

# INDICE

## DE LO CONTENIDO EN EL TOMO II.

Tít. XV.	De la sustitucion vulgar, .	203
Tít. XVI.	De la sustitucion pupilar y de las demas sustituciones, .	207
§ I.	De la sustitucion ejemplar, .	211
§ II.	De la sustitucion compendiosa, .	214
§ III.	De la sustitucion brevilocua, .	215
Tít. XVII.	De que modos pierde su efecto el testamento, .	216
Tít. XVIII.	Del testamento inoficioso, .	220
Tít. XIX.	De la diferencia que hay de here- deros, .	230
Tít. XX.	De los legados .	240
Adicion,	. . . . .	266
Tít. XXI.	Del modo de quitar ó de trasferir los legados, .	id.
Tít. XXII.	De la ley falcidia, .	271
Tít. XXIII.	De los fideicomisos y de la cuarta trebeliánica, .	276
Tít. XXIV.	De los fideicomisos singulares, .	281
Tít. XXV.	De los codicilos .	283

8. *El heredero antes de cumplir la condicion no trasmite la herencia á sus herederos*, pues ninguno puede trasferir una cosa á la cual todavia no tiene derecho.

## TITULO XV.

### *De la sustitucion vulgar.*

Las sustituciones fueron antiguamente frecuentes por motivo de que no aceptando la herencia el heredero establecido, quedaban los testamentos destituidos y no producian efecto alguno. Mas ahora no siendo necesaria la aceptacion para el valor del testamento,\* han perdido las sustituciones (que se reducen á la vulgar) esta utilidad.

La sustitucion en general se define que es *nombramiento de segundo ó tercero heredero para el caso de que falte ó no lo se el primero.*† Puede ser la sustitu-

\* L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

† Prol. y ley 1. tit. 5. P. 6.

ción ó directa, ú oblicua, ó fideicomisaria. Directa se llama la que se hace por palabras directas ó imperativas, y da la herencia al sustituto sin intervencion de otro. La oblicua ó fideicomisaria, es la que se hace con palabras de ruego, y dá la herencia por mano de otro. Se divide tambien la sustitucion en seis clases, que son: vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria.\* En este título trataremos solamente de la vulgar y en el siguiente de las demas.

Sustitucion vulgar se llama *aquella que puede hacer cualquier testador al heredero que instituye, para el caso que no llegue á serlo.*† Esta sustitucion suele concebirse en los términos siguientes: instituyo á Ticio por mi heredero, y si este no lo fuere nombro por mi heredero á Cayo. Pero se debe advertir, que para este caso lo mismo vale que el instituido en primer lugar no pueda ó no quiera aceptar la herencia, pues en

\* Dicha ley 1.

† La misma ley 1.

todos heredará el segundo.\* Se hace tambien esta sustitucion clara ó tácitamente. Se dirá claramente hecha cuando se espresa que no siendolo el instituido lo sea otro, v. g. en el caso ya puesto; y será tácita cuando el testador nombre á varios para que sea heredero el que de todos le sobreviva: v. g. nombre á Ticio y á Cayo para que el que me sobreviva sea mi heredero. Si al tiempo de la muerte del testador viven ambos, llevarán con igualdad la herencia, y si uno solo está vivo la percibirá íntegramente.† Llámase vulgar esta sustitucion porque la puede hacer cualquiera testador ó cualquiera que no tenga prohibicion de ser heredero, á diferencia de la pupilar, v. g. que solo la pueden hacer los padres de familia.

Pasemos ya á varias conclusiones que se deducen de la definicion dada. Dijimos que la sustitucion vulgar era institucion de un segundo heredero, y de aquí se infiere: 1. que pueden ser susti-

\* L. 2. tit. 5. P. 6

† Dicha ley 2. ya citada.

tuidos los mismos que pueden ser instituidos, y así están escludos de ser sustituidos todos los que son inhábiles para ser herederos. 2. Puede sustituirse á uno en lugar de muchos, y á muchos en lugar de uno, lo cual no admite duda. 3. El sustituto se entiende llamado á la misma parte de la herencia, á que era llamado el heredero primeramente instituido, y así, si el testador instituye por sus herederos, v. g. á tres, á uno en la quinta, á otro en la sesta y á otro en la octava parte de sus bienes, y les sustituye otros tres; uno al primero, otro al segundo y otro al tercero: si alguno de los primeramente instituidos muere ó no quiere aceptar su parte, la heredará el que le corresponde con arreglo á la institucion, aun cuando nada diga el testador sobre esto.\* La razon es, porque el sucesor no debe tener mas derecho que el que tenia aquel en cuyo lugar sucede.

La sustitucion vulgar fallece 1. si el sustituto muere antes del testador: 2. si acepta la herencia el instituido.

\* L. 3. tit. 5. P. 6.

## TITULO XVI.

### *De la sustitucion pupilar y de las demas sustituciones.*

La sustitucion pupilar decimos que es *una sustitucion directa hecha por el padre de familias á sus hijos impúberes que se hallan bajo su potestad, para que no carezcan de heredero en el caso de que mueran antes de llegar á los años de la pubertad.\** Tres diferencias se encuentran entre la sustitucion vulgar y la pupilar. 1. Sustituir vulgarmente pueden todos los testadores; pupilarmente solo los padres de familia. 2. Vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos: pupilarmente solo á los hijos impúberes. 3. En la primera se sustituye para un caso negativo, esto es, si el instituido no fuere heredero; en la segunda para un caso afirmativo: si mi hijo fuere heredero y muriere antes de llegar á la pubertad.†

\* Ll. 1. y 5. tit. 5. P. 6.

† Ll. 1. y siguientes del d. tit. 5.

Hemos visto la definicion de esta sustitucion: resta ahora ver varios acsio-  
mas que de ella nacen. 1. *El fundamento de la sustitucion pupilar es la pá-  
tria potestad.\** Este acsioma es claro  
si atendemos á que las leyes solamente  
conceden al padre que sustituya pupi-  
larmente, y esto cuando tiene al hijo en  
su potestad. 2. *La causa de esta susti-  
tucion es la poca edad del hijo: es decir,  
la impubertad.* Y es la razon, porque  
como los impúberes no pueden hacer  
testamento,† para que no mueran intes-  
tados ha parecido justo que sus padres  
testen por ellos, la cual razon cesa luego  
que los hijos llegan á la edad de catorce  
ó doce años.‡ 3. *Cuando se sustituye  
pupilarmente hay dos testamentos.* Pe-  
ro no se ha de entender que son dos por  
razon de la forma y solemnidades, pues  
no se requieren mas testigos que los ne-  
cesarios en cualquier testamento, sino  
por la doble institucion de heredero que  
se hace. De suerte, que en este caso el

\* L. 5. ya cit.

† L. 13. tit. 1. P. 6.

‡ Vease toda la ley 5. tit. 4. P. 6.

padre hace primeramente su testamento é instituye en el á su hijo por heredero: despues testa por este y establece quien lo herede si muere antes de llegar á la pubertad por lo cual equivalentemente hay dos testamentos.\*

Siendo pues el fundamento de esta sustitucion la patria potestad, se sigue :  
1. que la madre no puede sustituir pupilarmente, pues nunca tiene á los hijos en su potestad.† 2. Que ni el padre podrá hacerlo á sus hijos emancipados : porque habiendo estos salido de la patria potestad por la emancipacion,‡ y siendo el fundamento de la sustitucion pupilar la patria potestad, es evidente que carece de facultad para hacerla.  
3. Que ni el abuelo paterno puede sustituir pupilarmente aun á falta del padre, pues aunque antiguamente tenia patria potestad en los nietos,§ hoy no tiene.|| 4. Que el padre puede susti-

\* L. 7. del mismo tit.

† L. 2. tit. 17. P. 4.

‡ L. 15. tit. 18. P. 4.

§ L. 1. tit. 13. P. 4.

|| L. 8. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.



