

CAPITULO UNDECIMO.

Observaciones acerca de los legados: modo de deducirlos: ¿si los hechos por el testador á su muger, acreedores, y tutor que nombra, se compensarán ó no con la dote y gananciales de la muger, con lo debido al acreedor, y con la décima correspondiente al tutor? De la division de los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada; y si revocándose el legado deberá ó no restituir el legatario los que percibió.

- §. 1. Controversia suscitada por el reformador de Febrero sobre el legado á *dia cierto*.
2. Explicacion de las dificultades que se ofrecen acerca de la doctrina del párrafo anterior.
3. Se especifican varios legados condicionales.
4. Caso de un legado *modal*.
5. Reflexiones del reformador de Febrero sobre si vale el legado hecho con demostracion, aunque esta sea falsa.
- 6 y 7. Caso en que el testador lega á dos personas junta ó apartadamente alguna cosa.
8. Del legado de alimentos hecho á los menores.
9. Dificultad suscitada por el reformador de Febrero sobre si legando el testador una casa, se arruinase esta, y reedificase otra en el mismo solar, ¿se deberá ó no esta segunda al legatario? Explicacion de la doctrina relativa á este punto.
10. Modo de deducir los legados gratuitos ó voluntarios.
11. ¿Como se ha de hacer la deduccion cuando el testador teniendo ascendientes ó descendientes legitimos, deja á extraños tantos legados que no caben en el quinto ó tercio?
12. Continuacion del mismo asunto.
13. ¿Si se habrá de hacer la deduccion solamente de los legados genéricos, ó se ha de ampliar tambien á los específicos?
14. La dote no debe compensarse con el legado ó legados que el marido hubiere hecho á su muger.
15. Si la legare los esclavos que recibió estimados en dote, los conseguirá la muger como legado, y tambien su estimacion como parte de dote.
16. Tampoco se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado.
17. Si el testador hubiere recibido cierta cantidad en dote, y otra mayor en bienes parafernales, y en su testamento dejare á las hijas que tuvo en aquella, mayor suma que las dos

- recibidas, mandando que se contentasen con ella por todo lo que debian haber, valdrá y se compensará el legado con la dote y bienes parafernales de su madre hasta en lo que alcance.
18. Tampoco tiene lugar la compensacion de las arras con el legado del quinto ú otro que el testador hiciere á su muger.
19. Ni se ha de compensar el legado hecho á la muger con la mitad de gananciales que la corresponden.
20. Si el padre hubiere hecho algun legado á su hija en tiempo que todavía no podia casarse por falta de de edad, no se debe decir que fue con ánimo de compensarlo con la dote que debia darla cuando tuviese edad nubil; y asi no se compensará con esta.
21. Si el marido lega á su muger todos sus vestidos y joyas, no se entiende que se los manda dos veces en caso que no esten destruidos los que la tenia entregados al tiempo de hacer la manda.
22. No solo se comprenden en el legado general de vestidos los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cortados en casa del sastre, y la tela tejida ó que se estaba tejiendo para emplearla en ellos, á menos que lo limite el testador.
23. Donando en sanidad el deudor á su acreedor alguna cosa, no se presume haberle hecho esta donacion con ánimo de compensarla con lo que le debia.
- 24 y 25. Si el acreedor lega al deudor simplemente alguna cantidad, se entenderá que se la lega con ánimo de compensarla con lo que le debe.
26. Excepcion de lo dicho en el párrafo anterior.
27. Cuando el acreedor que tiene en su poder la prenda, la lega á su deudor, no tendrá lugar la compensacion en cuanto á la liberacion de la deuda.
28. Cuando es especie lo que se debe y cantidad lo que se lega, no tiene lugar la compensacion de una con otra.
29. Percibiendo el tutor testamentario el legado que el testador le deja por premio de la administracion de la tutela, no le corresponde la décima que la ley le concede, antes bien ha de compensarse con ella; y si se lo deja simplemente, se compensará hasta en la concurrente cantidad.
30. No se compensará el legado que el testador hace á su mismo hijo cuando le nombra tutor del pupilo su hermano.
31. Pertenecen al legatario y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa sim-

- plemente legada ó ~~legada~~ en fideicomiso por el testador.
32. Lo dicho en el párrafo anterior se entiende cuando el testador testa entre extraños por carecer de herederos legítimos; pues si los tiene, y el legatario es extraño, se ha de mirar si los frutos caben ó no en el quinto ó en el tercio de que respectivamente puede disponer.
33. Estos frutos no deben dividirse á prorata.
34. Siendo legatario de usufructo de alguna finca el que muere, pertenecen á su heredero los frutos que deja pendientes.
35. No dejando el testador la propiedad de la finca al legatario, sino solo su usufructo, si al tiempo de la muerte de aquel hay frutos pendientes, pertenecen al heredero propietario.
36. Modo de dividir las pensiones de la cosa arrendada por el testador entre sus herederos, y el legatario á quien estando arrendada se la mandó.
37. Al legatario de la cosa específica propia del testador (ya sea legada sola, ó señalada por este para parte de pago de la cuota de bienes que le lega), corresponden los frutos que produce luego que muere dicho testador.
38. Si el legado es de cosa genérica ó agena, no se deben al legatario los frutos sino desde el tiempo que se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega.
39. Lo mismo procede cuando el legado es del quinto ó de otra cuota de bienes del testador sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario.
40. Sino hubiere heredero, ó el instituido no quisiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar á los legítimos ó al ejecutor testamentario para que la acepten, porque desde la aceptación se le trasfiere el derecho de percibir los frutos de lo legado.
41. Revocado el legado que fue hecho en última voluntad, ó en donacion por causa de muerte, y entregado al legatario por el legante, con expresion del instrumento revocable en cuya virtud se le entrega; no hará el legatario suyos los frutos de la cosa donada.

1. **E**n el libro 2, título 2, capítulos 13 y 19. se insertó casi toda la doctrina del autor relativa á los legados, reservando para este lugar la aclaracion de algunos puntos dudosos, y la explicacion de otros que estan mas enlazados en el tratado de particiones. Allí se dijo que de los legados voluntarios unos

son genéricos, y otros específicos. Genéricos son los que no designan cosa alguna individual y determinada, por ejemplo, un caballo, sin especificar cual sea, ó bien de las que están sujetas á número, peso y medida, como trigo, aceite, dinero &c. Específicos son los que denotan individualmente la cosa legada, esto es, la designan con nombre particular y no comun, ó con ciertas señales: v. gr. la casa que tengo en tal calle, el caballo negro &c. Cuando el legado es de esta última clase, se trasfiere su dominio al legatario luego que fallece el testador; pero en el genérico ó de cantidad no se verifica esta traslación de dominio hasta que se entrega la cosa legada. Habiendo sentado el autor esta doctrina, que es indudable, añade luego hablando del legado que se hace á *dia cierto*, ó señalando el tiempo en que se ha de entregar, que antes de llegar el dia señalado nace la acción de pedirlo y la obligación de pagarlo, y que así puede pagarlo el heredero antes que venga el dia prefijado, *porque es preciso que llegue, y toca al legatario como dueño por la traslación de dominio*. El reformador de Febrero notó aquí dos equivocaciones, en que á su parecer incurrió el autor: 1.^a diciendo que nace antes de llegar el dia la acción de pedir el legado y la obligación de pagarlo; 2.^a que el dominio de lo legado á dia cierto se trasfiere despues de muerto el testador, y antes que aquel llegue, en el legatario y sus herederos. El adicionador de Febrero impugna largamente sobre estos dos puntos al señor Gutierrez, y este le contesta aun con mayor difusión, como puede verse en el prólogo del adicionado, párrafo 5, y en la apología del otro, párrafo 6.

