

## CAPITULO DECIMOCTAVO

*De las mandas ó legados.*

- §. 1. ¿Que es manda, y quien la puede hacer?
2. Se dividen en *forzosas y voluntarias; genéricas y específicas.*
3. Las mandas ó legados pueden hacerse de varias maneras.
4. En el legado hecho *puramente* corresponden tres acciones al legatario.
5. ¿Que es legado á *dia cierto*?
6. Cual se dice á *dia incierto*?
7. Si el legatario muere antes de llegar el dia, pasa el legado á sus herederos.
8. Caso en que se transmiten los legados á *dia incierto* á los herederos del legatario.
9. Caso de un legado hecho á una hija natural que muere antes de tomar estado.
10. Resolucion del caso antecedente.
11. Del legado condicional.
12. La condicion es expresa ó tática.
13. Diferencia entre la condicion de hecho y de derecho.
14. De los legados modales.
15. Cumplido el precepto del testador adquiere dominio irrevocable el legatario.
16. Legados hechos por demostracion.
17. Legados causales.
18. El legado causal vale, aunque ignore el testador la falsedad de la causa.
19. De los legados alternativos.
20. Las condiciones copulativas deben cumplirse todas.
21. Las condiciones copulativas que miran á un mismo fin, no es preciso que se cumplan todas.
22. La condicion puesta á muchos basta que la cumpla uno de ellos.
23. La condicion se debe cumplir en forma específica.
24. Cuando hay duda sobre si la condicion impuesta al legatario se entiende tambien con el sustituto, debe estarse á la negativa.
25. En las condiciones potestativas pasa la obligacion al sustituto.
26. En todo legado se ha de entregar la cosa legada con todas sus pertenencias.
27. Al legatario toca sufrir igualmente el menoscabo que hubiere.
28. Caso en que no tiene lugar el legado de una casa.
29. El testador puede legar los bienes de su heredero.
30. Excepcion de la doctrina antecedente.
31. Pueden tambien legarse las cosas ajenas.
32. Igualmente puede legarse la alhaja que está empeñada.
33. Al dueño de una alhaja empeñada por deuda en poder del testador, puede este legar la alhaja referida.

34. El testador puede legar á su acreedor la deuda pendiente.
35. Pueden legarse las cosas que no estan nacidas.
36. El heredero debe buscar á su costa la cosa legada.
37. Las cosas incorpóreas pueden tambien legarse.
38. El que lega una cosa en que no tiene pleno derecho, no lega otra cosa que la accion que en ella compete al legante.
39. Consecuencias de la antecedente doctrina.
40. En el legado de dos cosas de una misma especie en favor de dos individuos elegirá el primer legatario.
41. Cuando se hace un legado á un hijo futuro, y nacen dos, ¿que se debe hacer?
42. Otro caso semejante.
43. Caso en que un legatario tiene derecho al valor del legado, y al legado mismo.
44. En el caso anterior se ha de pedir el precio antes que la cosa.
45. En el legado de varias cosas con sus accesorios, ¿que regla debe seguirse?
46. ¿Como se ha de entender el legado de lana y lino?
47. Cuando de dos cosas legadas á diversos individuos no se encontrase una, partirán entre sí el valor de la otra.
48. La cosa legada dos veces no debe entregarse mas que una.
49. Si un testador lega en codicilo á un sugeto igual cantidad á la que habia legado al mismo en el testamento, llevará una y otra.
50. El legado de ropas y otros efectos se entiende de los que tiene el testador cuando hace el tal legado.
51. ¿Que diferencia hay entre legar á los hijos ó á las hijas de otro.
52. Lo aumentado sin conocimiento del testador á la cantidad legada no se comprende en el legado.
53. Los efectos que se agreguen á otros que han sido legados por estar en sitio determinado, no serán del legatario.
54. En el legado del trigo que tiene el testador en su panera, se entenderá el que aparezca al tiempo de su muerte.
55. El legado de valor igual á la herencia se cumplirá partíendola el heredero y el legatario.
56. ¿Cuando estarán los herederos obligados á pagar el legado *in solidum*?
57. ¿Cuando estarán obligados á pagarle á prorata?
58. Otro caso de un legado, en que el testador exime de su pago á uno de los herederos.
59. El legado hecho á dos herederos desiguales se dividirá por igual.
60. Si un legado con gravamen se menoscaba, se hará rebaja en el gravamen.

61. No puede el legado aceptarse y repudiarse á medias.
62. Excepcion de la doctrina antecedente.
63. Nuevo caso en que hay igual excepcion.
64. Los herederos del legatario no pueden aceptar y repudiar á medias su parte.
65. El legado concebido en diferentes cláusulas puede ser en parte aceptado y en parte repudiado.
66. Lo mismo sucede si una cláusula sola comprende cosas distintas.
67. El legatario que elige entre dos cosas no puede volverse atras.
68. Si no se convienen en la eleccion dos legatarios, echarán suertes.
69. Si el legatario compra la cosa legada subsiste el legado, á menos que la compre al heredero, sabiendolo á ciencia cierta.
70. Lo mismo sucede cuando el legado es condicional.
71. Si el legatario compra al heredero la cosa legada, con ignorancia, tiene derecho á su valor.
72. El legado á que está obligado el heredero obliga tambien al sustituto.
73. El testador puede legar á su deudor el importe de la deuda.
74. La confesion de deuda en testamento basta para el legado; pero no se estima prueba suficiente en favor del acreedor como deuda.
75. En la liberacion de deuda no se entiende mas que lo vencido.
76. El legado de liberacion de deuda puede ser de cuatro modos.
77. Efectos del legado de liberacion de deudas.
78. El legado que se ha de entregar á voluntad del heredero, debe entregarle, muerto este, el que le suceda asi que entre en la herencia.
79. Tambien puede legarse la libertad.
80. El legado hecho á un muerto, creyéndole vivo, no se trasmite á su heredero.
81. El que deja mas de cinco hijos, ¿podrá legar el quinto de sus bienes á un extraño?
82. Si un testador teniendo hijos legitimos lega el quinto á dos extraños ¿cual legado de estos será el que valga?
83. Dicsion de este caso.
84. Sobre el mismo asunto.
85. ¿En que punto debe entregarse la cosa legada al legatario?
86. Los legados debe hacerlos el legante por si mismo.
87. ¿Que ha de hacer el escribano con las memorias testamentarias en que hay legados?
88. No puede legarse lo que es propio de los reyes sin su permiso, ni tampoco los edificios ni otros bienes comunes de los pueblos.

89 No se pueden legar al inepto los castillos y heredamientos Reales.

90. Los legados por señas son nulos.

1. **L**a manda ó legado es una dádiva que hace el testador en su testamento ó codicilo en favor de alguno, ó por bien de su alma. Todo el que es apto para testar, lo es también para hacer legados, y el que no tiene prohibición de ser heredero puede adquirirlos (1); pero aunque la tenga al tiempo que se hace el legado, si al del fallecimiento del testador carece de ella, se le considera idóneo para admitirle (2) (\*). Por tanto no pueden percibir mandas el deportado ó desterrado para siempre, ni los hijos varones del traidor contra el Rey ó el estado; pero se exceptúan de aquella regla los condenados á servir por tiempo ó por toda su vida en las minas ú otras obras Reales, á quienes aunque incapaces de ser herederos, les permite la ley obtener legados (3). Además si el testador deja alguna manda al que nombra por tutor de sus hijos, la perderá sino acepta este encargo (4).

2. Los legados ó mandas se dividen en *forzosas* y *voluntarias*. *Forzosas* se llaman las que están impuestas como un gravamen de la herencia, y son cierta contribución para objetos pios, como la conservación de los santos lugares de Jerusalem, redención de cautivos, y otros semejantes. En ellas se atiende á la práctica del país, y su importe es proporcionado á los posibles y voluntad del testador; pero no han de bajar de treinta y seis maravedis, á menos que sea un pobre de solemnidad. En Madrid y dentro del radio de ocho leguas es manda forzosa dejar por lo menos cuarenta y ocho maravedis en favor de los santos hospitales de aquella Corte (\*\*). *Voluntarias* son las que dependen de la voluntad del testador; y de estas unas son *genéricas* y otras *específicas*. Las *genéricas* son las que no designan cosa alguna individual y determinada, y también las que están sujetas á número, peso y medida, como trigo, aceite, un caballo. Las *es-*

1 Ley 1. tit. 9. Part. 6.

2 Ley 1. tit. 9. Part. 6.

\* Legatario es aquel en cuyo favor se hace el legado.