**tuir pupilarmente aun á su hijo desheredado. La razon se infiere de lo dicho: el fundamento de esta sustitucion es la patria potestad, la cual no se pierde por la desheredacion.\* 5. Que se acaba la sustitucion en el caso de que el hijo sea emancipado despues de hecha, lo que no necesita de prueba.**

**Hemos dicho en el segundo acsioma que la causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad, y de aquí se infiere: 1. Que no se puede sustituir al hijo, sino para todo el tiempo que le resta hasta cumplir la edad prefinida por derecho. 2. Que se acabará luego que la cumpla, pues no hay cosa mas natural sino que cese el efecto cesando la causa.**

**El tercer acsioma es, que la sustitucion pupilar es doble testamento: por lo cual. 1. No puede el padre dar sustituto á su hijo sin hacer antes testamento para sí, pues no puede haber sustitucion sin que preceda institucion. 2. El sustituto del hijo recibirá todos sus bienes por cualquier linea que le vengán,**

**\* L. 6. tit. 5. P. 6.**

pues entra en todos sus derechos.\* † Finalmente, anúlándose el testamento del padre, no producirá efecto la sustitucion pupilar porque faltando lo principal falta tambien lo accesorio.

Aunque ya se han dicho varios modos por los cuales se acaba ó pierde su efecto la sustitucion pupilar, para mayor claridad los resumiremos todos aquí. Estos son : 1. Cuando el hijo sale de la patria potestad. 2. Cuando llegua á la pubertad. 3. Cuando el testamento del padre se anula ó se rompe. 4. Si se verificare el caso de que el hijo renunciase la herencia,‡ y el 5. si muriere primero el sustituto que el hijo.

### § I. *De la sustitucion ejemplar.*

*La sustitucion ejemplar es una sustitucion directa que los ascendientes hacen*

\* L. 7. tit. 5. P. 6.

† Acerca de si puede el padre escluir á la madre del pupilo de la sucesion de sus bienes por medio de la sustitucion pupilar espresa, es opinion que se controvierte por una y otra parte. Vease á Febrero reform. P. 1. cap. 1. § 3. núm. 90.

‡ L. 10. tit. 5. P. 6.

*á sus descendientes fátuos, locos ó desmemoriados aunque sean mayores de veinte y cinco años, no por falta de edad para testar, sino por la de uso de su entendimiento.\** Como esta sustitucion no tiene por fundamento la patria potestad, sino la necesidad por el estado deplorable del descendiente, la pueden hacer el padre, madre y abuelos á sus hijos legítimos de ambos secos, ya esten en su poder ó casados ó emancipados, y tambien la madre á los naturales cuando les debe su legitima; pero no á los espurios, como tampoco el padre puede sustituirles, ni á los naturales.

Llamase esta sustitucion ejemplar, porque se hace á imitacion y ejemplo de la pupilar, y se ordena en estos términos: instituyo por mi heredero á Ticio mi hijo legítimo, y si falleciere en la locura ó fatuidad que padece, establezco por su heredero á Cayo su hermano. En cuyo caso muriendo el hijo en la demencia ó fatuidad, heredará el sustituto todos sus bienes.†

\* L. 10. tit. 5. P. 6.

† L. 11. tit. 5. P. 6.

## 213

**Pero en esta sustitucion se ha de observar precisamente este órden. Primeramente se han de nombrar por sustitutos del loco, fátuo ó desmemoriado á sus hijos, pues aunque los tenga se les puede sustituir ejemplarmente. A falta de ellos, á los nietos y demas descendientes por su órden y grado: no teniendolos, á un hermano como quieren algunos autores,\* ó á todos como quieren otros† y en su defecto á los estraños.‡**

**Se acaba la sustitucion ejemplar por una de estas tres causas: 1. Cuando el loco ó fátuo recobra su juicio. 2. Cuando le nace despues hijo ó hija. Y la**

**\* Sala en sus notas á Vinnio en la nota de derecho de España puesta á este título ô 1. numero 9.**

**† Fébrero reform. cap. cit. num. 93.**

**‡ Si aun en la sustitucion pupilar es muy dudoso que pueda ser escluida de la herencia la madre, y es mas probable segun algunos la contraria, ¿quanto mas en esta en que no hay el fundamento de la patria potestad como en la pupilar, sino sola la determinacion de la ley? y así parece que deberá observarse la 6. de Toro que llama á la herencia á los ascendientes antes que á los hermanos del loco y que al estraño, teniendose por derogada la ley 11. tit. 5. P. 6. Vease á Gregorio Lopez en dicha ley, palabra *otro estraño*; y á Covarrubias de Test.**

### 3. Cuando el que la hizo la revoca después por testamento posterior.\*

#### § II. *De la sustitucion compendiosa.*

La sustitucion compendiosa es *una sustitucion directa que comprende ó puede comprender á todos los herederos instituidos y á sus tiempos, edades y bienes que el testador les deja: ó por mejor decir: es una sustitucion que bajo el compendio de palabras contiene diferentes sustituciones segun la multitud y variedad de tiempos.* Como esta incluye en sí la pupilar, solo el padre la puede hacer á sus hijos impuberes que estan en su poder, y se ordena en esta forma: instituyo por mi heredero á Ticio mí hijo legítimo, y en cualquier tiempo que muera le sustituyo á Sempronio. En este caso, si el hijo no fuere heredero tendrá lugar la sustitucion vulgar; si lo fuere y muriere antes de la pubertad, valdrá como pupilar; y si fuere loco ó fatuo, como ejemplar.†

\* L. 11. al fin tit. 5. P. 6.

† L. 12. tit. 5. P. 6.

### § III. *De la sustitucion brevilocua*

Esta sustitucion, á la que tambien llaman recíproca, es *una sustitucion directa que se hace mutuamente á algunos herederos instituidos para el caso de defecto de algunos*. Llámase brevilocua, porque se hace brevemente ó con pocas palabras: v. g. instituyo por mi heredero á Ticio y Cayo, mis dos hijos legítimos menores de catorce años, y los hago mutuamente sustitutos uno del otro. En cuya sustitucion que solo puede hacer el padre, se incluyen cuatro, dos vulgares y dos pupilares, pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar, ó si habiendo salido de ella no quisiere aceptar la herencia, la percibirá toda el otro instituido.\*

\* L. 1. tit. 4. lib. 5. *Ree. de Cast.*

## TITULO XVII.

### *De qué modos pierde su efecto el testamento.*

**El testamento segun nuestro derecho, unas veces no produce efecto alguno desde el principio y otras habiendo sido válido en todas sus partes, se vicia á lo menos en cuanto á la institucion de heredero, y entónces se dice que se rompe ó se rescinde. Cuando el testamento carece de las solemnidades esenciales que hemos explicado ya que debe tener, ó cuando el testador es de aquellas personas que estan inhabilitades por derecho para este efecto, entonces el testamento que se hace se llama *nulo*, y no produce efecto alguno en todas sus partes ; v. g. un testamento nuncupativo hecho con solos dos testigos, ó con tres que no fuesen vecinos del lugar, ó si fuese herege ó apóstata, el que lo otorga.**

**El testamento válido en su principio se romperá en cuanto á la institucion de heredero, aunque valga en cuanto á las**

mandas,\* de dos modos. El primero por la supernascencia de algun hijo, del cual no se hizo mencion en el testamento. El segundo por otorgamiento de otro posterior. El primer modo se verificará cuando al testador le nace de su muger legítima algun hijo ó hija, ó cuando adopta conforme á derecho ó legítima á alguno, de suerte que se haga heredero forzoso de sus bienes. En estos casos se anula la institucion de heredero extraño que se habia hecho, y entra en su lugar el hijo ó hijos á heredar toda la parte que conforme á nuestro derecho les toca escepto el quinto, y todo lo demas del testamento subsistirá, como tambien los legados hasta donde alcance el quinto, que es del que tienen los padres libre disposicion. Lo mismo se debe decir en el caso de que ya el testador tenga hijos y le nazca otro, pues este sin anular el testamento entrará á la parte con los demas.

De tal suerte huyen nuestras leyes de anular los testamentos sin urgente nece-

\* L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.



sidad, que fundandose en su espíritu opinan los autores, que valdría la disposición de uno que sabiendo que tiene hijos legítimos, los establece por herederos; pero ni tampoco á un extraño, juzgandose en este caso que tacitamente los llama, de lo cual se infiere que aun la pretericion no induce nulidad por nuestro derecho, pues en semejantes casos valen las mandas hasta aquella cantidad que alcance el remanente del quinto.