2. En cuanto á la primera equivocacion, debió decir Febrero, segun el señor Gutierrez, que antes del dia nacia la acción á pedirle, y la obligación á pagarlo cuando llegase. El adicionador contestando á esto dice lo siguiente. *¿Que mas tiene decir: nace la acción de pedirle, y la obligación de pagarlo antes que llegue, como se lee en el autor, ó que antes que llegue nace la acción de pedirle y la obligación de pagarlo?* Pero ó no entendió al señor Gutierrez ó no quiso entenderle, á lo menos no propone la dificultad de este en los términos que debe. Yo me haré cargo de ella, y responderé del modo que á mi parecer no se ha hecho para salvar esta dificultad. El señor Gutierrez opina que nace antes de llegar el dia la acción para pedir el legado, y la obligación de pagarlo *para cuando llegue el dia*, esto es, que no hay obligación de satisfacerlo antes. Esto es muy cierto, y cabalmente Febrero pensaba del mismo

modo, pues dice en el mismo párrafo lo siguiente: *y así puede pagarlo el heredero antes que llegue el día ó tiempo prefijido: aquel puede quiere decir, está en su arbitrio el hacerlo, pero no tiene obligacion hasta que llegue el día.* Por otra parte, la accion y la obligacion son correlativas; si nace la accion antes que llegue el día, tambien debe nacer la obligacion, pues aquella supone á esta, ó lo que es lo mismo, existiendo el derecho de pedir, existe al mismo tiempo la obligacion en otra persona contra quien corresponda aquel; pero esta accion y esta obligacion estan suspensas hasta que llegue el día. Así se concilia en mi entender la doctrina de unos y otros, y viene á resolverse todo en una cuestion gramatical. Mayor dificultad ofrece el otro punto, y en él me parece que el señor Gutierrez tiene mucha razon. Febrero acababa de sentar en el párrafo anterior (suprimido sin razon por el reformador) que en el legado específico se trasladaba el dominio desde la muerte del testador, y no en el genérico; pero el autor, contradiciéndose indudablemente, asegura que en el legado á dia cierto, v. gr. *mando á Pedro cien ducados para la próxima navidad*, se trasfiere el dominio en el legatario y sus herederos despues de muerto el testador. Esta es una inconsecuencia manifiesta por mas que procure paliarla el adicionador impugnando al señor Gutierrez. El ejemplo que pone Febrero es precisamente de un legado genérico, y en estos jamas se traslada el dominio hasta la entrega. Pero el señor Gutierrez avanzó mas diciendo que aun cuando fuese específico el legado, no se trasladaria el dominio hasta que llegase el día; opinion aventurada que refuta con solidez el adicionador, y contraria en mi entender á la ley 34. tit. 9. Part. 6. que dice: *Et aun decimos que luego que el testador es muerto pasa el señorio de la cosa que es así mandada á aquel á quien fue fecha la manda.... et esto serie si la manda fuese de tal natura que fuese fecha puramente ó á dia cierto; mas si fuese fecha só condicion, non serie así, cá moriendo aquel á quien fuese fecha la manda enante que se complise la condicion non valdrie la manda, nin la podrie demandar el heredero de aquel á quien fue fecha etc.* Segun esta ley es indudable que el dominio del legado á dia cierto pasa al legatario desde que muere el testador, y la razon que da Febrero es porque es preciso que llegue, lo cual no sucede en el condicional, por quanto puede verificarse ó no la condicion. Pero esto debe en entenderse en mi dictamen cuando el legado á dia cierto es de cosa específica, en que se verifica la traslacion de dominio desde la muerte del testador. Así que el

error de Febrero consiste en haber puesto por ejemplo un legado de cosa genérica, en el cual no se traslada el dominio hasta la entrega, como habia sentado antes.

3. En el citado capítulo 13, título 2, libro 2 se dijo que el legado podia hacerse tambien condicionalmente, y aunque en el capítulo 2 del mismo título se habló de las condiciones en general, especificaré aqui algunas que alli se tocaron ligeramente. De las condiciones posibles unas se llaman *casuales ó contingentes*, y son las que solo dependen de la casualidad ó fortuna, y pueden cumplirse ó no; v. gr. *si tal navío viniere de las Indias; si Pedro ascendiere á tal dignidad; si tal cosa aconteciere etc.*, en cuyos casos y otros semejantes, de cualquiera naturaleza y calidad, hasta que se cumple la condicion no tiene derecho el legatario á la manda, ni el heredero extraño á la herencia (1). Otras se llaman *ciertas ó necesarias*, las cuales tienen las apariencias de casuales, y no lo son, por lo que es preciso se cumplan: v. gr. *si Pedro muriere etc.*, y así no hacen el acto condicional, ni suspenden su virtud ni efecto, y de consiguiente el legatario y heredero pueden pedir la manda y herencia luego que muere el testador (2), porque fueron puras, como sino hubiera condicion. Otras son *mixtas de casuales y potestativas*, y se llaman así, porque su cumplimiento depende de la voluntad del hombre y de la casualidad, v. gr. *hacer algún contrato ó negocio con alguno, contraer matrimonio con cierta persona, ir á tal parte, venir de tal tierra etc.*; y en estos casos y otros semejantes es forzoso se cumpla la condicion para que el legatario perciba la manda, y el heredero extraño la herencia (3). Se pueden cumplir estas condiciones así en vida del testador como despues de su muerte, porque no dependen enteramente del legatario ó heredero, y el testador solo atiende á que tengan efecto, y no al tiempo en que se ha de verificar su cumplimiento. Otras son de *presente*, otras de *pretérito*, y otras de *futuro*: de presente, v. gr. *si esto es así lego tal cosa á Juan*: de pretérito; v. gr. *si Juan hizo tal cosa, ó si esto sucedió*: de futuro, v. gr. *si la hiciere ó si sucediere*. Las dos primeras siendo verdaderas obligan al instante, y no suspenden el acto, por lo que el legatario y el heredero percibirán el legado y la herencia; pero sino son ciertas, es nula é ineficaz la disposición. Las de futuro ningun efecto causan al presente, y si solo

1 Ley 8. tit. 4. Part. 6.

2 Dicha ley 8.

3 Ley 9. tit. 4. Part. 6.

hay la esperanza de que le ~~sustituirán~~ con el tiempo (1). Otras son *expresas* y otras *tácitas*. Se llaman *expresas* las que el mismo testador pone por su propia boca en la institucion ó legado, y *tácitas* las que en alguna disposicion se entienden puestas por derecho, aunque el testador no las ponga, lo cual sucede en muchos casos, de los cuales se han expuesto varios en los lugares oportunos de esta obra. Otras consisten en *dar* y otras en *hacer*; y siendo posible lo que el testador manda dar ó hacer, no percibirán el legado ó herencia el legatario ni heredero hasta que lo cumplan. Pero si la condicion es *prohibitiva*, como cuando le encarga que no de ó no haga tal cosa, y puede cumplirla, debe dar la caucion *muciana* con fianzas, de que no la dará ó hará, para que se le entregue el legado, porque de lo contrario no le percibirá; y si despues de percibido procede contra lo prometido, ha de restituir el legado con frutos (2). Si el testador manda al legatario que jure darla ó hacerla, se tiene por no puesto el juramento, aunque sin embargo no ha de percibir lo que le legó hasta que cumpla su mandato, y si el juramento es sobre cosa pasada ó presente, debe hacerle, y de lo contrario nada tomará del legado (3).

4 Tambien pueden hacerse los legados bajo de cierto modo, y entonces se llaman *modales*, segun se indicó en dicho capítulo 18, párrafo 14. Esto sucede cuando el testador lega á uno alguna cosa ó cantidad porque dé ó haga algo, cuyo *porque* que parece casual, equivale á *para*, y asi la virtud y efecto de este legado son que el legatario no pueda pedirle, ni se le deba entregar antes de cumplir el modo con que se le hizo, sin dar caucion ó fianza y seguridad de cumplirle (4); excepto que el testador quiera expresa ó tácitamente que antes que se le entregue le cumpla, pues entonces no basta la fianza. Esto procede aunque el testador añada condicion al modo, diciendo: *lego á Pedro cien ducados con la condicion de que dé ó haga esto*; pues será modo y no condicion, porque mas se atiende á su mente y voluntad que no á las palabras con que la declara; y siempre que quiere que lo que ordena se cumpla antes que su disposicion, será *condicion*; y si despues, será *modo*, el cual no suspende la disposicion. Ademas, faltando la condicion se irrita ó invalida *ipso jure* la disposicion, y no se trasmite la herencia al sucesor; pero aunque falte el modo, no se anula y debe cumplirse. Acer-

1 Ley 21, tit. 9. Part. 6.

2 Leyes 7 y 14. tit. 4, y 22. tit. 9. Part. 6.

3 Ley 6. tit. 4. Part. 9.

4 Ley 21. tit. 9. Part. 6.

ea del dominio irrevocable que adquiere el legatario en la cosa legada cuando cumple el precepto del testador véase el párrafo 15 del citado capítulo.

