

utilizarse de su producto, deberá restituir al fideicomisario los frutos que hubiese percibido que excedan del importe de la cuarta (1).

§ 4.º

Cláusulas de fideicomiso universal.

En esta cláusula debe expresar el testador el nombre del heredero ó legatario á quien se grava con la restitucion; el de la persona á quien quiere se entregue la herencia ó el legado, á pesar de que esto no es esencial; pues el testador puede confiarlo á la honradez y buena fe del fiduciario, en cuyo caso puede ordenarle que haga la restitucion á favor de las personas que le ha comunicado, lo cual sin embargo está muy expuesto á fraudes y á que el fiduciario, abusando de la confianza del testador, no cumpla sus disposiciones. Tambien deberá expresarse en esta cláusula la parte de la herencia ó la cosa que forma el fideicomiso, así como igualmente el dia, la condicion ó el modo que el testador quisiere señalar. La cláusula pues de un fideicomiso universal, deberá redactarse en esta forma :

Nombro é instituyo por mi único y universal heredero de todos mis bienes, derechos y acciones, á N. de N., vecino de tal parte, y le ruego ó quiero ó mando (pues cualquiera de estos términos puede usarse), que los tenga, goce y disfrute tanto tiempo, y que trascurrido este los entregue á M. de M., vecino de tal parte, para que libremente los herede y disfrute.

La cláusula de un fideicomiso singular se extenderá en una forma parecida á la que se acaba de expresar.

(1) Ley 8, tít. 11, P. 6.

CAPITULO VII.

DE LAS MANDAS Y LEGADOS.

§ 1.º

Razon del método.

Despues de haber tratado con el detenimiento que permite la naturaleza de esta obra lo concerniente á la institucion de heredero, debemos ejecutar lo propio con las mandas y legados, cuyo uso es tan frecuente, que apénas se presenta testamento que no los contenga, principalmente desde que se han establecido los que tienen el nombre y carácter de forzosos. Por esta razon pasamos á exponer las nociones que son necesarias para el recto otorgamiento de las cláusulas en que se hacen. Es, pues, el legado una dádiva hecha en testamento, codicilo ú otra última disposicion, con que el testador desmembra ó disminuye su herencia para un fin piadoso ó en obsequio de un tercero que se llama legatario (1).

§ 2.º

Personas que pueden hacer y percibir legados.

Para la firmeza y validez de la manda ó legado, se requiere capacidad en el que lo hace y aptitud en aquel á cuyo favor se constituye. Tienen, pues, la capacidad para hacer legados, los que tienen la facultad para testar; y careciendo estos de herederos forzosos, pueden invertir todos sus bienes en mandas y legados del modo y en la forma que hubieren por conveniente; mas si tuviesen herederos forzosos que sean sus descendientes, únicamente podrán distribuir en legados el quinto; si fueren ascendientes solo el tercio, por ser las expresadas cuotas las que en los casos referidos pertenecen al testador, y por consecuencia las únicas que pueden servir de

(1) Ley 1, tít. 9, P. 6.

objeto á los legados (1). Estos pueden dejarse á todos los que no tienen prohibicion de ser herederos (2).

§ 3.º

Cosas que pueden servir de objeto á los legados.

Pueden legarse todas las cosas que existen en la naturaleza ó pueden existir, ya sean corporales, ya incorporeales, ya sean presentes, ya futuras, como los frutos que han de nacer de tal campo, con tal, empero, que estén en el comercio del hombre. Así es que pueden legarse las cosas propias del testador y tambien las ajenas, á fin de que las compre el heredero ; y si no puede lograrlo, entregará al legatario su estimacion, á no ser que el testador ignorase que eran ajenas ó que el legatario ya las hubiese adquirido por otro título lucrativo, en cuyos casos el legado de cosa ajena no produce efecto alguno (3). Tambien pueden servir de objeto de los legados las cosas empeñadas ; y si el testador legase una cosa que estaba empeñada por todo su precio ó por una cantidad mayor, el heredero la debe redimir y entregarla libre al legatario, aunque el testador ignorase que estaba empeñada. Pero si el importe de la deuda á cuya seguridad estaba obligada la cosa legada era menor que el precio de esta, solo tendrá el heredero la expresada obligacion cuando el testador sabia que estaba empeñada, pues si lo ignoraba, la obligacion de redimirla incumbe al legatario (4). Como las cosas incorporeales se pueden legar, de aquí es que los créditos y sus deudas pueden servir de objeto á los legados. Legado de crédito es aquel que consiste en mandar entregar al legatario lo que al testador debe un tercero. En este caso el heredero está obligado á endosar el crédito á favor del legatario, cediéndole todas sus acciones. El de liberacion consiste en mandar entregar al legatario lo que este debe al testador, debiéndose en consecuencia de esto devolverse al legatario el documento