Por posterior testamento puede romperse el primero, no solo en cuanto á la institucion de heredero, sino tambien en un todo, siendo el segundo perfecto.\* Y la razon es, porque ninguno puede imponerse á sí mismo ley, de la que no le sea lícito apartarse, y mas permitiendolo espresamente el derecho en atencion á que la voluntad humana es variable hasta la muerte.†

Pero aunque el testamento posterior se haya hecho con todas las solemnida-

\* Ll. 21. y 23. tit. 1. P. 6.

† L. 25. tit. 1. P. 6.

des prescritas por derecho, será válido el anterior en dos casos. El primero si creyendo el testador haberse muerto el heredero instituido en aquel, nombra á otro en este, espresando la causa de la nueva institucion, pues verificandose que el primero vive llevará la herencia y no el segundo; pero las mandas que ambos contengan valdran en todo lo que haya lugar,\* y la razon de esto es la falsedad de la causa que motivó la segunda institucion de heredero.

El segundo caso es, cuando el testador otorga su testamento con clausulas derogatorias generales ó especiales, y en el que hace despues no se mencionan.† Pero si el testador tuviese cuidado de espresar la derogacion que hace del primero con toda la individualidad necesaria, no hay duda que quedará revocado el primero.‡

Finalmente se rescinde el testamento cuando es inoficioso.

\* L. 21. tit. 1. P. 6.

† L. 22. del dicho tit. 1. P. 6.

‡ La misma L. 22.

## TITULO XVIII.

### *Del testamento inoficioso.*

Inoficioso se llama el testamento que no está hecho conforme á la piedad que deben tenerse los parientes entre sí; por lo cual permite el derecho que habiendo este sido válido se rescinda, lo cual se pide con una accion que se llama *queja de inoficioso testamento*, y no es otra cosa que *una accion con la cual los ascendientes ó descendientes desheradados por su nombre y con espresion de causa legítima, piden ser admitidos á la herencia en lugar del heredero establecido en el testamento, en atencion á que la causa no ha resultado verdadera.*

Como esta accion es odiosa por que denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y así, no será necesaria.

1. Por la pretericion ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por

## 221

derecho, pues en este caso es *ipso jure nulla* la institucion de heredero.\*

2. Tampoco será necesaria al que haya sido instituido en una pequeña parte de la herencia, pues tendrá accion á que se le complete su legítima.† De donde se infiere, que solo habrá lugar á la queja entre descendientes y ascendientes en el caso insinuado en la definicion: esto es, cuando la desheredacion es enteramente arreglada á derecho; pero el heredero establecido, que es á quien toca probar la causa en caso de negarla el desheredado, ó de no estar probada por el testador, no lo hace suficientemente.‡

La queja de inoficioso testamento no se dá conforme á derecho á todos los parientes del testador, sino solo á los descendientes y ascendientes á quienes se debe porcion legítima. Mas los hermanos la tienen en un caso: esto es, cuando pudiendo ser herederos se les antepone una persona torpe, ó de mala fama; pero no siendolo, es libre cada

\* L. 1. tit. 8. P. 6.

† L. 5. del mismo tit.

‡ Ll. 1. y 4. tit. 8. P. 6.

hermano para dejar sus bienes á quien quiera.\*

Visto ya que es esta queja, y quien puede usar de ella, resta ecsaminar que efectos produce, y cuando cesa. En cuanto á lo primero el efecto de esta queja es anular la institucion de heredero, entrando el que debe heredar conforme á derecho, y en la parte correspondiente, y todo lo demas del testamento queda en su vigor,† como son legados, fideicomisos, nombramiento de tutor, &c. Cuanto á lo segundo cesa la queja 1: siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues este no es mas que un remedio subsidiario. 2. Cesa siempre que se consiente en la desheredacion ya sea espresa ya tácitamente,‡ como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el extraño hubiese aceptado la herencia, pues si pasado este tiempo se quisiere quejar, no debe ser oido si no es que fuese menor de veinte y cinco años, que entonces

\* Ll. 2. y 3. del mismo tit.

† L. 7. tit. 8. P. 6.

‡ L. 6. del mismo tit.

## 223

tendrá acción hasta que los cumpla, y aun cuatro años después.

Como hemos dicho que la queja de inoficioso testamento se dá á todos los ascendientes y descendientes que por derecho se les debe porción legítima; se hace preciso explicar que parte de la herencia sea la que con este título se debe dejar por los ascendientes á sus descendientes, y por estos á aquellos; y para dar toda la luz necesaria á esta materia, se tratará también de las mejoras de tercio y quinto.

La legítima que se debe por nuestro derecho á los descendientes legítimos, comprende todos los bienes de sus ascendientes, esceptuando la quinta parte de la cual pueden disponer á su arbitrio en vida ó en muerte,\* entendiéndose que solo es un quinto en ambos tiempos como está declarado.† De esta parte y no del cuerpo de la hacienda del testador se han de deducir los gastos de su funeral, misas, entierro y legados que haga

\* L. 12. tit. 6. lib. 5. Rec. de Cast.

† Dicha L. 12.

el que tiene descendientes legítimos, aunque lo prohibiese espresamente. Mas la parte que los descendientes deben dejar á sus legítimos ascendientes sea en testamento ó *ab intestato* cuando estos no tienen descendientes legítimos, comprende solamente las dos tercias partes de los bienes que el hijo ó descendiente dejare por su muerte, y así les queda facultad de disponer por su alma, ó entre estraños del tércio.\*

Aunque como se ha dicho, el testador que tiene hijos legítimos debe dejar á estos las cuatro partes de todos sus bienes, sin tener arbitrio para disponer en su perjuicio de mas que de la otra parte á la que llamamos quinto; con todo le concede el derecho facultad para que pueda asignar á uno ó á muchos de sus descendientes, sean hijos ó nietos, &c. el tercio de sus bienes.† La cual doctrina se percibirá mas claramente con lo que diremos inmediatamente de las mejoras.

\* L. 1. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

† L. 2. tit. 6. lib. 5. Rec. L. 10. tit. 5. lib. 3. Fuego Real.

## 225

Decimos hacerse mejora, cuando el padre deja el tercio ó el quinto á uno ó á muchos de sus hijos ó descendientes legítimos:\* y es la razon, porque en esta parte que les deja señaladamente, los hace mejores respecto de los otros descendientes. Pero si el padre hace ambas mejoras, primero se saca el quinto y despues el tercio para que sea mas cuantioso el quinto en favor del alma del testador.† Acerca de las condiciones y gravámenes que pueden ponerse por los padres en el tercio ó quinto, hemos dicho ya lo suficiente en otra parte.‡

Como las leyes permiten á los ascendientes que mejoren á sus legítimos descendientes por contrato entre vivos ó por última voluntad, se infiere; que si aquellos hacen donacion á alguno de estos, aunque no usen de la palabra *mejora* se entiende serlo en el tercio y remanente del quinto, contandose lo que en estos quepa para que con ningun otro pueda hacerlo en mas de su im-

\* Título 6. lib. 5. de la Rec.

† L. 214. del Estilo.

‡ Tit. 14. de este libro.



porte, pues si asciende á mas, se tendrá por legítima, y escediendo á esta y á la mejora, deberá el donatario restituir el esceso á los coherederos.\* Pero si mandan que lo traiga todo á colacion y particion, no se entenderá mejorado, antes bien deberá restituir lo que escediere de su legítima la cantidad recibida, pues se infiere claramente que no lo mejoraron.

Las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos por razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo tácita ni espresamente; y así aunque sus padres las mejorasen por razon de matrimonio no vale,† y por consiguiente tampoco el pacto ó promesa que por esta razon haga el padre á su hija, ó yerno de no mejorar á los demas hijos, porque por este pacto es visto ser mejorada respecto á privarse el padre de hacerlo con los demas hijos, y recaer precisamente en ella la parte de mejora que entre ellos se habia de partir si su padre los mejorase. Pero por testamento ú

\* L. 10. tit. 6. lib. 5. Rec. de Cast.