5. Asimismo se hacen los legados con demostracion, segun se iusinuó en el citado capítulo, esto es, con alguna señal ó aditamento que designe la cosa legada; añadiendo el autor que regularmente vale el legado aunque la demostracion sea falsa; pero sobre este último punto debe tener presentes el contador las reflexiones siguientes que hace el reformador de Febrero (1). La regla de que la demostracion falsa tocante á la cosa legada no vicia la manda puede padecer muchas excepciones, sino por causa de tal demostracion, por razon de algun otro aditamento ó de otra alguna circunstancia; y asi en todo legado hecho con dicha demostracion debe examinarse atentamente la voluntad del testador, que habrá de observarse. Y en orden al error que puede padecerse en el nombre del legatario ó de la cosa legada, acerca del cual no habla Febrero, no será fuera de propósito insertar en este lugar las leyes 9 y 23. tit. 9. Part. 6, que tratan de dicho error. Ley 9. *La persona de aquel á quien es fecha la manda, debe ser puesta é nombrada ciertamente, de guisa (de manera) que puedan saber cual es, ó por su nome, por otras señales, cá si cierta non fuesse, non valdria la manda. E esto seria como si el testador oviesse dos amigos que oviesse el uno nome asi como el otro, é dijesse assi: mando á fulano mio amigo tantos maravedis ó tal cosa, é non dijesse el sobrenome (apellido) de aquel á quien lo mandaba. Cá pues que non se puede saber ciertamente cual de aquellos sus amigos quisiera el testador que oviesse aquella manda; por ende (por tanto) non vale, nin es el heredero tenuto de la cumplir. Pero si fuesse cierta la persona de aquel á quien fuesse mandada, maguer errase el testador en el nome ó el sobrenome de aquel á quien la ficiesse, non empeze (no perjudica) tal yerro, nin se embarga por ende la manda.* Ley 23. *De legatis tertio, en latin, tanto quiere decir en romance como una razon que es escrita en el derecho que muestra por que palabras pueden ser dejadas las mandas. E decimos que por todas palabras que ayen entendimiento (sentido) que sean guisadas (razonables) é convenientes para espaldinar (declarar) las cosas que el facedor del testamento quiere mandar á otri, pueden ser otorgadas é puestas las mandas. en los testamentos ó en el codicilo que alguno ficiere, cá si de otra*

guisa las dijese, non valdrá la manda: é esto seria como si el testador oviesse voluntad de mandar oro á alguno, é dijese que le mandaba laton, creyendo quel oro habia tal nome, cá entonce non valdria tal manda, maguer aquel á quien fuesse fecha quisiesse provar que su intencion del testador era de mandarle oro é non laton. E esso mismo decimos que seria en todas las otras cosas que han nomes generales, en que acuerdan los omes comunamente en cada tierra en nombrarlas: assi como plata, ó vino, ó pan, ó paños, ó vestiduras, é todas las otras cosas semejantes destas. Cá en cualquier de estas cosas sobredichas, si el testador errasse el nome de la cosa que mandasse diciendo otro nome é non el suyo, cuidando (creyendo) que aquel que él decia era su nome, non valdria la manda. Pero en las cosas que han nomes señalados, assi como son los omes, non seria así. Cá maguer el testador errasse en el nome de algun ome, diciendo otro nome é non el suyo, cuidando que aquel era su nome que el le decia, valdria la manda, é non se embargaria por tal yerro si fuere probado que su intencion era del testador que aquella persona que nombró oviese tal manda. Otrosí decimos que cuando los fucedores de los testamentos usan tales palabras en las mandas, diciendo: mando é quiero que fulano aya tal cosa, ó pláceme ó tengo por bien que la aya: ó dice al heredero: creo que tú darás tal cosa á fulano, ó déjolo en la tu fe que lo cumplas: ó dice el testador: quiero que el mio heredero haga tal cosa. Cá usando el testador cualquier de estas palabras sobredichas cuando ficiesse la manda, ó otras semejantes dellas, porque pueda ser entendida la intencion ó la voluntad dél, valdria la manda que assi fuesse fecha.

6. Logando el testador á dos personas junta ó apartadamente alguna cosa: juntamente, v. gr. diciendo: *Mando á Pedro y Juan tal casa ó viña ect.*: apartadamente si se dice en una cláusula: *Mando á Pedro tal casa*: y luego en otra de la misma disposicion: que manda á Juan la propia casa, deben partirla con igualdad los legatarios, porque á cada uno se dejó simplemente é in sólidum; y ya sean conjuntos ó separados en la cosa ó palabras, ó disyuntos en estas y juntos en aquella, ninguno ha de llevar mas. Y si alguno de ellos muere antes que el testador, ó renuncia su parte, ó sobreviene algun impedimento por el que no puede adquirirla, se acrece al otro, sea dividua ó individua (1).

1 Ley 33. tit. 9, Part. 6. y su glos. 7.

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

8. Cuando se legan á los menores los alimentos hasta la pubertad, ha de ampliarse esta en los varones hasta los diez y ocho años, y en las hembras hasta los catorce, ya por piedad, y ya porque hasta dicha edad no pueden adquirir regularmente con su industria lo necesario para vivir, excepto que el testador profina hasta cuando se les ha de contribuir con ellos, y no señalando este el tiempo, se les han de dar por toda su vida. La cantidad que en todos casos se les ha de dar, si cuando vivia los alimentaba, y no se la consigna, ha de ser la que les daba al tiempo que falleció; y si en vida variaba, dándoles unas veces menos y otras mas, ha de darceles la que al mas cercano de su muerte solia darles. Por alimentos se entienden la comida, el vestido, calzado y la habitacion, no la enseñanza, sino que el testador la exprese; por lo que si este deja alimentos á alguno, ó lo necesario para vivir, se comprende en ellos lo dicho (1): si le lega los alimentos diarios, se le debe dar únicamente la comida; y para hacer una regulacion prudente y caritativa, cuando se han legado simplemente sin señalamiento de cuota, ni constar cuanto daba el testador al legatario ó á otros de su condicion, se ha de atender á esta y á las facultades y rentas de los bienes de aquel (2), sin que por no ser bastantes las rentas, se deba enagenar la propiedad de sus bienes.