(1) Leyes 1 y 8, tit. 20, lib. 10, N. R.

(2) Ley 1, tit. 9, P. 6.

(3) Leyes 10, 12, 43 y 44, tit. 9, P. 6.

(4) Ley 11, tit. 9, P. 6.

justificativo de la deuda, la cual de esta suerte queda remitida ó perdonada (1). El legado de deuda es el que tiene lugar cuando el testador lega á su acreedor lo que le debe ; v. gr., lego á Pedro los mil pesos que me prestó ó que le debo. Los efectos que produce este legado son : 1.º el hacerse pura la deuda si era condicional : 2.º el que el acreedor legatario adquiere hipoteca en los bienes del difunto, si el débito era solamente quirografario : 3.º que se hace líquida la deuda que ántes no lo era ; y 4.º que el acreedor puede pedir la cosa en virtud del testamento, aunque le falten pruebas, y el heredero está obligado á pagar la deuda, aunque esta no sea cierta (2).

§ 4.º

Diversas especies de legados.

El legado puede ser de género, de especie y de cantidad. El legado genérico es aquel que consiste en designar el testador la clase á que pertenece la cosa legada ; pero sin expresar el nombre, señal y circunstancia que la determina é individualiza, v. gr. : lego un caballo, lego una casa. El de especie ó específico, es aquel en que el testador puntualiza y determina la cosa, v. gr., lego tal caballo ó tal casa. Y el de cantidad, es el mismo género determinado por el número, v. gr. : lego cuatro caballos, dos casas. Entre estas distintas especies de legados existen las siguientes diferencias. El legado genérico puede ser de cosas, cuyos límites están marcados por la naturaleza, como por ejemplo, un caballo, ó por obra de los hombres, como por ejemplo, una casa. En el primer caso si el testador tenia en su patrimonio varios caballos, la eleccion corresponde al legatario, pero no puede elegir el mejor. Si el testador no tenia entre sus bienes la cosa de esta suerte legada, la eleccion pertenece al heredero, quien deberá comprar una que sea mediada ó regular para cumplir con la voluntad del testador. En el segundo caso debe observarse si el testador que

(1) Leyes 15 y 47, tit. 9, P. 6.

(2) Leyes 19 y 20, tit. 9, P. 6.

hace el legado tiene varias casas ó si solo tiene una ó tal vez ninguna; pues en esta última hipótesis el legado no vale; en la segunda debe entregarse al legatario la única casa que el testador poseía, y en la primera el heredero está obligado á entregar cualquiera de ellas en cumplimiento del legado (1). Si el testador lega una de dos cosas á eleccion del legatario, en cuyo caso el legado se llama de opcion ó eleccion, puede escoger la que mejor le parezca; pero una vez hecha la eleccion, no puede arrepentirse. Y si la eleccion se dejase al arbitrio de un tercero y este por cualquier motivo no escogiese dentro de un año, el derecho de eleccion recae en el legatario (2). El legado de especie no estando sujeto á condicion, produce el efecto de trasferir en el legatario el dominio de la cosa legada en el momento que se verifica la muerte del testador, de tal modo que no solo debe entregarse la cosa, sino tambien todo lo que le pertenece á ella y el aumento que haya tenido desde que se hizo el legado (3), y los frutos que hubiere producido desde la muerte del testador, puesto que en el dia no es necesaria la aceptacion de la herencia para la validez de los legados (4). Por la misma razon de ser el legatario dueño de la cosa especificamente legada, si esta se destruye ó muere sin culpa del heredero, perece para el legatario (5): lo contrario sucede con el legado genérico y de cantidad; pues el género y la cantidad nunca perecen con respecto al legatario, quien por estos legados no adquiere el dominio de la cosa sino despues que se haya verificado su entrega, corriendo hasta este acto todo el riesgo por cuenta del heredero.

