase la ley 16. de Toro).

26. Cuando el fiador lega al acreedor lo que debe por algun deudor, exceptuándose los casos en los cuales puede aquel ser reconvenido sin preceder la escusion, como cuando hizo renuncia de ella, ó el deudor está ausente, ó no tiene de que pagar, es válido el legado respecto del acreedor, mediante á que parece que el fiador remite la excepcion de escusion que le compete. Asimismo es válido el legado respecto del principal deudor, porque se discurre que el fiador desea pagar por él sin esperanza de reconvenirlo, y por tanto el deudor tiene la accion *ex testamento* contra el heredero del fiador á fin de que satisfaga la deuda y lo deje libre, aun sin embargo de que el testador no espresase que el deudor no fuera reconvenido; bien que lo dicho debe entenderse en el caso en que el fiador legase especialmente al acreedor la deuda, mas no si en general di-