9. En el citado capitulo 13 del titulo 2, libro 2, párrafos 27 y 28 se dijo que si el testador lega una casa, y despues se arruina, quema ó destruye toda, se debe al legatario el área ó suelo en que estaba edificada; pero si despues reedifica el testador otra casa sobre dicho solar, no se debe al legatario este ni aquella. Sobre esta cuestion opina el reformador Don José Gutiérrez contra Gomez y Febrero que la nueva casa pertenecerá al legatario, ya porque habiendo de ser suyo el solar, debe corresponderle lo edificado sobre él, ya porque la ley 37. tit. 9. Part. 6, que el

1 Ley 2, tit. 19. Part. 4.

2 Dicha ley 2, tit. 19. Part. 4.

autor cita, dice expresamente, que si habiendo el testador legado un solar construyese despues sobre este alguna casa, le toca al legatario, y ya por ser evidente que edificando de nuevo el testador sobre dicho solar quiere que pertenezca al legatario el edificio, mayormente cuando de lo contrario hubiera revocado la manda. A pesar de estas razones parece mas fundada la doctrina del autor, quien dice que no se debe al legatario la nueva casa por ser distinta de la primera, y en esto tiene sobrada razon. El legado fue de la primera casa, esto es, de una cosa específica y señalada, la cual pereció, y por consiguiente en esta parte faltó la materia del legado. Quedó el solar, y por eso dice Febrero que le corresponde al legatario, esto es, si el testador no construye en él otro edificio, pues de lo contrario no tendrá tampoco derecho el legatario al solar, porque ya deja de serlo, y se constituye parte de la nueva casa edificada. Esto tambien es consiguiente á lo primero, porque asi como pertenece al legatario el solar cuando se le lega la casa que está fundada en él por considerarse parte de esta, del mismo modo no debiendose al legatario la segunda casa por ser cosa distinta de la primera, tampoco le corresponde en este caso el solar por la misma razon, esto es, por considerarse siempre parte de la casa. Nada obsta la ley 37 en que se apoya el reformador, pues esta dice que si el testador mandase un solar, y despues construyese en él casa ú otro edificio, corresponden al legatario el solar y la casa. Este caso es diferente del otro en que se mandó la casa, se arruinó y se construyó otra. El señor Gutierrez da por supuesto que siempre corresponde el solar al legatario, y esto era lo que debia probar, pues de la citada ley no se infiere. Tampoco es evidente, como él dice, que edificando de nuevo el testador sobre dicho solar quiere que pertenezca al legatario. Supongamos que la casa primera fuese ruinososa ó de poco valor y que despues de la ruina de ella construyese un edificio suntuoso, ¿habrá razon para dar tal amplitud al legado por meras conjeturas con perjuicio de los herederos? Está pues muy fundada la doctrina del autor, quien añade lo siguiente: „Y si esta segunda casa se arruina, quema ó perece enteramente, tampoco se debe el área ó solar, porque es parte de ella (la cual no fue legada), y no de la primera que lo fue.” Yo distinguiria: cuando el legado fue de la casa y no del solar, está bien que arruinada aquella perdiese tambien el legatario el derecho á este cuando se construyó en él una nueva casa; pero si el legado fue del solar, es mi dictamen que siempre debe corresponder al legatario.

rio despues de arruinada la segunda casa, por constar en cuanto á aquel la voluntad del testador. Continúa el autor diciendo: „Pero si poco á poco se fue destruyendo ó cayendo, y el testador la fue levantando ó reedificando, se le debe, no solo el área, sino el edificio, porque se contempla la misma casa legada, y dura aunque reparada y renovada.” Este periodo puesto á continuacion del anterior, en que habla Febrero de la segunda casa, parece que se refiere á esta, lo cual seria un absurdo; y asi debe entenderse de la primera casa, con lo cual desaparece la contradiccion. Se ve claramente que está dislocado ó traspuesto; pero como se halla de este modo en las ediciones de Febrero adicionado y reformado, me ha parecido conveniente hacer esta advertencia para evitar equivocaciones.

10. Paso ahora á instruir al contador en tres puntos importantes. El primero es relativo al modo de deducir los legados. El segundo versa sobre si los legados hechos por el testador á su muger, acreedores, y tutor que nombra, se compensarán ó no con la dote y gananciales de la muger, con lo debido al acreedor y con la décima correspondiente al tutor. El tercero se reduce á la division de los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada; y á si revocándose el legado deberá ó no restituir los que percibió. En cuanto á la deducion de los legados gratuitos ó voluntarios, se hace del modo siguiente: O el legante testa entre herederos extraños ó legítimos: si entre extraños (y por tales se reputan para el caso todos, aunque sean sus hermanos, excepto los ascendientes y descendientes legítimos) se deben deducir del cuerpo del caudal que deje despues de pagar las deudas, gastos funerarios y misas, no mandando otra cosa, segun por derecho comun está dispuesto (1), por no haber ley Real que en esta parte y caso lo corrija. Si testa entre herederos legítimos; ó son descendientes ó ascendientes: si son hijos ó descendientes, se han de sacar del quinto liquido de su hacienda (que es lo único de que por la ley 28 de Toro se le permite disponer en vida y muerte), como lo ordena la 30, tambien de Toro, que es la 9. tit. 10. lib 10. Nov. Rec. Y si son ascendientes, se deben deducir del tercio que es de lo que por la ley 6 de Toro se le permite testar por su alma, ó á favor de quien quisiere; pues el residuo de su hacienda liquida es legítima respectiva de los ascendientes y descendientes legítimos que no puede

1 Ley 1. §. fin. ff. *Ad leg. falcid.* Ley *Papianus.* §. *Quarta autem.* ff. *de inofficis, testam.* y ley fin. §. *In computation.*

Cod. de jure deliberand. Gom. en la 30 de Toro, Matienz. en la fin, tit. 6, lib. 5. Rec. glos. 3, num. 1.

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

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

idad de que pudo disponer, llevan cada legatario pio ó gracioso á proporcion de lo que importaba el suyo, pues al que le gó sesenta, debe tocar mas que al que cuarenta; y al que treinta, mas que al que veinte (1). Y no deben ser preferidos los nombrados primero, ni por consiguiente haber predileccion entre ellos, sean ó no de distintas clases ó esfera, porque se presume que el testador á todos profesó igual afecto (2); y cuando se trata de anular, no se debe atender al orden del nombramiento (3), excepto que el testador lo mande expresamente.

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

1 Ley *In quantitate*, §. fin. ff. *Ad leg. falcid.* Cifuent. en la 30 de Toro, num. 2. Gregor. Lop. en la ley 1. glos. 1. tit. 11. Part. 6. Escobar *de ratiocin.* comp. lo, num. 5.

2 Ley *Si quis testam.* §. *Apud Julianum*, ff. *de legat.* 1. Escobar ibi, num. 4.

3 Ley *Quidam*, ff. *de peculio*, Escobar ibi, num. fin.

misas y legados pios se ~~de~~ de sacar del quinto, y no del tercio; lo que observará el contador no mandando el testador otra cosa. Ultimamente debo advertir que los legados pios sufrirán la deducción del mismo modo que los voluntarios, excepto que el testador lo prohiba (1).

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

14. Los maridos hacen muchas veces legados á las mugeres, y suele dudarse si se han de compensar ó no hasta su importe con la dote, bienes parafernales, arras y gananciales que las corresponden. En cuanto á la dote, digo que no se debe compensar con el legado ó legados que el marido hizo á su muger; y asi no solo ha de llevar íntegra, sino tambien los legados: lo cual se entiende á menos que haya dicho expresamente que se los dejaba por via de compensacion de ella, ó conste claramente que su ánimo fue hacérselos en este concepto. Asimismo aunque la legue la misma cantidad numérica que contiene la dote (2), ó el usufructo del todo ó parte de sus bienes, se la adjudicará todo (3); siendo de advertir que los herederos del marido no pueden diferir la restitution de la dote legada con pretexto de los gastos hechos en ella, excepto que fuese necesario ejecutarlos (4). En cuanto á si estos gastos, ya sean útiles, necesarios ó voluntarios, se entienden tambien legados ó no, hay que distinguir de casos, y aun de opiniones (5).

15. Si la lega los esclavos que recibió estimados en dote, los conseguirá como legado, y tambien su estimacion como parte

1 Ley *Si post missionem*, 17. et ibi DD. ff. de leg. falcid. Parlad. lib. 1. *Rer. quotidian.* cap. 18. Greg. Lop. y Argut. ubi supr. proxime. Escobar dicha comput. 10. num. 8 y 9 sig.

2 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 27. vers. *Quid extende*, ley única, §. *Primum*, 3. Cod. de rei ux. action. desde la palabra

Sciendum, ley *Cum pater*, 77. §. *Qui dotalli*, ff. de legat. 2.

3 *Castill. de usufruct.* cap. 46.