3 Ley 4. tit. 3. Part. 6.

4 Ley 17. tit. 7. Part. 6.

\*\* En Real cédula de 16 de setiembre de 1813 se mandó que todos los testamen-

tos que se otorgasen en esta monarquía, contengan una cláusula de manda forzosa, á saber, de doce reales de vellón en las provincias de la Península é islas adyacentes, y tres pesos en las de América y Asia, á fin de aliviar á las familias que hubiesen padecido en la guerra de la independencia.

*pecíficas* denotan individualmente la cosa legada, como *la casa que tengo en tal calle, ó el caballo negro*, dando de ella tan terminantes y claras señales que no dejen duda. En las *genéricas* no adquiere dominio el legatario hasta el momento en que el heredero se las debe entregar; pero en las *específicas* lo adquiere desde la muerte del testador.

3. De seis maneras puede hacer los legados el testador: 1.<sup>a</sup> puramente; 2.<sup>a</sup> á dia cierto; 3.<sup>a</sup> con condicion; 4.<sup>a</sup> bajo de cierto modo; 5.<sup>a</sup> con alguna señal ó demostracion; y 6.<sup>a</sup> con causa (1).

4. Se entiende hecho puramente el legado, cuando el testador lega alguna cosa ó cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion ni calidad, que suspenda el pedirlo ni entregarlo: y asi al que alega no ser puramente hecho, incumbe la obligacion de probar la condicion, dia ó calidad puestos en él. Tres acciones (que son *personal por testamento, hipotecaria y reivindicacion*, segun sea el legado) competente al legatario, á quien se hace puramente, contra el heredero del testador. De suerte que si es específico se trasfiere su dominio en el legatario inmediatamente que fallece el testador, aunque aquel muera antes que el heredero de este entre en la herencia ó tome posesion de ella, y no haya tradicion de la cosa legada, y por consiguiente le compete la reivindicacion como dueño (2). Y si es genérico ó de cantidad, le compete accion personal é hipotecaria; pero no la de reivindicacion ni otra real, porque antes de su tradicion no hay traslacion de dominio (3).

5. Se dice legado á dia cierto, cuando el testador lo hace (ya sea de cosa ó cantidad) señalando el dia ó tiempo en que se ha de entregar, y se puede pedir; en cuyo legado, v. gr. *mando á Pedro cien ducados para la próxima Navidad*, antes que llegue el dia nace la accion de pedirlo y la obligacion de pagarlo, y se trasfiere su dominio en el legatario y sus herederos despues de muerto el testador, aunque el legatario fallezca antes que el heredero acepte la herencia (4): asi puede pagarlo este antes que venga el dia ó tiempo prefinido; porque es preciso que llegue, y toca al legatario como dueño por la traslacion de dominio.

6. Y si el dia es incierto, v. gr. *mando á Pedro cien pesos para cuando cumpla veinte y cinco años, ó Juan tenga veinte*, ninguna accion ni obligacion nace hasta que viene el dia; porque puede no verificarse y se estima por condicion; y asi há lugar en

[ 1 Ley 2. tit. 4. Part. 6.  
2 Ley. 34, tit. 9. Part. 6.

3 Gom. cap. 12. cit. num. 7. per tot.  
4 Ley 34. tit. 9. Part. 6. cit.

este legado lo que en el condicional, en el cual es preciso cumplirla para percibirlo, porque el día incierto hace condicion en los testamentos (1), y antes que el día llegué no se trasfiere el dominio de la cosa legada en el legatario. Previniendo que si el testador deja al menor algún legado ó fideicomiso para cuando sea de edad legítima, ó pueda administrar sus bienes, se entiende para cuando tenga veinte y cinco años. Lo cual procede aunque impetre la venia para su administracion (2).

7. Pero si el legatario muere antes que llegue el día, pasa á sus herederos el legado, como si fuera puro (3) (\*). De lo cual se sigue que si el testador hace legado en estos términos: *lego á María cien ducados, los que tendrá en su poder mi heredero, y se los entregará cuando tome estado*, y muere la legataria antes de tomar estado, se trasmite á sus herederos: lo primero, porque el legado hecho bajo de esta condicion se hace pura ó simplemente, y despues se difiere su solucion para el tiempo de tomar estado; en cuyo caso no contiene condicion, sino día y dilacion para pedirlo ó entregarlo; y lo segundo, porque siempre que la condicion no se impone á la sustancia del legado sino á su ejecucion ó entrega; es trasmisible (4); y asi en este caso la voluntad del testador no fue privar de él á la legataria por no tomar estado, sino antes bien en cualquier evento beneficiarla, y que incontinenti adquiriese derecho á él; y para que no lo gastase, que su heredero lo tuviese en depósito mientras lo tomaba, pues de lo contrario lo expresaria; por lo que muerta la legataria, se trasmite á su heredero el legado, y se le debe entregar, porque cesó la causa de tenerlo en su poder el depositario.

8. Haciendo el testador muchos legados, y diciendo en el mismo testamento, que quiere se entreguen despues de la muerte de su muger, si los legatarios fallecen antes que esta, ¿se transmitirán ó no á sus herederos? Parece que sí, porque el día incierto está puesto á la tradicion de ellos, y no hace relacion á la disposicion testamentaria. Pero en este caso se debe distinguir: si el testador habla sin adversativa, v. gr. diciendo: *y quiero que dichos legados se entreguen despues de la muerte de mi muger* se transmitirán por las razones expuestas á los herederos de los

1 Ley 31. tit. 9. Part. 6.

2 Gom. ibid. num. 58.

3 Gom. ibi. num. 57. vers. *Aliquando, et secundo.*

\* Cuando el legado es del usufructo de alguna finca, nunca pasa á los herederos

del legatario, á menos de expresarlo así el testador, porque este legado es personal por su naturaleza.

4 Mantic. de conjetur. lib. 11. tit. 18. num. 21.

legatarios que murieron antes. Y si se explica con adversativa, v. gr. *pero quiero que no se entreguen, sino despues de la muerte de mi muger*, no se transmitirán; porque la palabra *sino* tiene la naturaleza de adversativa y exclusiva, y por ella se constituye condicional el legado: y como los legatarios murieron antes de verificarse la condicion, no adquirieron derecho à los legados: por lo que tampoco sus herederos lo tendrán (1).

9. Si el padre teniendo hijos legítimos mandó á una hija natural, v. gr. mil ducados para casarse, cuya cantidad cabia en el quinto, y antes de tomar estado muere la hija viviendo su madre, parece que los hijos legítimos llevarán el legado, y no la madre: por no haberse cumplido la causa, modo ó condicion puesta por su padre; porque segun derecho no se debe, aunque se deje con nombre de dote; por ser lo mismo el legado hecho bajo condicion, faltando esta, que el hecho bajo de cierto modo, si este no se cumple; y no se debe, pues cesando la causa del legado, que fue el matrimonio, cesa su efecto, y haciéndolo el testador para un efecto no se debe convertir en otro; y asi el hecho por el padre se ha de emplear en el casamiento, y faltando este por muerte de la hija, no deberá tener derecho á él su madre.

10. No obstante lo expuesto, lo contrario se debe hacer: lo primero, porque el legado fue puro y no modal ni condicional, respecto á que dijo el testador, *para casarse*, y no *para que con ellos se casase*: y cuando el modo puesto por el testador mira solamente á la comodidad del legatario, no está obligado este á cumplirlo, ni por este defecto dejará de percibir el legado. Lo segundo, porque el padre puede legar á su hija natural el quinto de sus bienes aunque tenga hijos y otros descendientes legítimos, y esta puede disponer libremente de él segun la ley 9 de Toro. Y lo tercero, porque la hija tenia derecho á los alimentos, y en parte de pago de estos es visto haberle hecho su padre el legado, y asi debiéndosele en vida puede retenerlo, ó su heredero por via de excepcion, la cual concede el derecho á quien da la accion; por lo que aunque la hija no quiera casarse, se la debe el legado, y puede retenerlo y disponer de él (2).

