

jese que se paguen todas sus deudas; pues entonces no se contempla que lega lo que debe en nombre ageno, sino lo que debe en nombre propio, á no ser que deba solamente como fiador (núm. 28).

27. Si lega el testador simplemente algunas monedas que pueden entenderse de un valor ó de otro, se ha de interpretar la mente del difunto por seis notables conjeturas, es á saber, por su uso y modo de hablar, por la costumbre del pueblo ó religion en que se versa, por la dignidad del legatario, por el afecto que á este tenga el testador, por el parentesco que medie entre los dos y por las cláusulas anteriores ó siguientes del mismo testamento; pues si en la cláusula precedente ó posterior la moneda legada se tomó por cierto precio, legándose antes ó despues se ha de tomar por el mismo (núm. 29).

28. Dejando el testador á cierta persona todas las cosas de un mismo género con alguna cualidad que se halla en unas y no en otras, como si dijese: *lego todos mis siervos con el peculio que tienen*, no teniéndolo alguno de estos; sin embargo todos se deben, porque la mencion de la cualidad se hizo para que se debiese juntamente con lo principal, no para que tan solo se comprendiesen en el legado las cosas en que se halla; si bien es cierto que esto no puede correr, cuando hable el testador con limitacion diciendo: *lego los siervos que tienen peculio*; pues en este caso aquellos que lo tengan se contienen únicamente en el legado (núm. 30).

29. Debiéndose alguna cantidad respecto de cierta especie, como esta perezca, queda libre el deudor en cuanto aquella: y así aunque legando el testador una cosa á dos *in solidum* á uno se debe esta y á otro su estimacion, perteneciendo la eleccion al que primero contestase el pleito; si á uno se le paga la cosa y perezca fortuitamente, se libra el heredero con respecto

al precio que habia de prestar al otro. No obsta que el deudor de cantidad no se libra perezca ésta, ni aun perezca todos sus bienes, porque en el caso de que hablamos, el precio ó estimacion no se debe simple y absolutamente sino con respecto á la misma cosa para que su valor se preste á otro: quedando libre el heredero, si por ventura redime la cosa del primero á quien se pagó y la dá al segundo, como si le entregase la estimacion. En este supuesto faltando la cosa, juntamente se libra tambien el heredero en cuanto á su precio, mediante á que se debe con respecto á la cosa si ésta no se paga: mayormente cuando es necesario que permanezca para que se pueda tasar y estimar. Tampoco obsta que perezca la cosa vendida aún antes de la tradicion, no se libra el comprador de satisfacer el precio, sin embargo de que se debe respecto de la cosa vendida: porque en este caso y otros semejantes que pueden proponerse, se debe el precio simple y absolutamente, aunque se originó y causó respecto de la cosa, y por tanto el deudor no se libra entregando ésta, ni se requiere su existencia para que se estime ó aprecie (núm. 31).

30. Si el testador lega alguna cosa en género inferior que tiene ciertos fines determinados por la naturaleza como un buey ó un caballo, teniendo de estos debe elegir el legatario alguno que sea de un precio medio, y no teniendo, el heredero debe hacer la misma eleccion. Todo lo cual se entiende cuando el testador lega simple y absolutamente, no si dirige sus espresiones al heredero ó legatario, porque en este caso elegirá la cosa que quiera, aunque sea la mejor. Si la cosa legada en género no tiene fines determinados, por consistir en número ó medida, como si se legasen ciertas medidas de trigo y el testador dejó de este género en su patrimonio, de él debe satisfacerse; y no dejando el heredero ha de comprarlo y hacer la paga: de cuya doctrina se infiere que perezca sin

culpa del heredero todas las cosas de aquel género contenidas en el patrimonio del difunto, se estingue el legado y no se debe, pues siempre que alguno es deudor no absolutamente sino respecto de la cosa en la que se puede hacer la paga, faltando aquella queda libre, como si fuese deudor en especie. Asimismo se infiere que si el testador enagena voluntariamente las mencionadas cosas, se contempla que revoca el legado: debiendo advertirse que en el presente caso si la elección pertenece al legatario, puede intentar contra los herederos la acción *ex testamento* ó la acción *ad exhibendum*, para que manifiesten las cosas del género que se dejó el legado y tienen en el patrimonio del difunto con el fin de gustarlas y hacer la elección. También se debe advertir que legándose el vino no se comprenden en el legado los vasos grandes que con dificultad se mueven, ni los pequeños con los cuales se muda de un lugar á otro, como v. gr., odres ó tinajas de barro. Y últimamente, si el testador no lega cosa en género sino restringiéndose á las cosas de algun género; v. gr., *lego un siervo de los que tengo*, pertenece absolutamente la elección al legatario: sucediendo lo mismo si dijo: *lego uno de mis Pedros*, teniendo muchos (núm. 32. Véanse los núms. 7, 8, y 9, cap. 11, tom. 2, de este comp.).