4 Ley *Dote prælegata*, 6. ff. de dote prælegat. Bersan. de viduis, cap. 2, quæst. 43. num. 1 al 3.

5 Bersan. dicho cap. y quæst.

de dote (1). Lo mismo procede ~~que~~ que haya dicho que legaba tales cosas ó tales esclavos que se le habian dado en dote; pues estas palabras se entienden puestas y añadidas por causa de demostracion y no de tasacion (2). Lo mismo procede cuando la lega alguna heredad ú otra finca afecta especial ó generalmente á la responsabilidad de su dote, pues tampoco se compensará en todo ni parte con ella, excepto que asi lo exprese ó conste ser esta su voluntad (3), porque estos débitos son voluntarios, á causa de haberlos contraído espontáneamente, y en los voluntarios no há lugar en caso de duda la compensacion.

16. Tampoco se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado: lo primero, porque este débito es voluntario en su origen por estar en arbitrio del marido el recibir ó no su administracion (4), y cuando el contrato fue voluntario en su principio se conceptúa siempre por tal (5); además de que el legado hecho por el deudor al acreedor voluntario no se compensa con el debito (6); y lo segundo, porque lo mismo se juzga de lo accesorio que de lo principal; es asi que los bienes parafernales son accesorios á la dote; luego por igual regla se han de pagar; y al modo que con la dote no ha lugar la compensacion del legado, tampoco con los parafernales; por lo que si el estatuto permite á la muger que teste de aquella, se debe entender y ampliar la permission respecto de estos (7).

17. Si el testador recibió de la muger, v. gr. ciento en dote y docientos en los bienes parafernales, y en su testamento dejó á las hijas que tuvo en aquella, mayor suma que las dos recibidas, mandando que se contentasen con ella por todo lo que debian haber, y podian pedir; valdrá y compensará el legado con la dote y parafernales de su madre hasta en lo que alcance, porque estas palabras: *que se contentasen con ella por todo lo que debian haber y podian pedir*, son universales, y comprenden toda especie de débito; por lo que es visto haber hecho el legado en compensacion de la dote y bienes parafernales (8).

1 Glos in leg. *Licinius*, 48. ff. de legat. 2.

2 Imol. in leg. 1. §. *Mela*, 14. ff. de dote prælegat.

3 Ley única, Cod. de rei uxoriæ action. §. y vers. inserto, y ley *Cum pater*, 77. §. *Qui dotale*, ff. de legat. 2. Gregor. Lop. en la 16. tit. 9. Part. 6. glos. 3. vers. *Sed quid si debitor*.

4 Ley fin. Cod. de pact. convent.

5 Ley *Sicut*, Cod. de obligat. et action.

6 Imol. in leg. *Si cum dotem*, §. *Si pater*, ff. Solut. matrim. Alex. in leg. *Hujusmodi*, 84. §. *Cum pater*, 6. ff. de legat. Menoch. lib. 2. de arbitr. causa, 180. num. 52. Aimou Cravet. consil. 149.

7 Cravet. consil. 149. num. 6. Ana consil. 36. vers. *Utrum*, num. 1.

8 Menoch. consil. 56. num. 36. vers. 10. vol. 1. Ruin. consil. 60. num. 6. consil. 79. num. 8. y consil. 81. num. 7. lib. 2.

18. Por lo respectivo a ~~las~~ arras que el marido promete á su muger, tampoco há lugar su compensacion con el legado del quinto ú otro que la hizo, porque el débito de ellas fue voluntario en el principio, á causa de estar en su arbitrio el ofrecérselas ó no, por no obligarle á ello ley alguna; pues en las deudas voluntarias, que son las que se contraen y deben por pacto y condicion, sin distincion de género, especie ni cantidad, no se admite compensacion con el legado, excepto que conste de la voluntad del testador; y mucho menos há lugar si las arras estan entregadas á la muger, porque con el débito ya pagado no se hace compensacion (1). Todo esto se entiende, excepto que el testador tenga ascendientes ó descendientes al tiempo que se casa, pues si viven algunos de ellos ó todos al de su fallecimiento, se compensará el importe de las arras con otro tanto de su quinto ó tercio, y del uno de estos se deducirá, y no del cuerpo del caudal.

19. En orden á los gananciales, si el marido hace á su muger algun legado, no se ha de compensar con la mitad que de ellos la toca, antes bien la ha de llevar, y además el legado, el cual se debe deducir del privativo caudal del marido, segun se prueba de la ley 8. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. que dice: *Si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte, ó testamento, no se la cuente en la parte que la muger ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de los bienes, y la tal manda en lo que de derecho debiere valer.* La razon es, no porque los gananciales sean débito voluntario en su principio, como afirma Matienzo (2), pues lo son necesario; y asi ya quiera ó no el marido, los ha de llevar, por concedérselos en los reinos de Castilla la costumbre aprobada por la ley (3); al modo que lo es tambien el lucro de la dote, que segun la ley ó estatuto gana el marido (4): ni tampoco porque la ley lo estableció asi por evitar dudas, segun opina Acevedo, pues todas las leyes se hacen generalmente con este mismo objeto; sino porque, como á la muger se comunica el dominio y posesion (bien que revocable durante la vida de su marido) de los gananciales, segun senté en otra parte, estos se la deben á dia incierto, que es por muerte de su marido,

1 Tello en la ley 16 de Toro, num. 7 y 8. Covarr. in cap. offic. num. 4. y 11. de testam. Matienz. en la ley 7. glos. 1 num. 8. tit. 9. lib. 6. Rec. et ibi Acev. num. 6 al fin. y num. 7. Palac. Rub. in cap. *Per vestras; de donat.* cap. 27. num. 2 y 3. Gu-tierr. lib. 2. *Pract. quæst.* 124. num. 2; y

de tut. part. 3. cap. 5. num. 75.

2 En la glos. 1 á la ley citada.

3 Segur. en la ley 3. §. fin. num. 246. ff. *de liberis et posthum.*

4 Covarr. ibi, num. 2. Menoch; præsumpt. 109, num. 35, lib. 4.

ó por divorcio, y no antes; y por causa onerosa, que es su trabajo y sociedad; el dia incierto hace condicion (1), y el legado para pagar el débito contraido á cierto dia ó condicion, no parece hecho con ánimo de que se compense antes que el dia llegue, ó la condicion se cumpla (2). Por eso estableció la ley inserta que el hecho por el marido á su muger no se compense con los gananciales, que no se la deben ni se la han de pagar hasta que su marido muera; pues aunque tampoco se debe el legado hasta que fallece, y por concurrir este y los gananciales en un mismo tiempo, parece se debian compensar, no obsta, porque se atiende á aquel en que se hizo, en el cual no se la debian todavía los gananciales, y al motivo porque se la deben.

20. Por la misma regla se ha de juzgar el legado que el padre hace á su hija impúbera, pues aunque de necesidad está obligado á dotarla teniendo edad competente para casarse (3), este débito y obligacion son necesarios solamente á cierto dia, que es cuando se halle en disposicion de poder contraer matrimonio, y no antes (4). Asi que si la hizo algun legado en tiempo que todavía no se podia casar por falta de edad, no se debe decir que fue con ánimo de compensarlo con la dote que debia darle cuando la tuviese; y asi no se compensará con esta, antes bien lo llevará todo (5); y lo mejor será, ya tenga ó no edad para casarse la hija, que el padre lo declare en su testamento, y de esta suerte se evitan dudas (6).

21. Si el marido lega á su muger todos sus vestidos y joyas, no se entiende que se los manda dos veces, en caso que no esten destruidos los que la tenia entregados al tiempo de hacer la manda, porque dos causas lucrativas de una misma especie no pueden concurrir en una persona (7), á menos que conste lo contrario de la voluntad del legante; pues entonces se observará esta en todo lo que sea conforme á derecho. En cuanto á los demas vestidos y joyas no entregadas, se ha de distinguir: si son dotales, porque la muger los trajo al matrimonio, no los ha de

1 Ley 1. §. *Dies autem incertus*, y ley *Dies incertus*, 75. ff. *de conditionib. et demonstrat.*

2 Alex. in leg. *Hujusmodi*. §. *Cum pater*, ff. *de legat.* 1. Menoch. consil. 151. num. 23. lib. 2, y *presumpt.* 109. num. 57. lib. 4. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 27. al fin. vers. *Ex quibus subtiliter*.