§ 5.º

De las mandas forzosas.

Dividense tambien los legados ó mandas en forzosas y voluntarias. Estos son los que el testador hace por solo un

(1) Ley 23, tit. 9, P. 6.

(2) Ley 25, tit. 9, P. 6.

(3) Ley 37, tit. 9, P. 6.

(4) Ley 1, tit. 18, lib. 10 de la N. R.

(5) Ley 4, tit. 9, P. 6.

efecto de su liberalidad: los forzosos, por el contrario, son aquellos que los testadores tienen la obligacion de dejar en sus testamentos por tenerlo así determinado las leyes. De esta clase son los que se dejan para la redencion de cautivos y conservacion de los Santos Lugares. En estas mandas se atiende á la práctica del país, y su importe es proporcionado á los bienes y voluntad del testador, pero no han de pasar de treinta y seis maravedises, á ménos que sea este pobre de solemnidad.

§ 6.º

Distintos modos de hacer legados.

Los legados pueden hacerse puramente, bajo condicion, á dia cierto, con causa, con demostracion y con modo. El legado puro es válido desde que se verifica la muerte del testador, desde cuyo momento puede tambien pedirse y reclamarse (1). En el convencional se observa las mismas reglas que dejamos expuestas en el capítulo segundo de este título, cuando hablamos de las condiciones. El legado á dia cierto es aquel que se hace señalando el dia en que el heredero debe entregarlo y el legatario pedirlo. Este adquiere derecho al legado desde la muerte del testador; así que, si muere ántes de que llegue el dia designado, trasmite su derecho á sus herederos. Si el dia es incierto, se considera condicional (2). El legado *causal ó remuneratorio* es el que el testador hace expresando la causa, la razon ó motivo para hacerlo, v. gr.: lego á Pedro mil duros porque administró bien mis negocios. La falsedad de esta causa no vicia al legado, á no ser que el heredero pruebe que el testador no lo hubiese hecho si hubiera sabido que no era cierta la causa en consideracion á la que lo hacia (3). El legado *con demostracion* es aquel que se hace refiriéndose ó reseñando las circunstancias ó cualidades distintivas de la cosa legada. Por regla general, la falta de certeza en la demostracion tampoco invalida al legado como no sea relativa á la esencia de la cosa,

(1) Ley 31, tit. 9, P. 6.

(2) Leyes 31 y 34, tit. 9, P. 6.

(3) Leyes 20 y 21, tit. 9, P. 6.

v. gr., decir latón en lugar de oro (1). El *modal* ó con modo, llamado por otro nombre oneroso, es el que se hace para cierto y determinado objeto. Para que se ejecute la entrega de este legado, es necesario que el legatario preste fianza de que cumplirá fiel y exactamente la voluntad del difunto, ó que haya llenado el objeto ó fin por que se hizo, si así lo hubiere dispuesto el testador, en cuyo caso no se verificará la entrega ni aun cuando preste dicha fianza (2).

§ 7.º

En qué instrumentos puede hacerse legados, y modos con que se extinguen.

El legado no solo puede dejarse en testamento, sino tambien en el poder para testar, en codicilo y aun en lo que se llama memoria testamentaria, con tal que en esta concurren los requisitos que para su validez son necesarios, y que se expresarán en el capítulo siguiente. Hecho el legado en cualquiera de estos instrumentos, es válido, y debe por consecuencia pagarse, á no ser que se halle extinguido, lo que sucede por revocacion expresa (3) ó tácita, que es la que se infiere de hechos que demuestran la voluntad del testador de invalidarlos, como por ejemplo, de la innecesaria enajenacion de la cosa legada, la voluntaria exaccion de la deuda en el legado de crédito y en el de liberacion (4), y de otros hechos de igual naturaleza. Tambien se concluye el legado, siendo específico, con la pérdida ó destruccion de la cosa, verificada esta sin culpa del heredero por las razones expuestas en el párrafo anterior (5); y asimismo se extingue muriendo el legatario ántes que el testador ó ántes de cumplirse la condicion, si fuere condicional ó lo renunciare, ó por último, si se imposibilitase de otra suerte para poderlo recibir: en todos estos casos se en-

(1) Ley 23, tit. 9, P. 6.