31. Dejándose algun legado con la condición de dar cierta cantidad ó cosa, no basta dar una parte de ésta para conseguir otra del legado: ó igualmente muriendo el legatario con muchos herederos, no puede uno dar su parte con el mismo fin, porque todos se reputan una misma persona con el difunto; y así como éste no puede, tampoco aquellos. Pero lo contrario acontece haciéndose á muchos un legado bajo la condición de dar, en cuyo caso es suficiente que alguno ofrezca su parte para obtener otra del legado, siempre que la condición de dar se ponga en la persona de los legatarios; pues

si se pone en la persona de dos ó mas á quienes se ha de hacer la paga, como si se dijese: *lego á Manuel tal cosa con la condición de dar ciento á mis dos herederos*; no basta dar á uno la parte que le corresponde para obtener otra del legado, y por tanto debe satisfacerse á todos (núm. 23. Véase el núm. 31, cap. 10, de este comp.).

32. Cuando el testador lega á una persona cierto fundo que se halla en su patrimonio, y á otra cierta cantidad, y por ventura en la herencia no se encuentra mas que el mencionado fundo, éste se ha de dividir á prorata entre los dos legatarios, y habiéndose hecho la paga por el heredero á uno enteramente, puede el otro reconvenir á éste para la restitución de su parte (núm. 34).

33. Si la cosa legada ó puramente ó bajo condición es agena, y el legatario la compra ó adquiere del verdadero dueño ó de otro tercero, bien en vida del testador, bien después de su muerte, bien con ciencia, bien con ignorancia, puede pedir la estimación; pero si la compra al heredero, ni aún el precio puede pedir por ser visto renunciar el legado. Y si la cosa es propia del testador y legada *in diem*, ó bajo condición, comprándola ó adquiriéndola el legatario del heredero, pendiente la condición con ciencia ó ignorancia, en vida ó después de la muerte del testador, bien puede pedir el precio hasta el cumplimiento de la condición, como también si la cosa propia del testador se legó puramente y el legatario la adquiere del heredero con ignorancia, viviendo ó habiendo fallecido el testador; pues si la obtiene del mismo sabiéndolo, pierde el legado, porque se juzga que lo renuncia (núm. 35).

34. Los legados puestos en la institución se entienden repetidos en caso de duda en la substitución, sea vulgar, pupilar ó fideicomisaria, y por tanto lo contrario sucede constando de la voluntad del difunto espresa ó tácitamente, como cuan-

do cesa la causa porque mandó el difunto al heredero entregar á otro alguna cosa. Asimismo si el testador lega á Francisco diez para que los satisfaga el instituido, y despues al dicho otros diez para que los pague el sustituto, se contempla repetido el legado, y no se deben ambas cantidades: y si el testador hubiese dicho genéricamente que se paguen por el sustituto todos los legados que deja, se deberán por éste puramente, sin atender al dia ó condicion puesta con respecto al instituido (núm. 36).

35. La condicion puesta en el legado si es casual, en ningun caso pasa al sustituto; pero sí pasa á éste ó á aquel que suceda en el legado, si es protestativa ó mista, á no ser que haga relacion á la persona y no pueda cumplirse por otra: bien es verdad que la condicion puesta en la institucion no se entiende repetida en la sustitucion, de cualquiera clase que la condicion sea (núm. 37).

36. Si lega el testador dos ó mas veces una misma cantidad á un mismo legatario en un mismo testamento y escritura, no se juzga repetida la cantidad y sola una se debe, si no es que se deja por diversos herederos; pues entonces ambas se deben, sean iguales ó diferentes, en atencion á que se juzgan multiplicadas por razon de las diversas personas. He dicho, *en un mismo testamento y escritura*, porque si se lega cierta cantidad en el testamento y despues la misma en los codicilos, ambas se deben legándose simplemente y no por alguna cierta causa. Pero si las cantidades son diversas, hallándose en un mismo testamento y escritura, ó en varias escrituras y disposiciones, todas se han de satisfacer, á no ser que se encuentren en diferentes escrituras principales y originales de un mismo testamento, en cuyo caso se ha de estar á la menor, y siendo una escritura original y otra registro, se ha de mirar á éste. Y últimamente, es regla general en la

materia que variando el testador el modo de legar á una misma persona en la cantidad, cualidad, condicion, tiempo, lugar y causa, siempre se entienda multiplicado el legado si no consta de lo contrario (núm. 38).