3 Ley 8. tit. 11. Part. 4. Ley *Qui liberos*, 19. ff. *de ritu nuptiar.* Ley fin. et ibi DD. *Cod. de dotis promission.*

4 Ley *Quod pupilla*, 30. ff. *Quando dies legator. cedat.*

5 Alex. consil. 80. lib. 2. num. 6. Menoch. dicha *presumpt.* 109. num. 57 al fin.

6 Morquech. *de divis lib.* 4. cap. 11 desde el num. 1 al 43.

7 Ley *Omnes*, ff. *de obligat. et action.* Ley *Si servus legatus*, §. *Stichum*, ff. *de legat.* 1, y §. *Si res alienæ*, Institut. *de legat.*

percibir duplicados; y lo propio milita para con otra cualquiera cosa dotal (1). Esto se entiende, excepto que al tiempo de recibirlos el marido se hubiesen estimado, pues en este caso se le han de dar, y ademas su estimacion (2); previniendo que si expresa lo que valen, aunque resulte tener mayor valor, es visto legarla este íntegro (3).

22. No solo se comprenden en el legado general de vestidos los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cortados en casa del sastre, y el paño ó tela tejida, ó que para emplear en ellos se estaba tejiendo, excepto que lo limite el testador (4): lo cual se entiende no estando prohibido su uso en el pueblo, bien que en este caso se deberá su estimacion al legatario. Y aunque se aumente despues porque no murió entonces el testador, no se extenderá el legado á otros que á los que legó, no obstante que esten algo gastados ó rotos; pero estando consumidos sucederán en su lugar los nuevamente hechos hasta en el valor que aquellos tenian, y no mas (5).

23. Donando en contrato el deudor á su acreedor alguna cosa, no se presume haberle hecho esta donacion con ánimo de compensarla con lo que le debia; y así no se hará la compensacion, porque en duda no se hace con el débito necesario, antes bien llevará el importe del débito y la cosa donada (6).

24. No vale el legado hecho por el deudor á su acreedor de lo que le debe, cuando ninguna utilidad ni comodidad se le sigue; pero si alguna se puede considerar, valdrá (7). Por lo que si le lega simplemente alguna cantidad, se duda ¿si es visto legársela con ánimo de compensarla con lo que le debe? Y se responde, que siendo el débito necesario (cual es el que por disposicion de la ley contrae el legante, aunque á el no se obligue expresamente) se compensará, porque es visto haberlo hecho con este ánimo, v. gr. cuando el padre lega alguna cosa á su hija, que ya se halle en edad de casarse, pues se entiende legársela con ánimo de compensarla con la dote, que segun derecho está obligado á darla (8). Lo mismo se entenderá si deja algo á un hijo,

1 Ley 1. §. 14. ff. de dote prælegata.

2 Acev. en la ley 7. tit. 9. lib. 5. Nov. Rec.

3 Paul. in leg. Si fundum, 83. §. Si libertus, ff. de legat. 1.

4 Jason. in leg. Cætera, 41. §. Sed si paraverit, ff. de legat. 1. num. 20. et in leg. Hujusmodi, 84. §. Legatum, num. 8. Cod. dicho tit.

5 Castill. en la ley 16 de Toro, num.

14 y 15.

6 Menoch. præsumpt. 142. num. 2. lib. 3.

7 Ley Si creditori, ff. de legat. 1. Ley Mævius, 66. vers. Debitor, y ley Debitor, 84. ff. de legat. Institut. de legat. Gom. cap. 12. num. 26.

8 Ley Si cum dotem, §. Si pater, ff. Solut. matrim.

pues se presume dejárselo por vía legítima, y por compensación de esta (1), aunque también puede ser por vía de mejora, según la ley 26 de Toro, como dejó explicado. Todo esto procede, excepto que otra cosa conste de su voluntad, ó que por conjeturas ó demostraciones se colija que su ánimo no fue hacer la compensación, v. gr. cuando el débito proviene de una causa, y el legado se hace por otra diversa, ó el legante expresa que hace de sus bienes el legado, ó manda que este no permanezca en poder del legatario, y que antes bien lo entregue á otro; ó cuando el deudor necesario instituyó simplemente por su heredero á su acreedor en parte y no en todos sus bienes; ó cuando el débito necesario fue declarado antes y destinado en cierta cosa, y luego el deudor lega á su acreedor otra diversa; por cuyas demostraciones ó expresiones se colige el ánimo de que no se haga la compensación (2).

25. Pero si el débito es voluntario (que se llama así cuando proviene de contrato celebrado por el mismo deudor) no se compensará; antes bien el acreedor llevará el legado, y podrá pedir y percibir su crédito (3). Y lo propio milita si le lega la cosa mueble ó inmueble que le tiene obligada ó afecta á la seguridad y responsabilidad de la deuda, pues percibirá aquella y también el importe de esta, porque la especie no se compensa con la cantidad (4).

26. Exceptuase el caso de que concorra alguna urgente conjetura, de la cual se pueda colegir que el deudor hizo legado con ánimo de hacer la compensación (5), pues el ánimo de compensar se prueba también por conjeturas ó demostraciones (6), v. gr. cuando por la misma causa de que procede el débito, se hace la donación ó legado, como si alguno debe á la mujer cierta cantidad por razón ó causa de dote, y por la causa dotal la dona ó lega la propia suma (7); ó cuando dona ó lega tanta cuanto debe, v. gr. debe ciento, y dona al acreedor otros tantos (8); ó si la cantidad donada excede á la que debe, porque en lo

1 Ley *Quoniam novella*, y ley *Omni-modo*, Cod. de *inoffic. testam.* y ley *Etiam*, §. *Si debita* ff. de *bonis libertor.*

2 Simon de Præst. de *interpret. ult. voluntat.* lib. 4. dabit. 6. num. 17 al 31. Gutierr. de *tutel.* part. 3. cap. 5. num. 44. al 46.

3 Ley unic. §. *Sciendum*, Cod. de *rei uxoriae action.*

4 Ley *Creditor*, 16. Cod. de *legat.* y ley *Creditorum*, 85. ff. de *legat.* 2. Covarr,

in cap. *Offic. de testam.* num. 2. Gem. cap. 12. num. 27.

5 Cravet. consil. 636. num. 3. lib. 4.

6 Ley *Cum quo*, 56. §. *fir.* y ley *Quod autem*, 74. ff. *Ad leg. falcid.* Matienz. en la ley 7. tit. 9. lib. 5. glos. 1. num. 9.

7 Ruin. consil. 223. num. 4. lib. 1. Cravet. consil. 68. num. 3.

8 Paul. in leg. *Lucius*, 1. ff. de *legat.* 2. col. 2. Corn. consil. 230. num. 1. lib. 4.

mas está incluso lo menos (1), ó cuando por el contexto de la donacion ó legado se colige el ánimo de compensar (2). Por estas conjeturas se infiere que la voluntad del testador fue hacer la compensacion, y asi se hará; y mucho mejor cuando está clara y manifiesta (3).

27. Cuando el acreedor que tiene en su poder la prenda la lega á su deudor, aunque vale el legado, se entiende en cuanto al derecho de prenda que le remite, pero no en cuanto á la liberacion de la deuda; y asi la podrán cobrar sus herederos, y no habrá lugar la compensacion, como dije en el libro 2, título 2, capítulo 18, párrafo 33, y se prueba de la ley 16. tit. 9. Part. 6. que dice: *En peños teniendo algun ome cosa de otro por dineros que oviese emprestado sobre ella, si este atal, á quien fue-se obligada, ficiese manda de aquella cosa á aquel mismo que gela obligara, vale tal manda. Pero á sus herederos en salvo les finca su derecho para poder demandar á aquel que gela em-peñó, los dineros que el testador le habia prestado sobre aque-lla cosa.*

28. Procede tambien lo referido cuando es especie lo que se debe, y cantidad lo que se lega, pues tampoco ha lugar la compensacion de una con otra (4), excepto que uno á otro se leguen la misma cosa que se deben, porque dos causas lucrativas de una propia cosa no pueden concurrir en una persona, aunque la primera se haya entregado. Pero esto no milita cuando son diferentes especies (5); ni tampoco en las deudas que se deben al sobreviviente por disposicion de ley, estatuto ó costumbre, v. gr. la cuarta marital, el lecho cotidiano ó luto, pues estas son necesarias; y asi habrá lugar en ellas la compensacion, sin distincion de especie, género ni cantidad (6), no constando lo contrario de la voluntad del legante.