† L. 1. tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast. y Auto 4. num. 24. tit. 12. lib. 7, de la Rec. de Cast.

otra ultima voluntad sí puede, por que no hay derecho que se lo prohíba. Lo mismo parece que sucederá por contrato entre vivos. con tal que el dotarlas, ó casarlas no sea la causa impulsiva y final de la mejora, ó aunque lo sea no esceda la dote de la renta que prefine la ley 5. tit. 2. lib. 5. de la Rec. en cuyos casos, aunque supere á la legítima que debe corresponderles atendiendo el valor de los bienes que sus padres, ó el que las mejoró dejen, parece que no tendrán obligacion de restituir el esceso, y que se les computará todo en legítima.

Mas aunque una ley de Recopilacion\* dice, que para llamarse inoficiosas las dotes, se ha de mirar si esceden del valor del tercio, quinto y legítima, y si caben en los bienes que deja el que las dió ú ofreció, ó en los que tenia cuando las mandó, segun quisiere elegir la persona á quien fueron prometidas, hoy no tiene lugar esta eleccion, porque las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, sino en los dos casos pro-

\* L. 3. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

puestos. Por lo cual, si la dote que dá el padre á su hija escede la legítima que la puede tocar cuando muera, atendido el valor liquido y efectivo de sus bienes, unido con el de la dote que haya dado antes á la hija ecsistente en su dominio.\* debe restituir el esceso á sus hermanos por no trasferirsela su dominio, ni powersela canputar en tercio ni quinto, porque la ley resiste y anula esta donacion. A que se añade, que para poder dotar y que la dote sea congrua y no se gradue de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del donante, y su calidad y condicion, y la de la dotada y su marido: á los hijos con que el dotante se halla y la costumbre del pueblo. Pero bien podrá hacerles alguna donacion simple por mera liberalidad, pues ce-

\* Notese que los padres pudiendo, estan obligados por derecho á dotar á sus hijas legítimas ecsistentes en su dominio, sean ó no ricas, y de estas dotes y donaciones son de las que habla la ley 9. tit. 6. lib. 5. R. C. de la Rec. cuando dice: que el tercio ni quinto de mejora no se debe sacar de las dotes ni donaciones, pues son bienes de los hijos y no del padre. Vease para lo primero la ley 8. tit. 11. P. 4.

sando todo fraude valdrá, porque la ley citada reprueba solamente las mejoras por via de dote ó matrimonio á causa de ser escesivas; mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario sería correctoria de las que permiten estas donaciones.\*

Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus descendientes en contrato entre vivos ó última voluntad, por las causas porque se permite revocar las donaciones perfectas, á menos que siendo hecha por contrato entre vivos hayan entregado al mejorado la posesion de los bienes de ella, ó á presencia de escribano la escritura, ó que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa v. g. por casamiento ó por otra causa semejante que en estos casos es irrevocable.†

\* Vease á Febrero reform. P. 2. cap. 2. § 2.

† L. 1. tit. 6. lib. 5. de la Rec. de Cast.

## TITULO XIX.

### *De la diferencia que hay de herederos.*

Ya hemos dicho arriba que el heredero es un sucesor universal de derechos y acciones que corresponden ó pueden corresponder al testador. La primera division de herederos que hallamos por nuestro derecho, es que unos son *ex testamento* y otros *ab intestato*. Los herederos *ex testamento* son los que el testador nombra por tales, ya sean ó no sus consanguineos, para que le sucedan en todos sus bienes, derechos y acciones, y así mediante su espresa voluntad entran en ellos. Herederos *ab intestato* son los mas cercanos parientes del difunto que no hizo testamento, ó si lo hizo fue nulo por no ser arreglado á derecho y estos solo por disposicion de las leyes le suceden en todos sus bienes, y por eso se llaman tambien legítimos.

Los herederos *ex testamento* se dividen en universales y particulares: universales se llaman los que suceden no

solo en todos ó en una parte de los bienes del testador, sino tambien en sus cargas, por lo que se llaman propiamente herederos: particulares son los que suceden en cosa cierta ó singular: v. g. una casa, y estos son propiamente legatarios. Se subdividen los herederos en *ex testamento* forzosos, que tambien se llaman legítimos, en necesarios y voluntarios.\* Los forzosos son los hijos y descendientes legítimos del testador, y se llaman así no porque esten obligados á aceptar la herencia, sino porque sus ascendientes mas cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos no teniendo causa legítima para desheredarlos: y se llaman tambien legítimos porque nacen conforme á las leyes y disposiciones de la iglesia. De estos hay tres clases, que tienen alguna distincion: unos son nacidos y procreados durante matrimonio verdadero, para cuya celebracion no tuvieron sus padres impedimento canónico. Otros que aunque han sido engendrados y nacidos

\* L. 21. tit. 3. P. 6.

durante él, resultó despues entre sus padres algun impedimento que ignoraban ambos, ó á lo menos el uno. Y otros los que engendran y procrean soltero y soltera libres de impedimento canónico para casarse, pues si sus padres lo verificaren, serán legitimados por subsiguiente matrimonio.\* A todos las dichos deben sus padres instituir por herederos aunque no esten en su potestad al tiempo de hacer el testamento, y les deben necesariamente suceder no habiendo como ya hemos dicho, causa legal para desheredarlos, pues á los hijos en quienes concurren las cualidades referidas, pertenecen los bienes de sus padres por derecho natural y positivo, y en ellos tienen cuasi dominio.

Ningun extraño puede entrar en parte con los descendientes legítimos, y si fuere instituido heredero con ellos, será inválida é ineficaz, en cuanto á el la institucion; pero se comprenden entre los herederos legítimos los *póstumos*, y se

\* Ll. 1. tit. 13. P. 4. 2. y 4. tit. 6. lib. 3. del Fuego Real.

llaman así los que nacen despues de la muerte de sus padres. Mas para que sean reputados por legítimos es preciso que su madre los dé á luz lo mas á los diez meses de la muerte de su marido, y que al tiempo de esta, viva en su compañía, pues si nacen aunque no sea sino un dia entrado en el onceno mes, no se reputarán por legítimos; pero sí, naciendo dentro de los siete\* ó de los nueve, que es lo comun.

En la clase de herederos forzosos y legítimos se comprenden tambien los ascendientes legítimos, á los cuales sus descendientes no teniendolos legítimos, ú otros que hayan derecho de heredarlos, deben instituirlos por sus herederos y lo son *ex testamento* y *ab intestato*,† y no solo deben sucederles en sus bienes adventicios, sino tambien en los castrenses y cuasi castrenses. Los que tienen derecho de heredar á los descendientes legítimos, no teniendolos estos, son el hijo legitimado por el subsiguiente ma-

\* L. 4. tit. 23. P. 4.

† L. 1. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.



**trimonio ó por rescripto del príncipe y el arrogado, los cuales escluyen á los ascendientes legítimos de la sucesion de los bienes de sus descendientes.**

**Los herederos necesarios por derecho de partidas son los siervos del testador cuando los instituye por tales, y se llaman así, porque una vez establecidos, estan obligados á admitir la herencia de su señor y á pagar, no solo de los bienes de este, sino de los suyos propios adquiridos antes ó despues de su muerte, las mandas y deudas que deja y por la institucion se hacen libres.\* Los voluntarios, ó estraños son todos los demas á los cuales se dan estos nombres, porque aunque sean parientes del testador no tiene obligacion en el fuero esterno de dejarles sus bienes.**

**Acerca de la capacidad, y habilidad del heredero para serlo, es necesario advertir que para que pueda heredar forzosamente al testador, basta que no tenga impedimento legal al tiempo de su muerte, aunque al de la institucion lo**

**\* L. 21. tit. 3. P. 6.**

## 235

hubiese tenido. Los necesarios (si se verificase el caso) han de carecer de él, así al tiempo de la institucion, como al del fallecimiento. Mas los estraños deben estar libres, é indemnes en tres tiempos: el primero cuando son instituidos: el segundo, cuando muere el testador, el tercero, cuando aceptan la herencia; pues si en alguno de ellos lo tienen, no la llevarán, antes bien entrará en ella el sustituto, si lo hubiere ú otro que con ellos sea instituido á quien acrecerá; y si ninguno de estos hubiese, pasará á los parientes mas cercanos del testador.\*

En atencion á que el cargo de heredero era sumamente gravoso, por cuanto el que lo aceptaba era compelido á pagar todas las deudas† del difunto, como que era su sucesor universal y entraba representando su persona; para facilitar lo se concedieron á los que fuesen herederos dos beneficios, que son el derecho de deliberar y el de inventario.