37. Mas si se lega muchas veces cierta especie mueble ó inmueble por medio de un heredero, una vez tan sola se debe la misma cosa ó su estimacion: lo cual tambien acontece cuando despues el tal heredero en su testamento lega la misma cosa al mismo legatario, pudiendo éste elegir en virtud de qué testamento quiere intentar la accion correspondiente. Y si la cosa se deja por medio de muchos herederos simplemente, tan solo una vez se debe por uno ó por otro; pero si se lega por medio de cualquiera *in solidum* en una ó en muchas escrituras, uno está obligado á la cosa, y otro á la estimacion, en tales términos, que si el legatario consigue primeramente la cosa de uno, no puede despues obtener del otro la estimacion, por concurrir dos causas lucrativas en una misma persona, y si consigue antes la estimacion, puede conseguir posteriormente la cosa. Lo propio se verifica legándose la misma cosa por diversos testadores, y pidiendo en virtud de todos los testamentos: porque si se consigue primeramente la cosa, se consigue todo el derecho pleno y el dominio debido que no recibe aumento, no si consigue la estimacion, que se diferencia mucho de la cosa y se consume con facilidad, por lo que no parece que se satisface plenamente al legatario (*dic. núm. vers. Si veró eadem res vel species*).

38. De la doctrina espuesta se infiere, que si el legatario obtiene de algun tercero la cosa legada por título lucrativo, no puede conseguir mas en virtud del legado, mediante á que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa: debiendo estenderse lo dicho en el núm. 33, en quanto á la adquisicion por título oneroso al caso de que se adquiera por

el mismo *prodiviso ó indiviso* parte de la cosa legada enteramente; y al caso que se adquiriera toda la cosa habiéndose legado solo una parte. Asimismo se infiere, que si á uno se lega en un testamento una cosa en género que ha de comprar el heredero, y otra tambien en género en el testamento de otro, ambas se deben al legatario, por no concurrir dos causas lucrativas en una misma cosa, sino en diversas: y es de advertir que si el testador lega á uno parte del fundo y despues al tal el mismo fundo simplemente, todo éste se debe (*dic. vers. hasta el fin del número*).

39. Legando el testador alguna cosa propia con ciencia de hallarse hipotecada, está obligado el heredero á redimirla, y si casualmente lo ignoraba, tiene la dicha obligacion el legatario, si no es que por su parentesco ó otra cualidad suya pueda presumirse que aun sabiéndolo se la hubiera legado (*ley 11, tit. 9, part. 6*); bien es verdad que si la cosa hipotecada lo está por tanto precio quanto es su valor, indistintamente deberá redimirla el heredero, en atencion á que de otra suerte seria inútil el legado (*dic. ley*). Tambien se halla obligado el heredero á redimir la cosa legada hipotecada, si ésta era del legatario, porque se conceptúa que el difunto le legó indistintamente el derecho que le faltaba, es á saber, la deuda por que se hallaba obligada (*núm. 39 al princip. y al fin vers. Item adde*).

40. Si el heredero ó cualquiera que tiene alguna cosa sujeta á restitucion puramente, *in diem* ó bajo condicion, como el poseedor de algun mayorazgo, el marido respecto de la dote, el inquilino y otros semejantes, hace en el ínterin algunas expensas, puede recuperarlas de aquel á quien se haga la restitucion, mediante á que se juzga que no las hizo con ánimo de donar: debiendo mirarse v. g. el valor del edificio con respecto al tiempo de su restitucion, no con respecto al tiempo

en que se hizo. Y no tan solo le compete la retencion por las expensas, sino tambien la condicion *indebiti* despues de haber restituido para repetir la cosa y retenerla, por la deuda; bien que en órden á las expensas debemos distinguir. Si son necesarias, siempre pueden recuperarse; y si son útiles, solamente en tres casos, es á saber, cuando la persona á quien se restituye la cosa las hubiera hecho; cuando sea rica, y de consiguiente no le sea molestosa la satisfaccion; y cuando hubiera de venderla inmediatamente: siendo digno de advertir que aunque el poseedor de buena fé tiene obligacion de compensar los frutos de la cosa con las mejoras hechas en ella, no la tiene el poseedor y dueño de que se habla, por hacerlas en virtud del dominio que tiene en la cosa (*núm. 40. Véase al Gom. en la ley 46 de Toro, núms. 1, 2, 3 y 4*).¹