11. *Bajo condicion* se pueden hacer el legado é institucion, v. gr. *lego á Pedro tal alhaja, ó le instituyo por mi heredero, si hiciere esto ó si tal cosa sucediere*. Y para la perfecta inteligencia debo sentar: lo primero, que la palabra *si*, indica condicion;

<sup>1</sup> Castell. en la ley 27 de Toro, num. 45.

<sup>2</sup> Ayor. part. 2. quæst. 7. vers. *Scd nunc incidenter*.

y la *para*, modo (1); lo segundo, que la condicion es un acto ó futuro evento, en el cual se confiere la disposicion, á fin de que sea válida ó inválida. Véase lo que se dijo acerca de la institucion condicional en el párrafo 6 y siguientes del capítulo 2 de este título, pues es la misma doctrina.

12. Solo añadiré que las condiciones no siempre son *expresas*, pues las hay tambien *tácitas*, como si se lega el fruto de una viña, en cuyas palabras se embebe la condicion de que el tal fruto haya de nacer; ó bien cuando la manda consiste en una renta anual, pues se supone que el legatario viva.

13. Tambien debo advertir que cuando la condicion es de hecho, como de ir á cierta parte, ó alcanzar tal dignidad, no basta que se cumpla ignorándolo aquel á quien se impone. Lo que no sucede si la condicion es de derecho, pues con tal que se cumpla, el legatario percibirá su legado, aun cuando lo ignore.

14. Hay tambien legados que se llaman *modales*, y son aquellos en que la cosa legada se deja para un objeto ó fin determinado, v. gr. *dejo á Juan una viña para que con su producto ayude á su madre*. Del legado *modal* al *condicional* hay la diferencia de que en el primero no se suspende la entrega de la cosa, y en el segundo sí (2).

15. Cumpliendo el legatario el precepto del testador, adquiere dominio irrevocable en la cosa legada; pero antes de cumplirle y aunque dé fianza, se le trasfiere solamente el revocable: de suerte que sino se cumple, debe restituirla con frutos (3). El legado *modal* se trasmite á los herederos del legatario, y tambien la obligacion de dar fianza de cumplirle. Cuando hay ambigüedad en las expresiones del testador, deben antes tenerse por *modales* que por *condicionales*.

16. Se hacen tambien los legados con *demonstracion*, lo cual sucede cuando el testador pone á la cosa legada alguna señal, lugar ó cantidad, por la cual es conocida: en cuyo caso si la demostracion es verdadera, vale el legado; y si es falsa tambien vale regularmente, y no la vicia, ni la disposicion en que se hizo, v. gr. *lego á Pedro tal cosa que compré á Juan, ó me donaron*; pues aunque no fuese comprada ni donada, sino adquirida de otra suerte, vale el legado. O si dice: *lego á Pedro tal alhaja porque me hizo tal servicio*; pues sin embargo de que no haya hecho lo que el testador supone, vale el legado y se debe

1 Parlad. differ. 147. num. 1.

2 Gom. lib. 2. *Par.* cap. 11. num. 37.

3 Greg. Lop. ley 21. tit. 9. Part. 6. glos. 10.

al legatario. Y la razon es porque la demostracion ó extrínseca solemnidad puesta en él no es necesaria, por lo que no debe viciarlo, pues la que interviene en algun acto sin que para su validacion se requiera, no lo vicia. Lo cual milita no solo cuando el legado es específico, sino de cantidad, si se lega esta como cuerpo ó especie y existe, pues vale; pero si no existe, es nulo, v. gr. si el testador dice: *lego á Pedro tanta cantidad que tengo en tal arca ó gaveta*, y no se encuentra, no vale el legado, porque no consta de tal cuerpo ó especie legada (1).

17. Pueden asimismo ser *causales* ó hacerse con causa los legados, v. gr. si el testador dice: *lego á Pedro tanta cantidad por haberme hecho tal obsequio*, en cuyo caso vale el legado, aunque no le hubiese hecho el obsequio: pues no se requiere expresion de la causa cuando se hace por mera liberalidad; y asi sin embargo de que sea falsa, no lo vicia ni anula (2).

18. Lo cual se entiende ya sepa ó ignore el testador que la causa es verdadera ó falsa, excepto que su heredero pruebe que á saber que no era verdadera, no haria el legado al legatario; pues entonces esta excepcion lo vicia. Y se puede probar *verdadera ó presuntivamente: verdaderamente*, si el testador lo dijese ó protestase delante de testigos; y *presuntivamente*, cuando la causa mira á la consanguinidad ó afinidad, v. gr. *lego á Pedro tanta cantidad porque es mi consanguineo*, en cuyo caso no siéndolo no vale el legado (3).

19. Y últimamente pueden ser hechos los legados é instituciones con modo alternativo, v. gr. si dice el testador: *Pedro ó Juan sea mi heredero: á Pedro ó á Juan doy ó lego tal cosa ó quiero darla: ó quiero ó mando que sea libre, ó tutor de mis hijos*. En cuyos casos se duda ¿como han de ser admitidos estos nombrados? Y la solucion es que todos sean admitidos igual y copulativamente: porque la alternativa puesta entre personas honradas se resuelve en copulativa. Lo que es al contrario cuando se deja alguna cosa ó una persona sola, diciendo: *á Pedro lego tal ó tal cosa*, pues entonces se estima la ó por disyuntiva, y asi no percibirá mas que una de ellas. Pero es de advertir que lo referido se entiende de este modo: que si el legado ó comodidad que se deja es dividuo, se admite á cualquiera de los legatarios por su parte, y asi entre todos se dividirá con igualdad; y si es individuo, al modo que la libertad, tutela, servidumbre,

1 Gom. cap. 12. num. 74 y 75.

2 Ley 20. tit. 9. Part. 6.

3 Gom. ibi. num. 76.

jurisdiccion, mayorazgo ú otra dignidad, se admite á cada uno en el todo (1).

20. Poniendo el testador al legatario ó heredero muchas condiciones juntas en forma copulativa, que tienen su tendencia á diversos fines, deben cumplirlas todos para adquirir derecho, y poder pedir y percibir el legado ó herencia, v. gr. *mando á Pedro tal cosa, ó le instituyo por mi heredero, si diere tanto á pobres, fuere en romería á tal santuario é hiciere tal iglesia.* Y si las pone apartadas, v. gr. *mando á Pedro tal cosa, si diere tanto á pobres, ó fuere á tal romería,* basta que cumplan cualquiera de ellas, para poder haber y llevar el legado ó herencia, porque estan puestas con modo disyuntivo (2)

21. Lo propio milita cuando aunque esten puestas con modo copulativo, miran á un solo fin, v. gr. *si Pedro muriere sin hijos y fuere presbítero, sea mi heredero Juan, ó sustituyo á Juan:* pues como la mente del testador es proveer de sustituto por la carencia de los hijos, que se induce así del presbiterado como de la muerte, basta que sea presbítero para que se verifique la carencia, y que el sustituto pueda llevar la herencia. Y lo mismo procede en la sustitucion (3).

22. Si pone una condicion á muchos, basta que cualquiera de ellos la cumpla, ó en él se verifique para ser válida la institucion ó legado. Y si instituye muchos herederos ó legatarios á unos con condicion, y á otros sin ella, percibirán estos inmediatamente la parte de herencia ó legado que les toque, como instituidos puros ó simplemente, y aquellos nada, hasta que cumplan la condicion. Lo cual se entiende, excepto que habiendo practicado en tiempo oportuno las conducentes diligencias, no puedan conseguir su cumplimiento, por no pender de culpa suya; pues en este caso es suficiente, que pongan de su parte todos los medios correspondientes á su consecucion, porque se tiene por cumplida la condicion (4).

23. El legatario debe cumplir en forma específica (regularmente hablando) la condicion posible que el testador le impuso, segun quiso, pues no basta que la cumpla de otra suerte, ni en modo equivalente: y la razon es, porque la condicion voluntaria y su cumplimiento consisten en hecho, y este es coheren-

1 Gom. en la 4<sup>a</sup> de Toro, num. 68 *cerca del fin.*

2 Ley 1. tit. 9. Part. 6.

3 Alex. cons. 100, vol. 4. *Incipiens visa*

*parte testamenti.* Greg. Lop. en dicha ley 13. glos. 1.