(2) Ley 21, tit. 9, P. 6.

(3) Ley 89, tit. 9, P. 6.

(4) Ley 13, tit. 9, P. 6.

(5) Ley 41, tit. 9, P. 6.

tiende que falta el legatario, y el heredero por lo tanto se libera de la necesidad de cumplirlo. Mas esto debe entenderse cuando no tenga lugar el derecho de acreedor, pues si procediera la *acrescencia*, como sucede en el caso de legarse una cosa á dos ó mas personas, las cuales por esta razon se llaman *conjuntas*; faltando uno de los legatarios, su porcion acrece ó aumenta la del colegatario con quien se encontraba unido (1). No sucede lo mismo en las herencias, pues como dejamos manifestado en su respectivo lugar, no es necesaria la institucion de heredero para la validez de un testamento (2); el derecho de acrecer habiendo varios herederos, llamados á la misma porcion de la herencia, solo tiene lugar cuando consta haber sido esta la voluntad del testador.

§ 8.º

De la cuarta falcidia.

Para completar la lijera exposicion de la doctrina legal concerniente á los legados que en el presente capítulo se hace, nos ha parecido oportuno indicar algunas ideas sobre la cuarta falcidia, por la sencilla razon de que ella puede en algunas ocasiones formar parte de la cláusula en que se hacen los legados. El heredero, á quien no le queda libre la cuarta parte de la herencia por hallarse gravado con muchos legados, tiene el derecho de extraer proporcionalmente de cada uno de ellos lo que le falte para completar la cuarta. Esta cuarta es la que se llama falcidia, y el heredero no la puede extraer de los legados siguientes: 1.º de los legados piadosos: 2.º de los legados en testamento militar: 3.º de los de cosa cierta que hiciera el testador, prohibiendo al legatario que la venda ó enajene (3). Tambien cesa el derecho de sacar esta cuarta cuando lo prohibe el testador, cuando el heredero no hizo inventario, cuando sin hacer la deduccion empezase á pagar los legados, creyendo que le quedaba libre la cuarta, á no ser que despues de empe-

(1) Ley 33, tit. 9, P. 6.

(2) Ley 1, tit. 48, lib. 10 de la N. R.

(3) Leyes 4 y 6, tit. 11, P. 6.

zar á pagar íntegros los legados, aparezca una deuda grande del difunto, cuya existencia hasta entónces se ignoraba, pues en este caso bien podrá sacar la cuarta de los que todavía no hubiese pagado; y finalmente, cesa cuando el heredero maliciosamente rompiere el testamento ó los legados para que no valiese, y cuando por sentencia se declara que habia hurtado ú ocultado algunas cosas legadas por el testador (1).

§ 9.º

De la cláusula de legado.

En esta cláusula debe el testador manifestar con claridad el nombre del legatario, la cosa ó cantidad del legado, y las demas declaraciones que sobre el particular quiera hacer en conformidad á lo expuesto en los párrafos anteriores. Ella se extenderá en estos ó parecidos términos:

Lego á N. de N., la casa que poseo en tal parte (aquí las señas), pues es mi voluntad que la goce, disfrute y disponga de ella libremente.

La cláusula de las mandas forzosas se puede redactar en esta forma:

Lego por las mandas llamadas forzosas la limosna ó cantidad acostumbrada (si es que el testador no quisiere legar una cantidad mayor que la señalada por la ley ó costumbre).

CAPITULO VIII.

DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS.

§ 1.º

Qué sea memoria testamentaria.

El uso de las memorias testamentarias es muy frecuente en la práctica, la que tiene establecido que en ellas puedan

(1) Leyes 6 y 7, tit. 11, P. 6.

hacerse varias disposiciones de última voluntad, con tal que se guarde en su otorgamiento la doctrina que vamos á exponer. Es, pues, memoria testamentaria un escrito privado hecho separadamente del testamento y al que el testador se remite como parte de su expresado testamento. La autoridad de las memorias testamentarias no ha sido establecida por la ley. La costumbre sola es la que les ha dado el valor que tienen y universalmente se les atribuye.