41. Legándose simplemente algun area, se debe igualmente el edificio que despues se haga sobre ella como aumento de la cosa legada, y si se destruye la cosa que se legó, se debe el area que resta como parte de ella; sin que obste que muerto algun animal que se habia legado, no se debe ninguna de las partes que restan, porque esto se verifica en atencion á que faltando el alma sensitiva, que se juzga la parte principal, la demas como accesorias perecen y no se deben; bien que esto tiene únicamente lugar aconteciendo la muerte en vida del testador, no si acaece despues, por haberse hecho ya la cosa del legatario y deberle pertenecer lo que restase, segun ha de observarse cuando el animal se debe puramente, *in diem* ó bajo condicion por contrato oneroso, ó por contrato lucrativo, siempre que perezca purificada la obligacion, pues si perece

¹ Por la citada *ley de Toro*, que es la 6, *tit. 7, lib. 5 de la Recop.*, el sucesor del mayorazgo no debe pagar las expensas necesarias ni útiles hechas en la cosa vinculada (*núm. 43, vers. Illatio ista*).

antes de llegar el día ó de cumplirse la condicion, no se deben las partes restantes. Pero si sobre el area que resta hizo el testador algun edificio, no constando de su contraria voluntad, no se debe éste por ser una nueva casa, ni el area, por ser parte de un edificio que no fué legado, y aun por la misma razon tampoco se debe destruido el segundo edificio: lo cual se entiende cuando en un todo se destruyó la casa y se erigió de nuevo, mas no si se iba destruyendo por partes y fué reedificada, en cuyo caso se debe el area con el edificio, porque se contempla el mismo que se legó aunque renovado (núm. 41).

42. Cuando el testador deja algun prelegado á varios de sus herederos instituidos en partes desiguales, se dividirá igualmente entre ellos, si los llamó por sus nombres propios, v. g. á Pedro y á Francisco, mis herederos, mando &c., y si los mencionó por nombres apelativos, diciendo: á mis herederos Pedro y Francisco &c., se dividirá con respecto á las porciones hereditarias (núm. 42. Véase el núm. 19, cap. 5 de este comp. y su nota).

43. Si habiéndose instituido muchos herederos y legado ciento, por ejemplo, á Francisco, exime de esta prestacion el testador á alguno de sus herederos, los demas deben satisfacer los cumplidamente (núm. 44).

44. Si el testador dijo que Pedro, su amigo, reciba veinte para que manumita su siervo, ó preste cierta cosa á Francisco, el heredero y no el siervo ó legatario ha de satisfacer la insinuada cantidad; pues aunque la impersonalidad ó incertidumbre en las palabras dispositivas por parte del deudor, vicia el acto en los contratos, no en las últimas voluntades, por entenderse gravado á prestar el heredero. Y por el contrario, si al legatario ó fideicomisario impone el testador el gravámen de dar alguna cosa sin espresar á quién, se entiende que ha de entregarse al heredero ó herederos á prorata

(num. 45. Véase el núm. 6, cap. 11, tom. 2 de este comp.).

45. No se puede conferir en la voluntad del heredero el legado, como si el testador dijese: *lego á Juan tal cosa, si quisiere mi heredero*: esceptuándose los legados píos y de libertad, que no obstante son válidos. Tampoco puede conferirse en la voluntad de un tercero, porque seria una voluntad captatoria, sin embargo de que se puede conferir en la voluntad de un tercero el contrato, por no reprobarse en él lo captatorio; pero sí puede dejarse el legado al arbitrio del heredero, pues entonces si fuere justo y equitativo se debe, aunque aquel no lo arbitre, mediante á que mas bien parece cometido al arbitrio de un buen varon. Igualmente puede dejarse al arbitrio de algun tercero, ó por palabras que lo denoten, y se deberá el legado si lo arbitra: sucediendo lo mismo cuando se lega bajo la condicion potestativa de un tercero, como v. gr. *si hiciere viaje á Cádiz*. Y finalmente, tambien puede conferirse el legado en la voluntad del legatario (núm. 47).¹