4 Ley 22, tit. 9. Part. 6,

te á la persona, y no pasa á otro; lo cual es al contrario en la necesaria para la validacion del acto(1).

24. En cuanto á si la condicion puesta al legatario se entiende repetida al sustituto, debe atenderse al significado natural de las palabras del testador, que son las que expresan su voluntad. Conviene advertir que en caso de duda la disposicion se debe reputar simple y pura.

25. Sin embargo si la condicion es de aquellas cuyo cumplimiento pende de la voluntad, que son las que suelen llamar *potestativas*, pasa la obligacion al sustituto, el cual hará cuanto esté de su parte para que la condicion se cumpla. Pero si la condicion es de tal manera que pende del acaso, no se trasfiere. Lo mismo sucede cuando es personal del legatario, como, *con tal que se case, ó que se haga médico*, pues no pasa de modo alguno al sustituto (2).

26. En todo legado no solo debe entregar el heredero al legatario la cosa específica é individual que mandó el testador, sino cuanto á ella pertenezca, y el incremento que haya tenido hasta el dia en que se le entregue, segun lo manda la ley 37. tit. 9. Part. 6. (\*). Esto se entiende, si el testador no ha dispuesto otra cosa. Pero si la cosa legada era agena, y lo sabia el testador, nada se dará al legatario por razon del aumento que pueda haber tenido (3). Tambien se puede legar el usufructo de parte de los bienes del testador por tiempo determinado, como por el de la vida del legatario; y en tal caso la propiedad no pertenece á este, sino á quien haya dispuesto el testador, al cual volverá el usufructo, cumplido que sea el plazo porque fue separado de aquella. Cuando el usufructo se lega por cierto número de años se llama legado ánuo. Se previene que no se puede legar el usufructo sino de bienes propios del legante.

27. Al modo que el aumento de la cosa legada por el testador pertenece á su legatario, le pertenece tambien su disminucion ó menoscabo; por lo que si despues de haberle legado una casa, finca ú otra cosa enagenó parte de ella, no llevará mas que lo que quedó sin enagenar. Y lo propio milita si la casa se arruinó, pues llevará solamente el area ó solar en que estaba edificada, que es el residuo.

1 Gom. cap. 12. num. 77.

2 Gom. lib. 2. Var. cap. 12. num. 37. y 80.

\* Segun la ley citada son del legatario los frutos del legado desde el dia que el

heredero aceptó la herencia, y no desde aquel en que murió el testador, disposicion que no es conforme con el principio que se establece en el párrafo 4.

3 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. num. 16.

28. Pero si el testador la levantó ó reedificó despues de ar ruinada, no tiene derecho á ella el legatario, porque es casa nueva, la cual ni su suelo no le estan legados; y asi es visto haber revocado el legado y mudado su voluntad, excepto que deje algo sin reedificar, pues de esto se le deberá el área (1). Téngase presente que en el caso dicho y en el del número anterior se supone que el legado es una casa, pues si lo que el testador legase fuese no mas que una área ó solar, y luego edifica en ella una casa, esta será del legatario, como aumento sobrevenido al legado (2).

29. Puede legar el testador no solamente sus bienes sino tambien los del heredero que instituye, ya tenga ciencia ó ignorancia de que pertenecen á este, y valdrá el legado, y estará obligado su heredero á entregarlo al legatario ó su estimacion; pero en este no se trasfiere de derecho su dominio, como cuando lo legado es propio del legante.

30. Se entiende lo expuesto cuando no hay mas herederos instituidos que uno, ó aunque sean muchos es gravado especialmente uno de ellos solo á la tradicion del legado; lo que al contrario si son muchos y todos gravados á restituir ó entregar la alhaja que pertenece al uno, pues el dueño de esta por lo que le toca en la herencia solo estará obligado parcialmente á entregarla, ó su estimacion (3).

31. Tambien puede legarse la cosa agena; y si al tiempo de legarla sabe que lo es, y acredita luego esta ciencia el legatario, vale el legado, y el heredero está obligado á comprarla; y si su dueño no quiere vendérsela, á darle su valor. Pero si ignora que es agena, no vale el legado, ni por consiguiente está obligado el heredero á dar su valor ó estimacion al legatario extraño; lo que al contrario si es consanguíneo ó su muger, pues vale, y el heredero debe entregarle su valor, porque se presume que aunque supiera que era agena, se la hubiera legado por la aficion que media entre los dos. Y lo mismo procede si lega lo ageno á un amigo íntimo ó á criado suyo, pues ya sepa ó no que lo es, vale el legado, porque versa la propia razon (4).

32. Igualmente puede legar lo que tiene empeñado ú obligado á alguno por menos de lo que vale, en cuyo caso debe su heredero desempeñarlo y entregado al legatario. La misma obliga-

1 Gom. ibi. vers. *Simil.*

2 Ley 37. tit. 9. Part. 6. Gom. 1. *Var.*

cap. 12. num. 41.

3 Gom. cap. 12. num. 14. Greg. Lop. en

la ley 10. tit. 9. Part. 6. glos. 2.

4 Ley 10. tit. 9. Part. 6. en las palabras; *Otrosi decimos* etc. Gom. ibi. num. 13.

cion tiene si lo estaba por el tanto ó por mas de su valor, ya supiese ó no el testador, que al tiempo de legarlo estaba empeñado. Pero si cuando lo legó ignoraba el empeño, y el importe de este era menor que el valor de la alhaja, debe desempeñarla el legatario, pues es visto que solo del exceso le hizo el legado. Asi se prueba de la ley 11. tit. 9. Part. 6. Lo cual se entiende, excepto que el legatario sea su conjunto, ó persona tal, que de cualquiera suerte siempre se la hubiera legado, pues entonces debe el heredero redimirla y entregársela libremente por la razon arriba expuesta.

33. Puede asimismo legar á su deudor la alhaja ó prenda que este le habia entregado y tenia en su poder por via de seguridad del débito, y valdrá el legado; pero á los herederos del testador queda salvo su derecho para repetir contra el deudor por lo que debia: porque no es visto habérselo remitido, sino haberle legado solamente el derecho de prenda y dejado libre del empeño la alhaja (1). Lo cual se entiende, á menos que sea otra la voluntad del testador; bien que esta no se presume, excepto que la pruebe el legatario.

34. Y si suponiendo el testador estar debiendo á alguno cierta suma, aunque fuese incierto, se la legase, se entiende haberse convertido en legado, y que su ánimo fue legársela, y para ello supone que la debia, y deberá dársela el heredero; y si fuese cierto el débito, tambien deberá dársela, y no mas: porque es visto haber querido pagárselo y compensarlo, pues la causa falsa no vicia el legado (2).

35. Del mismo modo puede legar las cosas nacidas y que no han nacido ni existen, v. gr. hijos de siervas y ganados, frutos de tierras, árboles &c., con tal que se espere que han de nacer; y verificado su nacimiento valdrá el legado (3): porque pueden ser donadas, vendidas, hipotecadas, y por cualquier contrato enagenadas; y aunque el legado de estas cosas se puede llamar condicional, no lo es para el efecto de impedir la trasmision de lo legado (4).

36. Si el testador legó alguna cosa existente en otra parte, que dudaba si estaba ó no viva, debe el heredero dar caucion y seguridad al legatario de que la buscará y averiguará su existencia; y verificada esta, se la entregará; á cuyo efecto practicará á su costa las competentes diligencias, de suerte que el le-

1 Ley 16. tit. 9. Part. 6.

2 Leyes 19 y 20. tit. 9, Part. 6. Greg.  
Lop. en dicha ley 20.

3 Ley 12. tit. 9. Part. 6.

4 Gom. cap. 12, num. 24.

vas, porque en su origen no proviene este de una sola persona sino de diversas, de las cuales los derechos y acciones que la competían se refundieron y consolidaron en una sola (1); cuando esto se verifica lo puede pedir todo.