\* L. 22. tit. 3. P. 6.

† Prologo del tit. 6. P. 6.

**El primero es un espacio concedido por la ley al heredero dentro del cual pueda informarse, así del valor de la herencia, como del numero de las deudas, y resolver si le tiene provecho ó no el aceptarla.\***

**El tiempo que puede conceder el rey es de un año, y los demas jueces inferiores, nueve meses. Pero conociendose que en menos tiempo se puede deliberar, se les deberán conceder cien dias.† Pero de este beneficio no se usa, por cuanto hay concedido otro mas util, y mas seguro con el cual sin peligro alguno, puede cualquiera aceptar una herencia.**

**Este es el de inventario, el que haciendose conforme á derecho es de grande utilidad. Veamos pues que cosa sea inventario, como debe hacerse, y que efectos produce. Inventario no es otra cosa, que un instrumento en que se escriben y sientan todos los bienes que se encuentran, sea por muerte ó por embargo de alguno.‡**

**Se divide el inventario en solemne y**

\* L. 1. tit. 6. P. 6.

† L. 2. del mismo tit.

‡ Ll. 99. y 100. tit. 18. P. 3. y 5. tit. 6. P. 6.

**simple :** el primero es el que se hace observando todas las solemnidades prescritas por derecho, y el segundo el que se formaliza haciendo solamente una descripción ó nómina de los bienes. Ambos convienen en el fin, el cual es, que se conozca que bienes, de que clase, precio, peso y medida ecsisten.

Para que el inventario solemne sea válido, se requieren las condiciones siguientes : 1. Que se cite al efecto á los herederos, (sino es que lo hagan ellos) legatarios y acreedores.\* 2. Que se haga ante personas públicas, con autoridad pública como son juez y escribano ; pero parece que de necesidad no se requiere la presencia del juez, sino es en algunos casos que trae Febrero;† y así por lo regular basta la del escribano precediendo auto del juez, pues las leyes no piden este requisito de su presencia continua.‡ 3. Que se inventarién todos

\* L. 6. tit. 6. P. 6. de la que se infiere que vale el inventario aunque no se citen los legatarios : pero en este caso les queda arbitrio para arguirle de diminuto.

† Febrer. adicion. P. 2. lib. 1. cap 1. § 1. num. 16.

‡ Ll. 99. y 100. tit. 18. P. 3. y 5. tit. 6. P. 6.

los bienes que dejó el difunto por clases separadas, y por menor con distincion de muebles, raices, semovientes, fueros, derechos y acciones; juntamente con todos los libros y papeles tocantes á los bienes heridentarios. 4. Que se ponga en el inventario el dia, mes, año y lugar en que se comienza, y concluye al modo que en cualquier instrumento público, y de lo contrario no vale:\* la razon es, porque el heredero debe acreditar haberlo principiado y concluido en él termino legal y no podrá hacer la prueba si carece del dia, mes y año: fuera de que como instrumento público se viciaria por esta falta, y seria lo mismo que no haberlo hecho.†

5. Que se principie y concluya dentro del termino legal. El heredero pues, debe comenzar el inventario dentro de los treinta dias primeros siguientes al en que sepa que está instituido por tal, y concluirlo dentro de tres meses incluso los treinta dias. Esto es, si en el distrito

\* L. 13. tit. 25. lib. 4. Rec. de Cast.

† Ll. 5. tit. 6. P. 6. y 13. tit. 25. lib. 4. Rec. de Cast.

del pueblo donde falleció el testador ec-  
sisten los bienes de la herencia, pues  
hallándose algunos en otra jurisdicción,  
se le puede conceder un año, á mas de  
los tres meses.\* 6. Que presencien la  
confeccion del inventario tres testigos  
vecinos del pueblo en que se formaliza,  
varones y de buena fama, que conozcan  
al heredero ó inventariante, y que vean  
lo que se inventaría, oigan y entiendan  
lo que se escribe.†

La 7. Que el que hace el inventario  
lo suscriba ó firme, y si no sabe, otro es-  
cribano por el.‡ Pero lo que se prac-  
tica es, que uno de los testigos firme,  
pues no es posible que en todas partes se  
hallen dos escribanos.§ 8. Que el in-  
ventariante asegure que ha hecho fiel y  
legalmente el inventario sin engaño al-  
guno, la cual cláusula regularmente se  
pone con juramento aunque las leyes no  
lo previenen.

El inventario simple ó estrajudicial

\* Ll. 100. tit. 18. P. 3. y 5. tit. 6. P. 6.

† Ll. 100. tit. 18. P. 3. y 5. ya citada.

‡ Dichas leyes.

§ Febrer. adicion. P. 2. lib. 1. cap. 1. § 1. núm. 36.

ciertamente no necesita de juez ni de decreto para hacerse; pero sí de escribano y se formaliza con todas las solemnidades dichas.

Los principales efectos que produce el inventario, son: 1. Que habiéndolo el heredero verificado, no puede ser convenido en mas de lo que monte el valor de los bienes que hereda. 2. Que no se le puede mover pleito mientras lo está formando; y 3. Que en su consecuencia puede determinar sobre la renuncia ú aceptación de la herencia, lo cual puede hacer por palabra ó por hecho.\*

## TITULO XX.

### *De los legados.*

El legado, que tambien se llama manda, es *una donacion que el testador hace en su testamento ó en otra disposicion testamentaria á alguno por amor de*

\* Ll. 5. 7. 10. 11. y 18. tit. 6. P. 6.

## 241

*Dios, ó por su alma, ó por hacer bien á quien se la deja: y legatario se llama aquel que es nombrado para su percibo.\**

Los légados se dividen en forzosos y voluntarios. Los primeros son aquellos que por mandado del derecho se deben dejar á ciertos y determinados objetos piadosos, quedando al arbitrio del testador la cantidad que quiera legar. Los voluntarios son los que dependen de la voluntad del testador, como efecto de su liberalidad.

Habiendo visto que cosa es legado y su division, resta examinar ahora quien puede legar; á lo cual decimos, que todo aquel que puede instituir heredero y hacer testamento puede dejar legados; y como esto ya queda espuesto en el título de los herederos, y de los que pueden ó no hacer testamento, es inútil repetirlo. Así v. g. vimos que el hijo de familia puede hacer testamento, luego puede legar; que el herege ó apóstata no lo puede hacer, luego ni tampoco podrá dejar legados.

\* Ll. 6. tit. 9. y 1. tit. 6. P. 6.



Tampoco tiene dificultad el saber á quienes se pueden dejar legados, pues es constante que son capaces de ello todos los que pueden ser instituidos por herederos, y que no tienen prohibicion de serlo al tiempo de la muerte del testador, aunque la hayan tenido al tiempo de dejarseles el legado.\* Esceptuase de esta regla el legado de alimentos el cual es tan favorable, que se puede dejar aun á los incapaces de ser herederos, v. g. al hijo espurio.†

Puede el testador mandar que pague á otro algun legado, á todos aquellos que reciben algo de su testamento con tal que no los grave en mas de lo que hayan recibido de él;‡ y así no hay duda que podrá mandar que den legados, á su heredero, legatario, fideicomisario y donatario *mortis causa*, por que todos estos perciben alguna cosa de los bienes de la herencia: v. g. puede un testador decir de esta manera: á Seyo le lego mi casa: á Sempronio lego mil

\* L. 1. tit. 9. P. 6.

† L. 8. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

‡ L. 3. tit. 9. P. 6.

pesos que le entregará Seyo. Pero si á Seyo le hubiese legado mil pesos, y le mandase pagar á Sempronio un legado de mil y quinientos, no valdria semejante legado, porque se gravaría á Seyo en mas de lo que se le habia dejado.\* De lo dicho se infiere: que á ninguno se le puede legar una cosa que sea suya propia, pues ninguna liberalidad se ejercería con el, dejandole lo mismo que ya tenia antes. Pero si el testador me legase mi casa para el caso en que dejase de ser mia, sería válido el legado, y entonces el heredero verificado el caso deberia ó redimirla para volvermela ó darme su estimacion.