29. Como el legado que el testador deja al tutor testamentario, se presume hecho por premio del trabajo que ha de tener en la administracion de los bienes de su hijo pupilo y en el cuidado de su persona (por cuya razon, sino administra, no tendrá derecho á él, ni lo conseguirá, á menos que expresamente ó por

1 Ley *In eo*, ff. de regul. jur. Corn. consil. 292. num. 1. lib. 1. Cravet. consil. 301 al fin.

2 Menoch. præsumpt. 142 al fin. lib. 3. Corn. lib. 1. consil. 210. num. 4.

3 Ley *Continuus*, §. *Cum ita*, ff. de verbor. obligation. Menoch. præsumpt. 106. Barbos. en la ley *Si cum dotem*, §. *Si pa-*

ter, ff. *Solut. matrim.* Gutierr. de tutele. part. 3. en todo el cap. 5.

4 Alex. consil. 7. num. 16. col. fin.

5 Pichard. in §. *Si res aliena*, Inst. de legat. num. 9. 10, 11 y 15.

6 Greg. Lop. en la ley 16. tit. 9. Part. 6. Escob. de ratioc. compt. 14. num. 6.

conjeturas conste lo contrario de (Voluntad) (1); se sigue que percibiéndolo no le toca la décima que la ley del Fuero le concede, y antes bien se debe compensar con ella. Si se lo deja simplemente, se compensará hasta en la concurrente cantidad, porque la compensacion se debe hacer en esta forma (2); excepto que el testador mande que se contente con él, prohibiéndole que pida mas por razon de décima, pues en este caso si sabiéndolo lo acepta, no puede pretender lo que falte para el complemento de ella (3), porque por su aceptacion se juzga aceptar el gravamen anejo (4). Y si le hace el legado con condicion de que á cierto dia lo entregue á otro, se compensará el producto que en su intermedio percibió de él (5). Lo mismo procede con el que hace al hijo del tutor por mera contemplacion de este (6).

30. Pero no se compensará cuando hace la manda á su mismo hijo, á quien nombra tutor del pupilo su hermano, pues se contempla que no se la deja por razon del trabajo en la administracion sino por el afecto filial, excepto que lo exprese (7); ni en los casos siguientes: cuando es legado de especie, sino lo dice; cuando se lo deja para que lo exija al tiempo que la décima; cuando se le hizo por otra causa, v. gr. por conservar la familia, pues entonces se debe atender á la causa que lo motiva; cuando el legatario fue nombrado despues tutor del menor por el juez; ni tampoco cuando concurre alguna de las conjeturas ó demostraciones referidas en el párrafo 24 (8).

31. Pertenece al legatario y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa simplemente legada, ó dejada en fideicomiso por el testador, siendo suya, y los que se cogen despues de haber adquirido su dominio con dicho motivo, sin que para ello se atienda si pasó ó no la mayor parte del año, ni á cuando espiró ó se cumplió el dia del legado ó fideicomiso, ni tampoco á si estan maduros ó próximos á ser cogidos; pues sin embargo de todo debe percibirlos el legatario, habiéndolos dejado pendien-

1 Ley *Nesennius* al fin. ley *Sed hæc nimium*, ley *Quod autem*, ley *Tutor*, §. *Quæ tutorib.* y ley *Amicissimos*, ff. de *excusat. tutor.* Baez. de *decim. tutor.* cap. 11. num. 1. Gutierr. de *tutel.* part. 3. cap. 5. num. 15.

2 Ley *Dotale*, §. fin. ff. de *fundo dotal.* ley *Titia*, 34. §. *Qui in vita*, ff. de *legat.* Gutierr. ibi, num. 45 y 50.

3 Glos. in leg. *Creditorum*, ff. de *leg.* 2. Baez. de *decim. tutor.* cap. 5. num. 43. Gutierr. ibi, num. 51.

4 Ley *Cum ab uno*, ff. de *legat.* 2, ley

Qui tutelam, ff. de *testam. tutel.* Gutierr. ibi, num. 52.

5 Ley *Cum quo*, §. *Is qui bonis*, ley *In quantitate*, §. *Magna*, y ley *Mulier*, §. *Alia*, ff. *Ad leg. falcid.* Gutierr. ibi, num. 28 y 29.

6 Ley *Qui tutelam*, ff. de *testam. tutel.* Baez. cap. 5. num. 32. Gutierr. ibi, num. 27.

7 Dicha ley *Tutor*, y §. *Quæ tutoribus*. Gutierr. ibi, num. 21.

8 Gutierr. dicho cap. 5, num. 32 al 43.

tes el testador, y no después de ellos en manera alguna. Asi que si el heredero de este los coge ó percibe, se los debe restituir, pagándole los gastos de recolección, porque el derecho que adquirió á ellos se retrotrae siempre al tiempo de la muerte, ya los haya percibido antes ó después de la adición ó aceptación de su herencia (1); previniendo que si no legó la cosa simplemente sino con sus frutos y emolumentos, se deben al legatario los percibidos en vida del testador desde que el hizo el legado (2).

32. Lo expuesto se entiende cuando el testador testa entre extraños por carecer de herederos legítimos; pues si deja ascendientes y descendientes, y el legatario es extraño, se ha de mirar si los frutos caben ó no en el quinto ó en el tercio, de que puede respectivamente disponer segun las leyes 6 y 23 de Toro; porque si los frutos ó la cosa legada exceden al importe de aquellos, se revoca el legado en el exceso. Y si el legatario es legítimo descendiente, se ha de atender si le caben en su legítima y mejora, pues aumentan la herencia, y el testador, á pretexto de estar pendientes, no puede gravar á sus herederos forzosos en su legítima, como en varias partes dejo sentado.

33. Estos frutos parece debian dividirse á prorata, segun en cuanto á los de la dote está dispuesto por derecho comun (3). Sin embargo no debe practicarse asi, y la razon de diferencia consiste en que los de esta se conceden al marido por hacerle soportables las cargas matrimoniales; por lo que solo mientras estas duran, debe percibirlos y no mas. Esta consideracion no milita en el legatario y fideicomisario, sino la de dominio que es la que les presta título para adquirirlos, y por consiguiente luego que lo consiguen, les corresponden sus frutos por ser cogidos de una cosa que á este tiempo ya es suya, y se consideran como parte de ella; y por lo mismo no estan obligados á satisfacer los gastos hechos en sus labores y siembra de aquel año, porque es visto habérselo legado todo el testador (4); lo cual se entiende, excepto que les mande pagarlas.

34. Siendo legatario de usufructo de alguna finca el que muere, pertenecen á su heredero los frutos que deja pendientes, aunque haya muerto á poco de haber entrado el año, pues au-

1 Ley *Herenius Modestinus*, ff. de *usufr.* et ibi *DD.* *Cost in tract. de succession.* regn. pag. 145. *Gom.* lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 5.

2 Ley *Lucius*, 1. ff. de *legat.* 2 et ibi

glos. *Gom.* lugar cit.

3 Ley *Divortio facto*, ff. *Solut. matrimon.*

4 §. *Item, ea*, *Institut. de rerum divis* Valasc. de *partit.* cap. 34. num. 1. al fin.

mentan el legado (1), lo cual es al contrario en el usufructuario, como diré en el capítulo siguiente, párrafo 24.