44. Pero es de advertir que para conseguir la cosa legada y también su valor, ha de pedir y percibir primero este, porque si pide y consigue aquella, de modo que se aposeña quieta y pacíficamente de ella, no tiene derecho á pretender después su precio (2); y la razón es porque recibiendo antes la cosa, consigue todo el derecho y pleno dominio que se le debe, el cual no recibe aumento (3); y recibiendo solamente su estimación, no consigue más que el precio de ella, que es muy diverso, y fácilmente se pierde y consume, por lo que puede pedir después al otro heredero la cosa legada, como que no se le ha entregado, ni está satisfecho plenamente de ella (4). Y lo propio milita por idéntica razón cuando dos testadores legan en sus respectivos testamentos una misma cosa á uno, pues si quiere percibirla y su valor, debe demandar y exigir este antes que aquella (5).

45. Legando el testador todas las cosas que tiene de una especie ó género, expresando la cualidad ó accesorio que solamente se halla en algunas de ellas, v. gr. diciendo: *lego todos mis siervos con su peculio: lego todas mis esclavas con sus hijos: todos mis caballos con sus jaeces ó aderezos: todas mis fincas con sus instrumentos &c.*, llevará el legatario todos los de aquel género ó especie, ya lo tengan unos, y otros no: y la razón es porque aquella cualidad se pone aumentativa y declarativamente, para que se dé también al legatario con la cosa principal á que está aneja ó adherida, y no limitativamente, para que se le entregue solamente la cosa en que no se halla. Lo cual procede, excepto que el testador lo limite expresamente diciendo: *lego mis siervos que tienen peculio: mis anillos que tienen piedras: mis caballos que tienen jaeces, aderezos &c.*, pues entonces se observará su voluntad, porque se entienden legadas únicamente las que tienen la cualidad ó accesorio (6).

46. Cuando el legado es simplemente de lana, se comprende la que está trasquilada y separada del cuerpo del animal, ora

1 Gom. cap. cit. num. 20. vers. *Et item.*  
est. Men. dicho lib. 4. præsumpt. 173. num.  
2, 8 y sig.

2 Ley 44. tit. 9. Part. 6.  
3 Ley *Non ut ex pluribus, ff. de regul.*

jur.

4 Gom. lib. y cap. cit. num. 38. vers  
*Item adde quod idem est.*

5 Dicha ley 44. tit. 9. Part. 6.

6 Gom. cap. 12. num. 30.

esté lavada ó sucia, ora hilada ó por hilar: mas no la teñida ó hecha tela (1). Pero el lino, aunque esté teñido ó hecho lienzo, se comprende en el legado (2) (\*).

47. Si el testador lega á uno una finca determinada ú otra cosa específica, y á otro cierta cantidad de dinero, y en su herencia se encuentra solamente el fundo ó cosa legada, parece que el legatario de esta será preferido, porque en él se considera derecho mas poderoso por razon del dominio que de ella se le trasfirió con la muerte del testador; ó que el nombrado primero lo será como mas predilecto. Pero nada de esto se hará: y asi la dividirán á prorata de lo que la misma cosa y la cantidad legada importen (3): pues la voluntad del testador, que quiso beneficiar á ambos legatarios, se debe cumplir en todo lo posible.

48. Aunque el testador legue dos ó mas veces una cosa específica, v. gr. casa, viña ú otra á un legatario en un testamento, no está obligado su heredero á dársela ni su estimacion, mas que una vez. Lo mismo procede si le lega cosa consistente en número, peso ó medida: pues tampoco se entiende multiplicado el legado: y asi solo llevará una suma, á menos que pruebe haber querido que fuesen dos legados, y que percibiese ambas sumas (4).

49. Legando simplemente el testador en su testamento cierta cantidad á uno, y despues la misma en codicilo ó en otra escritura, deberá su heredero entregarlas ambas, no probando este lo contrario de su voluntad. Mas no, si se la legó segunda vez por alguna cierta causa. Pero si las cantidades son diversas y desiguales en el número, las llevará ambas el legatario: porque es visto haber querido multiplicar el legado, ya le legue primero la mayor que la menor, ó esta que aquella. Y lo propio milita si le legó dos, la una puramente, y la otra con condicion: pues se conoce que el testador quiso multiplicar el legado por la nueva y distinta calidad añadida, excepto que de su disposicion se infiera lo contrario (5). De suerte que siempre que el testador varía el modo de hacer el legado á un mismo sugeto, ya sea en la cantidad, calidad, condicion, lugar, tiempo ó causa,

1 Gom. lib. 2. Var. cap. 12. num. 95.

2 Gom. ibi, num. 55.

\* La opinion mas racional es que si no aparece claro lo que el testador quiso decir, se está á la comun inteligencia que se da en el pais á las voces que emplea. Si en él por la voz *lino* se entiende en general el lienzo,

se comprenderá en el legado; mas no, si sucediere lo contrario:

3 Gom. ibi, num. 34. et ibi Ayllon num. 37. Castill. lib. 4. *Controvers.* cap. 51.

4 Ley 45. tit. 9. Part. 6.

5. Bart. *Speculat.* tit. *de testam.* §. 1. vers. *Item pone.*

es visto que quiere multiplicar el legado, y así llevará, y se deberán dar ambas sumas al legatario (1).

50. Si el testador dice: lego mis vestidos ó mi plata, caballos; siervos &c., se entiende legar los que tiene cuando hace el legado, y así el legatario no tiene derecho á mas que á ellos, aunque despues adquiera ó tenga muchos mas: pues se circunscribe su voluntad al tiempo en que testa, y no se amplía al futuro. Y lo mismo se entiende si erige mayorazgo de todos sus bienes, sin mas expresion: pues no vienen ni se comprenden en él los que despues adquiera (2).

51. Legando el testador cierta cantidad á las hijas de uno que tiene tambien hijos varones, ó legando á sus hijos cuando igualmente tiene hijas, en uno y otro caso se entenderá con todos el legado. El primero lo llevarán solamente las hijas, porque bajo el nombre de hijas no se comprenden los varones; lo que al contrario en el segundo caso, pues participarán tambien de él. Y la razon es porque en el género masculino se comprende el femenino; y no aquel en éste (3).

52. Haciendo legado el testador de lo que tiene en cierta parte ó lugar, si en él puso despues, ú otro de su consentimiento ó por su mandado, algunas cosas mas, toca todo al legatario, y se le debe entregar. Lo que al contrario si este ú otro sin ciencia de aquel las hubiere puesto: pues de ellas nada debe llevar, porque no vienen en el legado: y así solo lo que el testador tenía, puso ó metió, ú otro de su consentimiento ó en virtud de su precepto, será lo que lleve.

53. Pero si el testador manda v. gr. sus vestidos ú otras cosas suyas de cierto género, que tiene en parte determinada, aunque luego se pongan allí otras del mismo género, si no son suyas, no las llevará el legatario (4). Y la razon de disparidad consiste en que en este caso se refiere el testador á lo que es suyo, y esto es lo que lega, y no mas; y en el expresado en el precedente párrafo se refiere á lo que está en aquel parage que señala, y así ya sea ó no suyo, lo debe llevar todo, ó la estimacion de lo ageno: porque es visto que así lo quiso.

54. Si lega el testador á su muger ó á otro, v. gr. el trigo que tiene en su trox, panera ó en otro parage, y despues de legado lo consumió, y en su lugar puso otro, pertenece este al le-

1 Gom. cap. 12. num. 38.

2 Greg. Lop. en la ley 32. tit. 9. Part. 6. glos. 3. col. antepenult. vers. *Quid autem si quis faciat majoriam.*

3 Decio de regul. jur. in leg. *Femina* num. 127.

4 Gom. ibi, num. 49.

legatario, y se le debe dar hasta la concurrente cantidad, y no mas; y la razon es porque se presume que su intencion y voluntad fue subrogarlo en lugar del que tenia y gastó; y por consiguiente dejar subsistente el legado (1).

55. Cuando lega á alguno tanto quanto habrá ó habrán el heredero ó herederos que instituye, llevará el legatario la mitad de la herencia, y el heredero ó herederos la otra mitad: porque la proposicion indefinida equivale á la universal. Y si le lega tanto quanto tiene uno de los herederos, se le debe solamente la menor parte en que uno de estos sea instituido (2); porque en duda se entienden gravados en quanto menos sea posible, segun derecho (3).

56. Imponiendo simple y absolutamente el testador á sus herederos el gravamen de dar al legatario, v. gr. *ciento*, estan obligados á dárselos entre todos, y no cada uno de por sí *in solidum*. Lo mismo procede si instituyendo muchos herederos dice: *mando que mi heredero dé á Pedro ciento*: porque esta proposicion es indefinida, y por ignorarse cuál es el gravado, respecto nombrar muchos, equivale á la universal; y asi todos deben darle á prorata los ciento (4).