Uno de los puntos principales en está materia es saber que cosas se pueden legar: y acerca de esto es regla general, que *se pueden legar todas aquellas cosas que ecsisten ó pueden ecsistir*: y así valdrá el legado que uno hiciere de la cosecha del año venidero. Tambien las cosas corporales ó incorporales de cualquiera especie que sean, se pueden

\* L. 4. tit. 9. P. 6.

legar útilmente ;\* y así ninguno dudará que se puede legar un usufructo, una servidumbre, una deuda activa, aun siendo todas estas cosas de las que se llaman incorporeales. Se requiere con todo eso que la cosa que se legue esté en el comercio de los hombres, pues de otra suerte ni se podrá dar ni recibir ; así será absurdo el legado de un templo, de una plaza pública y de un puerto ó de otras cosas semejantes, pues todas estas estan ecsentas del comercio de los hombres.†

Puede el testador legar no solo sus cosas y las de su heredero, sino tambien las ajenas ; y en este caso tiene obligacion el heredero de comprar á su dueño la cosa legada y entregarla al legatario, y si el dueño no la quisiere vender, la estimacion.‡ Pero todo esto se entiende en el caso de que el testador supiese que la cosa que legaba era ajena, pues si creia que era suya á nada estará obligado el heredero, pues hay presuncion

\* L. 15. del mismo tit.

† L. 13. del dicho tit.

‡ L. 10. tit. 9. P. 6.

fundada de que no hubiera hecho el legado si hubiese sabido que la cosa no era suya, y siempre es de cargo del legatario probar que supo el testador que la cosa era agena y si no lo verificare, perderá el legado.\* De esta regla se exceptua el caso de que el testador hiciese algun legado de cosa agena á su muger ó á algun pariente, pues entonces se presume que en todo caso se la quiso legar.†

Pero ¿que se deberá hacer cuando el legatario ya haya adquirido la cosa agena que se le lega en algun testamento? En este caso se debe distinguir si la adquirió por título oneroso ó lucrativo; si la adquirió del primer modo, le debe entregar el heredero la estimacion; si del segundo, el legado es inútil por la regla que dice: que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa y acerca de una misma persona.*‡ Esta regla es digna de observarse, y de ella salen cuatro conclusiones: 1. que si

\* La misma ley en el medio.

† La misma ley al fin.

‡ L. 43. tit. 9. P. 6.

antes de la muerte del testador habia yo comprado la casa de mi vecino, y él ignorante de la compra me la habia legado en su testamento, se me debe la estimacion en este caso, porque la compra es título oneroso. 2. Que si la casa del vecino se me lega en dos testamentos de dos sugetos distintos, si ya la he recibido del uno, no puedo pedir del otro la estimacion, porque he recibido la casa por título lucrativo: por el contrario, si en virtud del legado del primer testamento solo recibí la estimacion, todavia puedo pedir la casa en fuerza del segundo, porque aun no la he adquirido, y así no se verifica título lucrativo, ni oneroso.\* 3. Que si se me ha legado la casa del vecino, y yo solo he adquirido una parte por título lucrativo, se me deberá la estimacion de la otra parte. 4. Que si se me ha legado alguna cosa agena, y yo solo he adquirido la propiedad sin el usufructo por título oneroso, entonces recibiré la estimacion de solo la propiedad.†

\* L. 44. del mismo tit.

† Arg. de dichas leyes.

**Puede el testador legar las cosas suyas que tiene dadas en prendas á otro, y vale el legado,\* pues siendo constante que puede legar las cosas ajenas, con mayor razon podrá hacerlo con las opignoradas en las cuales retiene el testador la propiedad. Lo principal en este punto está en saber cuando tendrá el heredero obligacion de pagar la cantidad que adeuda la cosa empeñada y cuando el legatario: para lo cual estableceremos varias reglas. 1. Sabiendo el testador que la cosa que lega está empeñada por menos de su valor, la debe desempeñar el heredero y entregarla libre al legatario.† 2. Si la cosa estaba empeñada por tanta ó por mayor cantidad de la que importa su valor, tambien la deberá desempeñar el heredero, ahora lo supiese ó no el testador.‡ 3. Si la cosa estaba empeñada por menos de su valor y el testador lo ignoraba, entonces el legatario debe desempeñarla.||**

**\* L. 11. tit. 9. P. 6.**

**† Dicha ley 11. en el principio.**

**‡ Dicha ley en el medio.**

**|| La misma ley al fin.**

Vale tambien el legado de la cosa dada en prendas al testador, hecho al mismo que la empeñó; pero en este caso el heredero tiene accion para pedir al legatario la cantidad que sobre ella le habia dado el testador,\* sin que por esto pueda decirse que es inútil el legado, pues queda al legatario la utilidad de tener en su poder la alhaja libre del empeño, y de esto es de lo que se hace el legado, á menos que el testador mande espresamente lo contrario.

Mas ¿que se deberá decir cuando el testador haya legado una alhaja, por ejemplo una casa, y viviendo todavia la enagena? ¿Será válido con todo eso el legado ó no? En este caso distingue nuestro derecho: ó la enagenacion fué por donacion ó por venta; si fué del primer modo se acaba el legado, porque presume el derecho que se arrepintió y que quiso quitar el legado al legatario.† Si del segundo, permanece útil el legado y se debe la estimacion de el, por presu-

\* L. 16. tit. 9. P. 6.

† Ll. 17 y 40 tit. 9. P. 6.

mir el derecho que el haber vendido la cosa legada fué por urgencia que padeció el testador y no con intencion de revocarlo.\*

Muchas veces se dejan legados de varias cosas incorporales: tales son el legado de *nombre*, de *liberacion* y de *deuda*, las cuales especies se deben distinguir con cuidado. Legado de nombre es, cuando el testador lega á Ticio lo que le debe Sempronio. Legado de liberacion ó de libertad es, cuando se deja al legatario lo mismo que él debe. Finalmente legado de deuda es, cuando el testador lega á su acreedor lo mismo que él le debia pagar. Por lo que hace al legado de nombre, el efecto que este produce es, que el heredero debe ceder al legatario las acciones que tenía el testador contra el deudor.† Pero ¿que se deberá hacer cuando esta deuda activa no sea buena, de suerte que el legatario nada perciba del deudor? En este caso á nada mas está obligado el heredero, y cumple con

\* L. 40. ya cit.

† L. 15. t. 9. P. 6.



traspasar al legatario todo el derecho que él tenía. Por el legado de liberacion ó de libertad está el heredero obligado á entregar al legatario la escritura de obligacion que hubiese otorgado á favor del testador, las prendas y demas seguridades de la deuda, y de este modo librarlo enteramente de que se le pueda cobrar. Acerca de estos dos legados se puede mover una cuestion curiosa: ¿que se deberia hacer en el caso de que el testador cobrase en vida la deuda, si permanecerá útil el legado? Aquí distingue tambien nuestro derecho. Si el testador cobró y recibió la deuda, parece el legado y no está obligado el heredero á dar la estimacion de el, porque se entiende que lo revocó pues cobró la deuda y se la entregaron; pero si el deudor la pagó de su voluntad no pidiendosela, entonces vale tanto el legado de nombre como el de liberacion, y el heredero está obligado á dar la cosa mandada en que consistia la deuda, ó su estimacion. Y la razon es: porque recibiendo el testador la cosa adeudada sin pedirla, se presume que su

## 251

intencion es guardarla para aquel á quien la lego.\*

El legado de deuda se puede dudar con bastante razon si será útil: porque parece que ninguna liberalidad es que el deudor legue á su acreedor lo mismo que le debe: por otra parte el heredero aun sin legado tiene obligacion de pagar todas las deudas del difunto. Mas con todo, muchas veces el legado de deuda es útil: figuraremos tres casos en que lo es evidentemente. 1. Cuando el testador debe bajo de condicion ó para cierto dia: entonces la utilidad del legado es suma, porque en virtud de él está obligado el heredero á pagar luego al punto. 2. Cuando la deuda solo es de escritura sin hipoteca; pues por el legado adquiere el legatario derecho de hipoteca en todos los bienes de la herencia. 3. Cuando la deuda no está líquida ó es difícil de probarse; pues entonces trae al legatario la utilidad de poder probar con el testamento la verdad de la deuda.