§ 2.º

Disposiciones que pueden hacerse en estas memorias.

El testador puede en ese papel simple que forma con separacion á su testamento, declarar el nombre del heredero que en el mismo ó en el poder para testar haya instituido, y asimismo ponerle las condiciones y gravámenes que se anunciaron, pero que no se expresaron en aquellos documentos. Mas si el heredero no se instituyó en el testamento, ó no hubiere el testador anunciado en él que queria sujetarlo á las condiciones ó gravámenes que expresaria en la memoria, estas disposiciones no serian válidas ni el contenido de aquella deberia cumplirse, segun la opinion de los autores, quienes afirman que en las memorias solo pueden hacerse las referidas declaraciones cuando ya se anunciaron en el testamento.

§ 3.º

Requisitos esenciales para la validez de las memorias.

Para que la memoria testamentaria sea válida, es necesario que el testador la cite ó haga mérito de ella en su testamento, ó poder para testar, bien expresamente ordenando que sea válida la memoria que dejare, bien anunciando las disposiciones que en ella ha de dejar consignadas; esto último, segun hemos manifestado en el párrafo anterior, es indispensable cuando se trata de la institucion de heredero ó de poner condiciones al instituido; para las demas disposiciones, como para hacer le-

gados, basta que el testador anuncie en el testamento que piensa dejar una memoria y que quiere se considere como parte de su testamento. Es asimismo necesario que sobre la certeza y autenticidad de la memoria, no haya ningun motivo de duda, por lo cual es conveniente que el mismo testador la escriba, ó por lo ménos la firme; y por último, muerto el testador, debe protocolizarse con el testamento, de que forma parte, cuya diligencia algunos escribanos acostumbran practicar sin que preceda decreto judicial. Pero teniendo presente los infinitos fraudes á que estas clases de disposiciones están expuestas, nos parece mas acertada y segura la conducta de aquellos que no se prestan á hacer esta clase de protocolizacion sin que antes se haya presentado al juez con este objeto la memoria y el testamento en que se vigoriza, y mandándolo aquel que se protocolice y se dé á los interesados las copias y testimonios conducentes. Este acto judicial es por lo ménos indispensable, segun la opinion de Febrero, cuando el testador previene que preceda auto del juez y cuando hubiere muerto el escribano que autorizó el testamento; pues sin este requisito no deberá su sucesor en el oficio y papeles protocolizarla, ni poner nota de la protocolizacion en el registro del testamento (1). De todos modos, el escribano que satisfecho de la autenticidad de la memoria se resuelve á protocolizarla en su oficio sin auto del juez, debe recoger la copia original del testamento, y anotando en la matriz la existencia de la memoria, dar á los interesados una nueva copia del testamento con insercion literal de la expresada memoria, para que ella siempre corra unida al documento de que forma parte, poniendo en la protocolizacion nota de habérsela entregado el heredero ó la persona que la tuviere en su poder, quienes la deberán firmar, y si no supieren, deberá presentarse al juez para que lo mande, como aconseja Febrero en el lugar citado.

(1) Febrero novísimamente redactado, tom. 2, pág. 8.

§ 4.º

Modo de extender la cláusula del testamento en que se da valor á la memoria.

Si la memoria, ha de tener por objeto declarar el heredero, debe insertarse en el testamento ó poder para testar la siguiente cláusula :

Instituyo por mi único y universal heredero de todos mis bienes, derechos y acciones, á la persona cuyo nombre escribiré de mi puño en un papel ó memoria que se encontrará en tal gaveta, ó entre mis papeles, ó en poder de Fulano.

Si la memoria se hace con el objeto de imponer gravámenes y condiciones al heredero, se dirá :

Nombro é instituyo á N. por mi único y universal heredero de todos mis bienes, derechos y acciones, y es mi voluntad que perciba mi herencia con las condiciones ó gravámenes que expresaré en el papel ó memoria que escrita ó firmada de mi puño dejaré en tal parte.