57. Pero sucederá al contrario si el testador dice: *cualquiera de mis herederos dé á Pedro ciento*: pues entonces todos y cada uno de por sí estan obligados á dárselos totalmente, porque por este modo distributivo de hablar, es visto haber querido gravar omnímodamente á todos y á cada uno á la solucion de los ciento que legó: y asi tantos quantos sean los herederos, serán los cientos que perciba el legatario (5).

58. Instituyendo el testador muchos herederos, y legando cierta suma á un legatario, si eximió de su solucion á uno de ellos, estan obligados los demas instituidos á pagársela íntegramente de las partes que les corresponden en la herencia, sin deducion de la del exento, del mismo modo que si este no fuera instituido, y no con respecto á que lo es; de suerte que la satisfaccion del total importe del legado se ha de dividir entre los herederos á ella gravados.

59. Siendo instituidos varios herederos en partes desiguales, si el testador deja algun legado á dos de ellos, y los nombra

1 Legat. Gom. cap. 12. num. 50.

2 Castell. lib. 4. *Controvers.* cap. 33 y  
44. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 13. num. 9  
ver. *Sexto subinfertur.*

3 *Ley Semper, in obscuris*, 9. y ley *Sem-*

*per in stipulat.* 34 al fin. ff. *de regul. juri.*

4 Gom. ibi num. 51. vers, *Et idem est.*  
et ibi Ayllon num. 54.

5 Gom. ibi, vers. *Secus tamen est.* al fin.

por sus propios nombres, v. gr. á *Pedro y Juan mis herederos lego tal cosa, ó tanta cantidad, ó tal alhaja*, llevarán y dividirán igualmente entre sí el legado, no obstante la desigualdad de la institucion. Pero si los nombra con nombres apelativos, v. gr. á *mis herederos Pedro y Juan lego tal cosa ó cantidad &c.*, la partirán á proporcion de la institucion (1). Y lo mismo procede cuando los grava á dar ó pagar algun débito ó legado (2). De suerte que la dificultad viene á consistir (segun conciben los autores) en si el testador los nombra ó grava por sus propios nombres antes de titularlos herederos; pues nombrándolos deben llevar la mejora ó legado ó hacer el pago por iguales partes; y nombrándolos primero con el apelativo de *herederos*, á proporcion de la institucion: bien que yo no advierto diferencia en los dos modos de nombrarlos, para que varíe su obligacion y la institucion.

60. Si un legado que tiene consigo algun gravamen se declarase en parte nulo, el gravamen deberá sufrir una rebaja proporcionada á la pérdida del legatario.

61. No puede el legatario aceptar en parte y en parte repudiar el legado que en una cláusula y oracion le hizo el testador, ya sea cosa señalada, v. gr. un vestido, ó de universidad de bienes, v. gr. una cabaña, pues aunque en esta se comprenden muchas ovejas, carneros y otras cosas; se entienden y estiman por un solo cuerpo y legado; y asi lo ha de aceptar ó repudiar enteramente: y lo razon es porque la voluntad del testador, como una é individua, no se puede dividir (3).

62. En caso que una misma cosa se haya legado á dos individuos, si el uno fallece y el otro es su heredero, puede aceptar del legado la parte que le corresponde, y repudiar la tocante al colegatario; y al contrario, si á uno de los dos se impuso gravamen por el testador, y al otro no; excepto que manifiestamente conste haber querido este que el uno llevase la cosa; y el otro su estimacion, pues entonces el legatario que sucede al otro lo conseguirá todo, porque hace veces de dos personas (4), y cuando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolida íntegramente en este el de ambos, y puede pedirlo (5).

63. Muriendo el legatario despues que el testador, sin aceptar ni repudir el legado, si deja varios herederos, pueden uno ó mas de estos aceptar su parte, aunque los otros no quieran la

1 Gom. ibi. num. 42.

2 Gom. ibi, vers. *Et idem est.* §

3 Ley 36. tit. 9. Part. 6.

4 Arg. leg. *Si pluribus*, ff. de legat. 1.

5 Gom. cap. 12. num. 20.

suya, ya sea la manda de una cosa sola ó de universidad de bienes: y la razon es porque el legado y su accion y obligacion se dividen proporcionalmente entre ellos, y asi puede cada uno aceptar ó repudiar su parte, porque acepta y repudia todo lo que le toca (1). Bien que la repudiada no se acrecerá á los aceptantes, porque se contemplan conjuntos con conjuncion legal, la cual no causa ni induce derecho de acrecer (2).

64. Pero ninguno de los herederos del legatario podrá aceptar ó repudiar parte de la que le corresponde, porque cualquiera heredero representa al difunto por la suya; por lo que al modo que el que lo es por el todo, no puede aceptar en parte y en parte repudiar; del mismo modo tampoco puede el suyo dividir la suya porque seria representar parcial y no totalmente al difunto, lo cual es absurdo (3).

65. No milita lo expuesto cuando el testador hace el legado en diversas cláusulas y oraciones, pues entonces se permite al legatario, que acepte la parte que quiera, y repudie la que no le acomoda: y la razon es porque en este caso, como ya el testador dividió su voluntad, cesa el superior motivo, vienen á ser muchos los legados separados, y por tales se conceptúan y estiman (4): y asi con uno que acepte, ya le representa en el todo.

66. Lo mismo procede si le hace legado de muchas cosas señaladas en una cláusula, pues puede aceptar la que quisiere, y dejar las demas. Pero si le lega dos, la una con gravamen y la otra sin él, v. gr. *cien pesos y un siervo, con tal que dé libertad á este*, entonces no há lugar la admision de la una sin la otra; y en este caso, si no quiere libertar al siervo, no llevará la cantidad legada, y sin embargo quedará libre este (5).

67. Dajando el testador á un legatario de dos cosas la que quisiere elegir, si elige la una, no puede arrepentirse y tomar despues la otra, porque no se le permite, si deja la eleccion á albedrío de tercero, y este no la hace dentro de un año, la puede hacer el legatario, pasado que sea (6). Pero si despues de haber elegido se le quitare en juicio la que eligió, por ser agena, podrá elegir, pedir y tomar otra cosa, si no hubiese hecho la eleccion (7).

68. Si deja á dos junta ó separadamente una de sus cosas,

1 Dicha ley 36. tit. 9. Part. 6.  
2 Greg. Lop. en dicha ley 36. tit. 9. Part. 6 glos. 5. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. num. 42, y cap. 12. num. 33,  
3 Gom. dicho num. 33,

4 Gom. num. 33. cit.  
5 Dicha ley 36.  
6 Ley 25. tit. 9 Part. 6.  
7 Roj. de incompatib. part. 5. cap. 6. num. 87 y 88,

diciendo: que elijan la que quisieren, y el uno no se conforma con la eleccion del otro, deben echar suertes, y elegir aqua quien toque, el cual está obligado á pagar al otro la parte que del valor de aquella cosa le corresponde, segun albedrío de hombres buenos. Y si la tal cosa fue legada á uno, dejando la eleccion á su voluntad, y muere sin haberla hecho, y sus herederos discuerdan en ella, deben hacer lo propio (1).

69. Comprando el legatario, ó adquiriendo por otro título e vida del testador ó despues de muerto, la cosa que este le legó (y no era suya) del vendedor dueño ó de otro tercero, ya se con ignorancia ó ciencia de que le estaba legada y era agena, n pierde el legado: y asi puede pedir su valor ó estimacion, ya s la haya legado pura ó condicionalmente (2). Mas si la compra su heredero no puede pedir su valor, porque es visto renuncia el legado.

70. Si es del testador la cosa que legó condicionalmente ó dia cierto, y durante su vida ó despues de ella la compró ó adquirió de su heredero el legatario con ignorancia ó ciencia pendiente el dia ó la condicion, puede pedir tambien su precio ó estimacion luego que llegue el dia, ó la condicion se cumpla, pue el derecho de futuro no se puede renunciar.