Hay tambien legados que se llaman *de*

\* L. 15. tit. 9. P. 6.

*género, de especie y de cantidad, y sus diferencias son dignas de notarse. Género llaman los juristas, lo que para los filósofos es especie : v. g. un caballo, un libro, un vestido. Especie por el contrario, á lo que los filósofos individuo : v. g. tal caballo de mi caballeriza, las obras de Heinnecio de mi librería, un vestido de terciopelo negro que tengo en mi ropero &c. Finalmente, cantidad es un género determinado con cierto número : v. g. cuatro caballos, mil pesos. Por lo que hace al legado de especie se deben observar las reglas siguientes.*

*1. La especie legada no perece para el heredero, sino para el legatario. Para esto hay dos razones : la primera porque el dominio de la cosa legada pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador, y la cosa perece para su dueño.\* La segunda porque el heredero solamente es deudor de cierta especie, y así se libra si perece esta. Se exceptúan de esta regla el caso de que el heredero sea moroso en entregar la cosa*

\* L. 34. tit. 9. P. 6.

legada, pues entonces parece para él, y también cuando por culpa suya pereciere, pues como deudor presta hasta la culpa leve.\* 2. *Cuando se lega una universidad de cosas, por ejemplo una manada de ovejas, el aumento ó disminucion que tuviere pertenece al legatario ; y así si la manada al tiempo de la muerte del testador era de cien ovejas, y despues con las que nacieron se aumentó hasta ciento y cincuenta, esta utilidad es para el legatario. Por el contrario, si por muerte de las ovejas se disminuyó la manada hasta quedar en veinte cabezas, este daño será también del legatario por la razon ya dada, de que el dominio de la especie legada pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador.*

Por lo que hace al legado de género se deben observar en él dos reglas. 1. *Que para que sea útil, es necesario que sea de género ínfimo, y que tenga ciertos y determinados límites por naturaleza ; y así no producirá efecto si el género fuere supremo, ó sin determinacion por la na-*

\* L. 41. tit. 9. P. 6.

turalaleza. Esto explicado de este modo parece oscuro ; pero se hará claro con ejemplos. Un caballo v. g. es legado de género ínfimo, y cualquiera sabe que cosa es un caballo : mas un legado que se hiciese de un animal, ó de una cosa absolutamente, sería legado de género supremo ; y así sería cosa absurda y ridícula legar á Ticio v. g. un animal, pues en este caso cumpliría el heredero con entregarle una mosca ó una pulga. De aquí se infiere claramente la razon de una ley\* que dice : que si el testador legare á uno una casa sin tenerla, no está obligado el heredero á comprarla ni vale el legado, pues presume el derecho que el testador se burla, porque semejante legado sería de un género indeterminado, y que no tiene limites por la naturaleza ; y así solo valdría cuando el testador tuviese alguna ó algunas casas, pues entonces se entenderia que le legaba una de ellas.

*2. En el legado de género tiene la eleccion el legatario ; pero de tal suerte*

\* L. 23. tit. 9. P. 6.

*que no puede elegir lo mejor* :\* v. g. si el testador me lega un caballo de su caballeriza, no le toca al heredero darme el que le pareciere, sino que yo puedo escoger el que guste, con tal que no escoja el mejor, y en esto se diferencia el legado de genero del legado de opcion.

Legado de *opcion* ó de eleccion se llama, cuando el testador con palabras espresas y terminantes concede al legatario, que entre muchas cosas de un mismo género escoja la que le parezca mejor : v. g. si uno en su testamento dijese de esta manera : lego á Ticio el caballo que eligiere de mi caballeriza, ó el que mas le agradare.† En este legado se deben notar tres cosas. La 1. es, que puede el legatario tomar lo mejor, lo cual no podia en el legado de genero.‡ La 2. que una vez hecha la eleccion no puede arrepentirse y volver á escoger por parecerle que no escogió lo mejor, sino que á sí mismo se debe imputar si hizo una eleccion imprudente.§ La 3. que si el

\* Dicha L. 23. tit. 9. P. 6.

† L. 25. tit. 9. P. 6.

‡ D. L. 25. y la 23. antecedente.

§ L. 25. tit. 9. P. 6.

legatario en vida no elige, lo podran hacer sus herederos, de suerte que la opcion pasa á ellos.\*

Resta dar una regla que es comun al legado de género y de cantidad, la cual es esta : *ni el género ni la cantidad perecen.*† La utilidad de esta regla es insigne ; porque si v. g. á mi se me hubiera legado un caballo ó la cantidad de cien pesos, y el heredero lo hubiese comprado para darmelo, ó hubiera contado y prevenido los cien pesos y un ladron se lo hubiera hurtado todo, no podrá el heredero escusarse ó librarse de pagar el legado, porque el genero y la cantidad siempre ecsisten en el mundo y nunca perecen.

Finalmente, se pueden legar los hechos, y es la razon, parte porque son ó pueden ser de utilidad, y parte porque al testador le es lícito obligar á su heredero á hacer cualquier cosa que le parezca, con tal que no sea torpe ni ridicula ó de burla ; y así valdria el legado que un

\* Dicha ley 26.

† Arg. de la ley 41. tit. 9. P. 6.

testador hiciese de esta suerte : mando á mi heredero que todos los años le siembre su campo á Ticio ; pero seria absurdo é inútil este : mando á mi heredero que todos los años en el día del nacimiento de Ticio baile desnudo en su calle.

Síguese ahora tratar del derecho de acrecer, el cual no es otra cosa que *un derecho por el cual la parte del colegatario que muere ó no la recibe, acrece al otro*. Este derecho por las leyes de Partida tenia lugar no solo en los legados, sino principalmente en las herencias;\* pero por razon muy diversa. En las herencias era porque ninguno podia morir parte testado y parte intestado, lo cual el dia de hoy por ley de la Recopilacion† está permitido á cualquiera. Pero en los legados el derecho de acrecer nace de la presunta voluntad del testador, y se puede verificar hasta el dia; porque cuando un testador juntó á Ticio y á Mevio en un legado, parece que desde luego quiso que si faltase alguno, mas

\*L. 14. tit. 3. P. 6.

† L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.



bien su parte pasase al otro, que no que volviese al heredero. Trataremos pues, ahora de los requisitos necesarios para que se verifique el derecho de acrecer en los legados, supuesto que en la herencia no tiene lugar si no es por voluntad del testador, y no por necesidad alguna.\*

Dos son los requisitos para que se verifique el derecho de acrecer. El primero que falte el colegatario, y que sea antes de la muerte del testador, porque si le sobrevive aunque sea por un momento pasa el legado á los herederos, y ya no acrece al otro legatario.† El segundo que sean conjuntos y se llaman así los legatarios que son llamados á recibir una misma cosa, por ejemplo : á Ticio y Mevio les lego mi casa. Por el contrario, si á Ticio se le lega la casa, y á Mevio un campo, aunque falte uno de los dos, nada acrece al otro.‡

Veamos ahora de cuantos modos puede ser la conjuncion. Se divide en con-

\* Vease la nota de Sala en el Vinnio lib 2. tit. 14. núm. 12. y 13.

† L. 33. tit. 9. P. 6.

‡ Dicha ley 33.

*juncion en la cosa*, en *conjuncion en las palabras* solamente, y en *mista*, esto es, en la cosa y en las palabras juntamente. Se dice ser conjuntos en la cosa cuando muchos son llamados á recibir una misma, pero en diversas proposiciones: v. g. á Ticio le lego mi casa; á Mevio lego la misma casa, y á estos llaman tambien disjuntos, porque sus nombres estan puestos en diversas proposiciones. En palabras solamente se llaman conjuntos los que son llamados á una misma cosa en una sola proposicion, asignandoles partes no físicas, sino intelectuales: v. g. á Ticio y á Mevio lego mi fundo en iguales partes. *Conjuncion mista* se dá cuando una misma cosa es legada á muchos en una proposicion y sin señalar partes: v. g. á Ticio y Cayo lego mi fundo.\*

En todos estos casos, sea que el uno de los legatarios no quiera su parte, ó que muera antes que el testador, acrecerá á los demas siempre que se presuma así de la voluntad del difunto por no espresarse cosa en contrario.†

\* L. 33. tit. 9. P. 6.