35. No dejando el testador la propiedad de la finca al legatario sino solamente su usufructo, si al tiempo de la muerte de aquel hay frutos pendientes, parece que pertenecerán á este, y no al heredero instituido, porque los frutos de la cosa legada se deben al legatario desde que fallece el testador, desde cuyo tiempo se le trasfiere el dominio de lo legado, y no antes. No obstante, lo contrario es lo cierto, y así los llevará el heredero propietario, pues aunque lo dicho es incontrovertible, no milita en este caso, porque no le lega el dominio y propiedad de la finca, sino solamente el usufructo de ella, y como los frutos pendientes no lo son, sino parte de la finca en que existe, y la siguen, tocan al que tiene el dominio de ella, el cual es el que presta título para su adquisicion y percibo. Por tanto se entiende que le lega el usufructo sucesivo, y no los frutos actuales, pues si quisiere que los llevase lo expresaria; y respecto no haberlo expresado, los percibirá su heredero.

36. Por lo respectivo al modo de dividir las pensiones de la cosa arrendada por el testador entre sus herederos y el legatario, á quien estando arrendada se la mandó, la opinion mas comun es que así como desde el dia de la perfeccion de la venta tocan al comprador de la cosa arrendada las rentas ó pensiones de ella, como diré en otra parte (2), parece que lo mismo se debiera practicar entre los herederos del testador; que arrendó la finca, y el legatario á quien despues de arrendada la legó, sin embargo véase lo que digo en el capítulo próximo, número 21 y siguientes, que es lo que debe seguirse, no disponiendo otra cosa el testador.

37. Al legatario de cosa específica, propia del testador, ya sea legada sola, ó señalada por este para parte de pago de la cuota de bienes que le lega, corresponden los frutos que produce luego que muere, no solo aunque su heredero no acepte la herencia ó no entre en ella, sino aunque el testamento se rompa por pretericion ó exheredacion, ó carezca de nombramiento de

1 Ley 8. ff. de annuis legat.

2 El párrafo á que se remite Febrero dice casi lo contrario, como puede verse por sus mismas palabras que son las siguientes, y se hallan en el párrafo 1.º del capítulo próximo, al fin. „Si consisten (los frutos) en arrendamientos ó pensiones de la cosa arrendada, y al tiempo de la venta

estaban vencidos, y cumplido el dia de su solucion, tocan al vendedor, y no al comprador; y si no lo estaban, deben ambos dividirse á prorata del tiempo trascurrido desde el último plazo vencido y satisfecho." Esto es lo mas racional, y lo que debe observarse.

heredero, porque en todos ~~los~~ casos vale el legado, se le trasfiere su dominio, y por consiguiente los frutos producidos por la cosa legada (1), á diferencia de lo que por derecho comun y de las Partidas está ordenado, pues no debia llevarlos ni el legado hasta que el heredero aceptaba la herencia. Asi en esta parte está corregido, y cesan la gran controversia, distinciones y tiempos á que daba lugar se atendiese, para ver si los frutos correspondian ó no al legatario (2).

38. Si el legado es de cosa genérica ó agena, tambien vale, pero no se deben al legatario los frutos sino desde el tiempo que se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega, que es desde la contestacion del pleito: y la razon es, porque no se le trasfiere ni adquiere dominio en lo legado, como cuando es propia del testador y específica; pues cesando la razon de dominio, cesa la de pertenencia y produccion de frutos, y de ser ya parte de la misma alhaja, estar comprendidos en ella, y deber pasar con el dominio al legatario (3).

39. Lo mismo procede por la propia razon cuando el legado es del quinto, ó de otra parte ó cuota de bienes del testador, sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario (4); y en todos los casos en que no se le trasfiere el dominio antes de la eleccion y mora del heredero, dia prefinido para su entrega ó cumplimiento de la condicion impuesta (5); pues en ellos se le deberán los frutos desde el dia en que se le trasfiera, y no antes. La razon porque no se le trasfiere, ni por consiguiente se le deben los frutos, es porque aunque consta la parte que contiene el legado, pero no específica ni señaladamente lo que se ha de entregar en pago de él, pues esto queda á eleccion del heredero, la cual impide la traslacion del dominio y adquisicion de frutos durante la mora, y hasta la interpelacion y contestacion (6); y la eleccion toca al heredero, porque fue mas amado del testador que el legatario.

40. Si ningun heredero fuere instituido, ó aunque lo sea, si no quiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar á los legitimos ó al ejecutor testamentario para que la acepten ó

1 Ley 7. tit. 8. Par. 6, y ley 1. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

2 Matienz. en dicha ley 1. glos. 15, desde el num. 21 al 29.

3 Ley fin. Cod. de usuris et fruct. legat. Burg. de Paz en la ley 3 de Toro, part. 1. desde el num. 936, Matienz. dicha glos. 15. num. 33.

4 Ley Si quis bonorum, 23, ff. de legat,

1. Matienz. ibi.

5 Vasquio de success. creat. lib. 2. p. 17. num. 131. Matienz. ibi, num. 34.

6 Ley Si quis bonorum, y ley Non amplius, 26. §. Cum bonorum, ff. eod. tit. Augul. de melioratib. in leg. 4. glos. 6. num. 1 y 2. Ayor. de partit. part. 1, cap. 6. num. 13 y 14.

se nombrará curador á los bienes presentes, con quien se practiquen las diligencias competentes á la adición ó aceptación, desde la cual, así como se le trasfiere el dominio verdadero de lo legado, del mismo modo se le transferirá el derecho de percibir los frutos de ello. Pero si el legado consiste en universalidad de bienes, v. gr. en un rebaño, corresponden sus frutos al legatario, y vienen desde la muerte del testador, porque se reputan un mismo cuerpo y legado (1).

41. Revocado el legado que fue hecho en última voluntad, ó en donacion por causa de muerte, y entregado al legatario por el legante, con expresion del instrumento revocable en cuya virtud se le entrega, ¿se duda si el legatario hará suyos los frutos percibidos de la cosa donada hasta la revocacion ó muerte del testador? Y aunque algunos dicen que sí (2), lo contrario me parece debe seguirse por las razones siguientes: lo primero, porque el legado hecho en donacion por causa de muerte, ó en otra última voluntad, lleva la tácita condicion de que valdrá en caso que estas no se revoquen, y sigue la naturaleza del instrumento en que se hace (3); y atendida esta condicion no se deben los frutos de lo legado ó donado (4): lo segundo, porque el título revocable ningun derecho da para adquirir los frutos (5): lo tercero, porque la entrega de la cosa legada con expresion ó conmemoracion del instrumento en que se hace, no muda la sustancia, virtud ni efecto de lo legado (6); y por lo propio que no muda su naturaleza, se queda en la clase de lo entregado: y así conyiniendo, como convienen, el no entregado y el que lo fue, en los terminos referidos, debe convenir la misma disposicion á uno que á otro (7): y lo cuarto, porque al legatario no se deben los frutos hasta despues de la muerte del testador (8); por lo que si los percibió antes, debe restituirlos en caso que este revoque el legado (9).

1 Ley Grege legat. 21. ff. de legat. 1. Gom. dicho num. 22. Pichard in §. Si res Institut. de legat. Castell. de usufruct. cap. 27, desde el num. 5.

2 Gom. ibi, num. 4. Gutierr. in leg. Nemo potest, ff. de legat. 1. num. 258. Tello en la 17 de Toro, num. 83.

3 Ley Senatus. §. 1. ff. de donation. caus. mort. Ley Rem legatam, ff. de adimend. ley y §. 1. Institut. eod. tit.

4 Ley Necesario, §. Quod si pendente, ff. de pericul. et commod. rei vendit.

5 Ley Cum quis, ff. de condition ob caus. Tiraquel. in leg. Si unquam, Cod.

de revocand. donation. verb. Revertatur, num. 228 al fin.

6 Glos. in leg. Legatum, 1. ff. de legat. Tello en la 17 de Toro, num. 86. Covarr. in rubr. de testam. part. 2. num. 21. Molin. de primog. cap. num. 19. Gom. cap. 12. num. 4. cit. vers. Si vero testator.

7 Ley 4. §. Toties, ff. de damno infect. ley Quod constituto, ff. de militari testam.

8 Ley 37. verb. Otrósí decimos, tit. 9. Part. 6. glos. in leg. Quod servus, ff. de legat 2.

9 Morquech. de divis bonor. lib. 3. cap. 5, num. 12 al 25.