71. Y siendo legada puramente, si el legatario durante su vida ó despues de ella la compra ó adquiere ignorantemente de heredero, no pierde el legado, y asi puede pedir su valor, pero si se la compra con cierta ciencia de estarle legada lo pierde por ser visto renunciarlo.

72. Si el testador instituye heredero, y lo sustituye gravándole con algun legado, es visto ser gravado tambien el sustituto en la herencia, y asi este debe dar al legatario el mismo legado que el heredero instituido, porque en duda se entiende repetido, ya sea vulgar, pupilar ó fideicomisaria la sustitucion. Lo cual procede, excepto que de la voluntad del testador aparezca tácita ó expresamente lo contrario, v. gr. cuando grava al instituido con que dé una cosa al legatario, y al sustituto con otra diversa: ó cuando la causa, por la que gravó al heredero, cesó en el sustituto: ó cuando sustituyó en alguna parte de la herencia al mismo legatario: ó cuando por otros semejantes modos y conjeturas se conceptua no haber querido gravarle. Y lo mismo procede cuando dice: *mi heredero, ó cualquiera que sea mi here-*

1 Ley 26. tit. 9. Part. 6.

2 Gom. lib. 1, Var. cap. 17. num. 36.

y Ayllon en el mismo lugar, num 39.

*dero, dé á Juan tal cosa ó cantidad:* pues siendo muchos los herederos, á todos comprende el gravamen de dar lo que el testador manda (1).

73. El testador puede libertar á su deudor de lo que le debe, ya sea el débito civil ó natural, ó juntamente natural y civil, ó perpetuo ó á tiempo cierto, y valdrá el legado, ya lo haga específicamente á alguno, ú genéricamente á todos sus deudores: pues tanto vale la disposicion general en cuanto al género, como la especial ó particular en cuanto á la especie; y el de liberacion no solo aprovecha al deudor y á sus herederos, sino á su fiador; pero no al contrario, haciéndose á este, pues á ninguno de aquellos aprovecha (2).

74. Pero es de advertir que la confesion del débito hecha en testamento ó en codicilo no lo prueba, ni el testador puede ser reconvenido en vida por él, porque tiene solamente vigor de legado: excepto que sea jurada y hecha por via de contrato en presencia de la parte que la acepte, pues los herederos deben estar al juramento de su causante en estos casos (3); y asi el sugeto á cuyo favor la hace, no puede en su virtud usar de accion alguna por él, si no lo justifica por otros medios legales, porque se resuelve en legado ó fideicomiso por tácita voluntad del difunto, que para hacerlo supuso haber débito, por lo que se puede pedir como legado.

75. Por la remision ó liberacion del débito hecha en contrato ó en última disposicion, es visto ser remitido el puro vencido y de presente, mas no el condicional ó á cierto dia, excepto que otra cosa se exprese (4); y en la general solo vienen y se comprenden los débitos personales del á favor del difunto, pero no los reales ó hipotecarios; por lo que si uno posee alguna cosa de este, sobre lo cual podia ser reconvenido por la reivindicacion ó por otra accion real, no se entiende remitida ni comprendida en el legado de remision, y asi el heredero puede repetirla del poseedor (5).

76. De cuatro maneras puede ser hecho el legado de liberacion del débito: la primera, *expresamente*; la segunda, diciendo el testador: *dejo ó lego á Juan mi deudor lo que me debe*; la tercera, diciendo: *mando ó gravo á mi heredero á que no pue-*

1. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 17. num. 36. y Ayllon en el mismo lugar. num. 39.

2. Gom. dicho cap. 82. num. 82. vers. *Item. adde quod prædicta.*

3. Valenzuel. cons. 174. num. 27. y 28. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 2. cap. 6.

num. 5.

4. Gom. ibi, num. 82. vers. *Item adde quod facta.*

5. Gom. dicho num. 82. vers. *Item adde quod in tali.*

da pedir á Pedro lo que me debe; y la cuarta, legando al deudor el instrumento, vale ó escritura que formalizó para su seguridad (1). Previniendo que si el testador lega á un tercero el instrumento del débito; es visto legarle el mismo débito en él contenido, y gravar á su heredero á que se lo entregue, y le ceda las acciones correspondientes para su exaccion y cobranza, á cuya cesion está obligado (2). Y lo mismo sucede en los contratos, si el tal instrumento se vende, dona, ó por otro título se trasfiere: pues se entiende vendida, donada ó transferida la cosa ó accion en él contenida (3).

77. El efecto que produce la liberacion del débito es que si el legatario deudor es reconvenido sobre él el heredero del testador, le compete esta excepcion, y puede compelerle á que le libre del pacto y obligacion, é implorar el oficio del juez para que declare que nada le debe y le imponga por perpetuo silencio.

78. Si legase alguna cosa en esta forma: *mando á Pedro tal alhaja* (nombrandola) *para que la haya cuando mi heredero quisiere*, y el heredero fallece sin haberla entregado, ni prefinido al suyo dia para su entrega, debe este darla al legatario inmediatamente que entre en la herencia del testador. Mas si dice: *mando á Pedro tal alhaja para que la haya si quisiere*, en este caso aunque vale la manda, no obstante, si el legatario muere sin haberla pedido ni dicho que la queria, no puede su heredero demandarla despues al testador (4).

79. Una de las cosas que se pueden legar es la libertad á quien carece de ella. *Libertad se llama el poder que el hombre tiene para hacer lo que quiera si las leyes no lo prohíben*. El derecho romano y el de las partidas establecen los casos en que se puede conceder á los siervos por testamento, donacion ó contrato, y cuando se reservaba el señor sus derechos de patrono; pero en el dia son raros los casos en que puede tener aplicacion esta doctrina.

80. Si el testador hace algun legado á un muerto, creyéndole vivo, ó si aquel á quien se lo hace ha fallecido ó sido destruido perpetuamente antes de la muerte del testador, no está obligado el heredero de este á dar cosa alguna al de aquel (5).

81. Dejando alguno cinco ó mas hijos legítimos puede dudarse si tendrá facultad para legar el quinto á un hijo natural ó espurio ó bien á un extraño, ó en beneficio de su alma. Algunos

1 Gom. in vers. *Pro cujus perfecta.*

2 Ley penult. tit. 9. Part. 6.

Gom. dicho num. 82. vers. *Confir-*

*matur.*

4 Ley 30. tit. 9. Part. 6.

5 Ley 35. tit. 9. Part. 6.

autores le niegan tal facultad por la razon de que el legatario seria de mejor condicion que los herederos legítimos, tocándole de la herencia mas parte que á estos (1). Pero en realidad la puede hacer, puesto que el que á los hijos toque poco ó mucho no invalida el acto, siempre que no sufra agravio en su legítima, y en este caso ninguno se les hace, pues toman todos los bienes á excepcion del quinto, que es lo que la forma (2).

82. Si lega el testador el quinto á dos extraños teniendo herederos legítimos, ¿cual de los dos legados valdrá? Se debe distinguir: si la disposicion primera fue irrevocable, será preferida por no poderse revocar por la segunda (3). Lo cual procede ya la primera donacion se haya hecho por via de cuota, ó de cosa ó cantidad cierta, porque en uno y otro caso versa igual razon, y asi debe obrar la misma disposicion, y hacerse el propio juicio; por lo que de muchas donaciones irrevocables procedentes se completará el quinto, y se revocarán solamente las últimas como inoficiosas (4).

83. Si las disposiciones fueron revocables, ya se hayan hecho por via de legado en testamento, ó por donacion revocable en sanidad (pues porque se confirman con la muerte, y tiene el vigor y efecto de legado, se debe hacer de ambas el mismo juicio), se han de distinguir tres casos: el primero cuando fueron hechas por via de cuota del quinto; en cuyo caso los legatarios y donatarios serán conjuntos en la cosa, que es en este; y en ella habrá lugar el derecho de no decrecer, y lo demas que les corresponde; á menos que de la voluntad del donante aparezca lo contrario, que es que no lleve el primero y sí el segundo. Y aunque en la cantidad legada á muchos parece que el testador multiplica el legado, no es asi, pues mas se adapta el del quinto á legado de cierta especie en el presente caso, porque como no puede disponer de mas que de uno, no pueden verificarse una y otra disposicion en el otro, ya sean ambas en testamento, ó en donacion revocable, ó una en esta, y otra en aquel por militar la misma razon; y asi lo dispuesto acerca de los conjuntos en la cosa procede en los conjuntos en la cuota, cuando el testador no puede disponer de mas que de esta. Pero si las disposiciones fueron hechas por via de cuotas diferentes, y ambas menores que el quinto, v. gr. á uno el quinto, y á otro el sexto, á uno el

Escobar comp. 3.  
Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 107.