46. La eleccion de la persona del legatario entre personas inciertas á ninguno puede cometerse, como si dijera el testador: *lego ciento á quien eligiere Francisco*; pero sí la eleccion entre personas ciertas; v. gr. *mando tal cosa á uno de mis hijos que eligiere mi heredero*: en cuyo caso, aunque el heredero ó comisario sea gravado á elegir á uno solamente, puede escoger algunos de ellos, y por el contrario si es gravado á elegir á algunos, puede escoger á uno tan solo, aun siendo indigno, si no es que le fué cometida la eleccion por palabras que denotasen arbitrio, porque entonces debe elegir el digno y preferirlo á los demas: debiendo admitirse al legado todos aquellos entre quienes habia de hacerse: la eleccion, si el he-

¹ Disputase si por la ley 31 de Toro, que es la 5, út, 4, lib. 5 de la Recop. se ha derogado esta doctrina (núm. 50, vers. Sed est controversia).

redero ó comisario no eligiese: y pudiendo estos hacer la eleccion en presencia ó en ausencia de la persona electa, en vida ó en muerte, y únicamente delante de dos testigos, mediante á que no es disposicion por sí, sino sola una declaracion: sin que sea de omitir que la persona electa no se dice que recibe de mano del que elige, y sí del primer testador que dispuso (núm. 48).

47. Tambien es válido el legado que se deja á los pobres de tal pueblo, parroquia ú hospital que eligiere el heredero ó comisario, admitiéndose si éstos no eligen, todos los pobres del tal pueblo &c. Asimismo es válido el legado por favor de la causa pía, cuando se manda elegir ó distribuir entre los pobres, sin asignar pueblo ó parte, aunque no se elija, y si en el lugar donde se hizo el testamento, hay hospital, á él se entregará el legado: si hay muchos, al mas pobre, y si ninguno se halla, el obispo ó su vicario lo dividirá entre los pobres del dicho lugar: sucediendo lo mismo en lo que se deje para redencion de cautivos (*ley 20, tit. 3, part. 6*); bien que en el dia por derecho canónico se comete indistintamente la elección al obispo ó su vicario, para que haga la distribucion entre los pobres del referido pueblo ó de otro, haya ó no en él hospital: siendo digno de advertir que sin embargo de que el testador no manifieste espresa ó tácitamente la cantidad, distribuirá el comisario la correspondiente á la cualidad de la persona y del patrimonio (*dic. núm. vers. Ex quibus infertur*).

48. Legando el testador cuanto tiene en tal cámara ó lugar, se entienden tambien legadas todas las cosas que allí se pusieren despues por el testador ó por otro de mandato suyo, mas no las que incluyese el legatario ú otro cualquiera, ignorándolo el testador (núm. 49): y si habiendo legado el testador el trigo que tiene en su casa, lo consume durante su vida

y pone otro en el mismo lugar, se debe de éste igual cantidad la que se legó y fué consumida, por juzgarse subrogado en lugar del primero, conforme á la intencion del testador (núm. 50).

49. Si el testador lega á Pedro quanto tendrán los herederos, percibirá aquel la mitad de la herencia y éstos la otra mitad: aconteciendo lo propio si legó á Pedro tanto quanto tendrá el heredero, porque la proposicion indefinida equivale á la universal; pero si le lega quanto tendrá un heredero, se debe únicamente la menor parte en que sea instituido uno de los herederos. Y en el caso de que el testador simple y absolutamente grave á sus herederos, á dar v. gr. ciento á Francisco, esta cantidad se ha de satisfacer por todos, y cada uno no ha de dar una diversa: lo cual tambien se verifica por la espuesta razon, cuando el testador dijo: *mi heredero dé &c.* mas lo contrario acontece si se valió de palabras distributivas diciendo: *cualquiera pague* (núm. 51).

50. No puede gravar el testador al que no deje alguna utilidad pecuniaria, sin embargo de que le haga algun otro beneficio considerable, como si lega al siervo el derecho de patronato, ó al acreedor alguna cosa mueble ó inmueble que le debe por contrato, con lo cual se le trasfiere el directo y pleno dominio; si bien es cierto que puede gravar á la persona que disfrute el cómodo del favorecido, ó á la que se repute una misma cosa con éste, por ejemplo, al heredero del heredero ó al padre del heredero: y en atencion á lo dicho, si el testador lega cierta cantidad á alguna, vale en ella el gravámen, y si grava en mas no vale el legado en el esceso. Pero si grava á cierta persona á que restituya alguna cosa suya percibida cierta cantidad, es válido el gravámen aunque la cosa sea de mayor precio, porque parece que la estima en tanto quanto percibe: lo cual no sucede cuando el testador lega alguna cosa