Mas cuando en la memoria solo se hacen disposiciones de otra clase, como legados, nombramiento, albaceas, etc., bastará se cite en el testamento por medio de esta cláusula :

Es mi voluntad que si despues de mi muerte se encontrase entre mis papeles alguna memoria testamentaria escrita ó firmada de mi puño, con fecha posterior á este testamento y con tales señas (si se quisieren expresar), se guarde y cumpla su contenido, pues quiero se considere como parte de este mi testamento, á cuyo efecto se protocolizará en debida forma, y se pondrá la correspondiente nota en este registro.

§ 5.º

Modo práctico de proceder á la protocolizacion.

Muerto el testador y encontrándose una ó varias memorias que hubiese citado en su testamento, el escribano en los casos expresados en el párrafo 3.º y siempre que quiera evitar toda responsabilidad, hará que los albaceas ó la persona que tenga

interés en la protocolización de la memoria, la presente con el testamento al juez por medio de un escrito, en el que después de hacer una relación sencilla de lo ocurrido, pida que habiendo por presentado el testamento y la memoria de que se trata, se sirva mandar se tenga por parte integral del primero, como si en él se hubiese contenido lo ordenado por el testador en la memoria, y que se protocolice en forma, dándole de todo el correspondiente testimonio. En vista de este escrito, el juez provee el siguiente auto :

Por presentados el testamento y la memoria, la que se rubricará por el presente escribano; y téngase por parte integral de aquel; protocolícense ambos en el registro del referido escribano, dándose á los interesados las copias que pidieren, y anotándose la existencia de la memoria en el registro del testamento para que no se dé copia de lo uno sin el otro. El señor don N., juez de primera instancia de tal parte, lo mandó á tantos de tal mes y año. — Firma del juez. — Firma del escribano.

Acto continuo se notifica esta providencia á los interesados; se pondrá nota en el registro del testamento, y se les dará la oportuna copia ó testimonio literal de todo.

CAPITULO IX.

DE LOS ALBACEAS.

§ 1.º

Qué sea albacea.

El cabezalero, mansesor ó albacea, como mas comunmente se le llama, es aquel que tiene á su cargo hacer cumplir y ejecutar lo que el testador ha ordenado en su testamento ú otra última disposición (1). Es de tres clases, testamentario, legítimo y dativo. El testamentario, como lo indica su mismo nombre, es el nombrado por el testador en su testamento ú otra última disposición; el legítimo, el que por derecho debe cumplir la voluntad del testador, y tal es el heredero; y dativo,

(1) Ley 1, tit. 10, P. 6.

es aquel que el juez nombra de oficio cuando el testamentario y legítimo no quieren cumplir la voluntad del difunto. El testamentario y dativo puede ser universal ó particular. Será particular, si solo es nombrado para cumplir lo concerniente al alma del finado, ó para otra cosa particular; y universal, el nombrado para ejecutar en todo las disposiciones contenidas en el testamento, quien deberá hacer inventario formal ante escribano y testigos, y dar cuenta de lo recibido y gastado aun cuando el testador le releve de ello, según la opinión de Febrero.

§ 2.º

Quiénes pueden ser albaceas.

Toda persona presente ó ausente, varón ó mujer, clérigo ó lego, y aun religioso que no sea franciscano, con tal que tenga licencia de su superior, pueden ser nombrados albaceas, siempre que sean mayores de diez y siete años, que es la edad suficiente para poder ser procurador extrajudicial (1). El cargo de albacea no es obligatorio; pero una vez aceptado, debe desempeñarse con exactitud y probidad, pudiendo en caso contrario ser amonestado primero, y después removido por el juez, y perder por este motivo, no siendo hijo del testador, lo que este le hubiese dejado (2).

§ 3.º

Deberes y atribuciones de los albaceas.

El albacea que tuviere el testamento del difunto, debe mostrarlo al juez en el término de un mes, bajo la pena de perder á favor del alma del testador la manda que se le hubiere dejado, ó de pagar los daños y dos mil maravedises para el fisco si no se le hubiere dejado ninguna manda (3). Asimismo debe circunscribirse á las facultades que el testador le hubiere con-

(1) Ley 2, tit. 10, P. 6.

(2) Ley 8, tit. 10, P. 6.

(3) Ley 5, tit. 18, lib. 10 de la N. R.