3 Tello en la 25 de Toro. num. 1.  
4 Ang. en dicha ley 12. num. 5. y 6.

octavo, y á otro el séptimo &c. se prorateará el quinto entre todos.

84. El segundo caso es cuando una disposicion fue del quinto por via de cuota, y la otra de cierta especie y cantidad, en cuyo caso la de cierta especie y cantidad disminuirá la del quinto: lo primero. porque siempre se entiende legado bajo la conmemoracion de otros legados que de él se hayan de deducir, y asi lo es en el residuo, bajados estos; y lo segundo, porque aunque se deje simplemente como legado genérico, se disminuirá por el específico, pues siempre lo deroga y disminuye (1). Y el tercero es cuando todos fueron iguales por via de cantidad ó cosa cierta; en cuyo caso se disminuirán los legados confirmados con la muerte, hasta el valor del quinto (2).

85. El heredero debe entregar la cosa legada al legatario en uno de tres lugares, á saber, ó donde habita el heredero, ó donde estuviere la mayor parte de la herencia, ó donde existiere la cosa legada; pero si expresa el testador el lugar en que haya de hacerse la entrega; se cumplirá su disposicion. Si se mueve pleito entre los dos antes de entregarse el legado, debe pagar las costas el heredero, y si despues de la entrega, el legatario (3). Si la cosa legada fuere quitada en juicio, no puede el legatario usar de la accion de eviccion contra el que la vendió al testador, á menos que el heredero, que es á quien esta corresponde, le cedá su derecho. Por último si en la cosas legadas hay frutos pendientes y mostrados al tiempo de la muerte del testador tocan al legatario, como parte del fundo; pero no sucede asi cuando estan separados (4).

86. No debe el testador dejar al arbitrio de otro las mandas sino hacerlas por sí mismo con palabras y señales tan claras y ciertas, que se conozca claramente su voluntad, y no se dude del legatario ni de la cosa legada (5): ni tampoco la eleccion de la persona del legatario, porque seria voluntad captatoria; pero puede dejar á su heredero ó á otro la facultad de elegir á personas inciertas de las ciertas que le señale: en cuyo caso valdrá, porque no se deja á la voluntad de otro la subsistencia del legado, sino la cualidad ó eleccion de la persona, que es una cosa accesoria (6) (\*). Para que sean válidas se han de hacer en tes-

1 Cifuentes en la ley 30 de Toro, num. fin.

2 Castell. en la ley 29 de Toro, num. 32.

3 Garcia de expens, cap. 17.

4 Cast. de usufruct, lib, 1. cap. 42.

5 Leyes 11. tit. 3. y 9, 28 y 29. tit. 9. Part. 6.

6 Gom. en la ley 40. de Toro, num. 48.

\* El autor se equivoca en decir que seria voluntad captatoria; pues para que

tamento, en poder para testar, codicilo (1); pero segun la práctica generalmente recibida se hacen tambien en lo que llaman memoria testamentaria no solo legados sin mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores, y todo lo demas, excepto la institucion de heredero, y siendo escrita ó firmada de mano del testador y citándose en el testamento ó en poder para testar, se estima por parte del testamento.

87 El escribano puede sin auto de juez protocolar esta memoria, por la misma razon que protocoliza el testamento, mediante que se considera como una parte de él: puede insertarla en el que otorgue en virtud de poder para testar; y dar de todo á los verdaderos interesados las copias y testimonios que le pidan. Sin embargo si el testador lo previene, deberá preceder el auto de juez para la protocolizacion; y para que no se presuma que el escribano suplantó la memoria, pondrá nota en ella de haberse-la entregado el heredero, ó persona en cuyo poder se halle, y le hará firmarla, y si no sabe, que la presente al juez para que lo mande, y se eviten dudas. Si el escribano ha muerto, deberá tambien preceder auto de juez dado á instancia de quien la presente, para que el sucesor en su oficio y papeles la protocolice, por no ser parte de voluntad manifestada ante él, poniendo nota de su protocolizacion en el registro del testamento, á fin de que se sepa en donde se halla; y cuando se saque testimonio de ella, se hará relacion del testamento de que es parte, á efecto de que no se crea que es un papel simple; y es lo que se practica en la Corte por los inteligentes. El que quiera instruirse del concepto que merecen estas memorias ó disposiciones privadas vea los autores que se citan (2).

88. No se puede legar lo que es propio de los reyes sin su Real permiso: ni los bienes de las iglesias: ni las plazas, ejidos ni otras cosas comunes de las ciudades, villas y lugares: ni los mármoles, pilas, puertas y demas cosas puestas en los edificios para su adorno y seguridad: y si las lega, no vale la manda, ni su heredero está obligado á darlas ni su estimacion al legatario. Tampoco vale la de siervo cristiano á judío, moro ó herege, ni la de cosa que aunque puede ser legada cuando se manda, muda

se gradúe de tal es forzoso que el testador se proponga conseguir alguna ventaja. La verdadera razon de estas disposiciones es el evitar el abuso de la confianza puesta en tales mandatarios.

1 Ley 34 al principio, tit. 9. Part. 6.

2 Card. de Luca Tract. *de testam.* disc.

1 y 2. num. 2, 3 y 5. disc. 6. num. 6. disc. 14. num. 4. y disc. 15 y 18. Menoch. cons. 94. num. 24. Julio Caponio discept. 202. num. penult. Ciriac. *Controv.* 444 num. 7. 23 y 55 versic. *In proposito*, y num. 82 y 88. Mantie. *de conject. ult. volunt.* ley 1. tit. 7. num. 7.

despues de estado ó condicion, v. gr. lo laical, que puede ser legado, y pasa luego á poder de la iglesia, sin culpa del heredero, pues no tiene obligacion de entregarlo ni su valor (1).

89. Asimismo no puede legar el testador castillo, villa, aldea ni heredamiento, que el Rey le dió por haberle hecho algun servicio militar, al que es inepto para hacerlo: si sabiendo su ineptitud le lega el heredamiento, debe darle su valor el heredero; pero si la ignoraba, no está obligado á darle cosa alguna (2).

90. Algunas veces no pudiendo los testadores manifestar su voluntad con palabras, quieren ejecutarlo por señas; pero asi como la institucion de heredero no se puede hacer de está manera aunque el testador haya perdido la facultad de hablar, tampoco las mandas, legados ni cualquiera otra disposicion. Este modo de explicarse no es conciliable con nuestras leyes de Partida, las cuales no tuvieron por bien admitir la ley romana que aprueba para casos semejantes estos signos tan arriesgados y fallibles. La ley 3 de Toro, que exige para el codicilo las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, viene tambien en apoyo de este pensamiento. No obstante si en conformidad de las leyes romanas que siguen muchos autores, llegase el caso de otorgarse una disposicion de esta clase, hará el escribano muy particular expresion del estado en que se hallaba el testador, de las preguntas que se le hicieron, quién se las hizo, y con qué señas contestó. Véase acerca de este punto á Gomez en la ley 3 de Toro números 112 y 113, á Matienzo en la 1. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 16., y á los que este cita. Tambien es nulo el legado cuando el testador yerra el nombre del legatario, y creyendo nombrar á uno nombra en su lugar á otro diferente, aunque hay casos en que valdrá (3) (\*),

1 Ley 13. tit. 9. Pari. 6.

2 Ley 14. tit. 9. Part. 6.

3 Ley 12. tit. 3. Part. 6 y sig. Véase á Greg. Lop. en ella,

\* Se advierte que si bien es nulo el legado cuando interviene error acerca de la persona del legatario, es válido cuando se yerra el nombre propio de la cosa legada,

v. g. si esta es un buey, cuyo nombre equivoca el testador; pero si el nombre equivocado no es el propio de la cosa sino el apelativo de la misma, el legado es nulo, por ejemplo, si legando el buey que está en tal sitio, lo que allí estuviere fuera un caballo. (Ley 28. tit. 5. Part. 6.)