† La misma ley 33.

Falta decir algo del modo de legar. Se pueden hacer los legados puramente, para algun dia, (lo cual se llama en latin *ex die vel in diem*) bajo de condicion, con demostracion, con causa ó con modo. Puramente se lega cuando no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento; v. g. lego á Ticio cien pesos.\* En esta especie de legados se debe tener por regla general que se debe y se puede pedir al instante de la muerte del testador. Se dice deberse un legado cuando aunque haya obligacion de pagarlo todavia no se puede cobrar; por el contrario cuando ya se puede exigir la paga ó entrega de él, se dice que se puede pedir: de suerte que el sentido de la regla dada es, que el legado que se deja puramente hay obligacion de pagarlo inmediatamente que muere el testador, y que tambien en el mismo instante se puede cobrar.

Legado desde algun dia es aquel que tiene término desde cuando debe comenzar, v. g. lego á Ticio mi casa diez años

**\* Ley 31. en el principio tit. 9. P. 6.**

despues de mi muerte ; y legado hasta cierto dia es aquel que se hace señalando el tiempo que debe durar : v. g. á Ticio le lego mi hacienda por diez años.\* En el primer caso si el dia es cierto, se debe luego el legado ; pero no se puede cobrar hasta pasados los diez años : en el segundo al punto se debe y se puede cobrar. Mas si el dia señalado fuere incierto, de suerte que se ignore si ecsistirá ó no entonces el dia se tiene por condicion.

Del legado condicional nada hay aquí que añadir, pues todo se ha explicado ya cuando se trató de la institucion de heredero. Una regla solamente se debe observar en este particular, y es : que el legado condicional ni se debe ni se puede cobrar antes de que ecsista la condicion.† De donde se sigue que si el legatario muere antes que se cumpla la condicion, nada transmite á sus herederos, sino que espira el legado.

Con demostracion se dice que lega un

\* L. 31. tit. 9. P. 6.

† L. 21. tit. 9. P. 6.

testador siempre que hace descripcion de la persona ó de la cosa legada: v. g. á Ticio que administró mis negocios mando se le den cien pesos : á Mevio lego la casa que compre de Sempronio. De este legado se debe observar que la falsa demostracion no lo vicia, con tal que de otro modo conste de la persona y de la cosa legada ;\* y así aunque sea falso que Ticio administró sus negocios ó que la casa la hubiese comprado de Sempronio, con todo es útil el legado y surtirá su efecto.

Siguiese el legado dejado bajo de cierta causa. Por causa entendemos aquí la impulsiva, y que el testador espresa en testamento : v. g. á Ticio porque me defendió un pleito le lego cien pesos. En este caso vale tambien la regla ya dada en la demostracion, y así la falsa causa no vicia el legado,† porque como el testador sea á manera de un legislador y la ley se debe obedecer aunque se alegue una causa falsa, de aquí es que vale el

\* Ll. 19. y 20. dicho tit. y P.

† L. 21 del mismo tit. en el medio.

legado porque consta de la voluntad del testador. Se exceptúa con todo el caso de que el heredero pudiese probar que el testador no habria legado si hubiese conocido la falsedad de la causa, pues entonces falta la voluntad y será nulo el legado.

Finalmente, bajo de modo se dice dejado un legado cuando el testador espresa el fin para el cual lo deja, v. g. lego á Ticio mil pesos para que se gradue de doctor. Esto se debe y se puede pedir luego al punto; pero el legatario debe dar fianza de que cumplirá con el fin intentado por el testador, y que si no lo cumpliera lo restituirá pues hasta que lo cumpla gana el dominio de él.\*

Al fin de este título se debe notar que valen los legados hechos aunque el testamento se rompa por pretericion ó desheredacion injusta, pues así lo concede espresamente nuestro derecho,† que solo atiende á que la voluntad del testador siendo justa y arreglada, se cumpla

\* Dicha ley 21. tit. 9. P. 6.

† Ll. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast. y 7 tit. 8. P. 6.

## 264

en aquella parte que se puede. Lo mismo sucede cuando el heredero establecido en el testamento no quiere aceptar la herencia, ó por cualquiera otra causa no entra en ella; pero en todo caso debe constar de la solemnidad prescrita por derecho,\* pues faltandole no tendrá fuerza de testamento, ni hará fe en juicio ni fuera de el.

Tambien se advierte que los legados no se deben dejar á arbitrio de otro, sino que el testador mismo debe hacerlos por sí, y con palabras y señales tan claras y ciertas, que se conozca plenamente su voluntad, y no se dude del legatario y cosa legada, pues de otra suerte no valdrian.† Pero puede dejar á su heredero, ó á otro la facultad de elegir á personas inciertas, de las ciertas que le señale, pues en este caso no se confiere en la voluntad de otro la sustancia del legado, sino la cualidad ó eleccion de la persona. Para que sean válidos, se requiere tambien que sean

\* L. 1. tit. 4. lib 5. de la Rec. de Cast.

† Ll. 28. y 29. tit. 9. P. 6.

hechos en testamento ó codicilo ó poder para testar.\* Es verdad que no solo legados, sino tambien mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores y cualquiera otra cosa, (escepto la institucion de heredero) se suelen hacer en un escrito separado que se llama *memoria testamental*, y no es otra cosa que un escrito simple en que el testador añade, ó quita alguna cosa á su testamento, el cual vale y se estima por parte de este siendo firmado por el testador, y citandose en el testamento.†

Tres acciones competen á los legatarios para conseguir los legados que les han sido dejados en algun testamento.

La 1. es personal por cuasi contrato : y la razon de darse esta accion es, porque el heredero aceptando la herencia, es lo mismo que si contrajese con los legatarios. La 2. es real en todos aquellos legados, que por ser hechos en especie pasa el dominio de la cosa legada al legatario desde el instante de la muerte

\* L. 34. tit. 9. P. 6.

† Febrero lib. de escrib. cap. 1. § 2. núm. 45.



del testador. La 3. accion es hipotecaria, y les compete á los legatarios porque tienen *tácita* hipoteca en todos los bienes de la herencia, de la que se ha apoderado el heredero.\*

## ADICION.

*Pueden tenerse presentes los autos acordados 419, 420 y 421, del último foliage del primer tomo de Montemayor y Beleña.*

## TITULO XXI.

*Del modo de quitar, ó de transferir los legados.*

Habiendo hablado hasta aquí del modo de dejar los legados, síguese ver como se quitan ó se trasfieren. Y á la verdad, siendo la voluntad del hombre variable hasta la muerte,† no se puede

\* L. 26. tit. 13. P. 5.

† L. 25. tit. 1. P. 6.

dudar que el testador puede quitar á los legatarios los legados que les haya dejado en su testamento, ó trasferirlos á otros.\*

Dicese que se quitó un legado cuando el testador ya no quiere legar lo que antes legaba. Esto puede suceder ó por ministerio de la ley, á lo cual llaman los juristas *ipso jure*, ó en virtud de escepcion. Del primer modo se quita el legado ó por palabras ó por hechos. Por palabras, cuando el testador en posterior testamento ó en codicilo declara, que ya no lega á alguno lo que antes le legaba.† Por hechos se quitará el legado, si el testador lo borraré ó tildare‡ por sí mismo, ó por medio de otro por órden suya. Si acabare la cosa legada, ó le mudare la forma: con esta distincion, que si la cosa se puede reducir á su antigua forma, vale el legado: v. g. si de la plata legada hizo vasos; pero si no se puede volver á su antiguo estado, se entiende quitado: v. g. si de la lana

\* L. 39. tit. 9. P. 6.

† Dicha ley 39.

‡ La misma ley 39. V. *otro si se podria*.

ó madera que habia legado hiciese antes de su muerte paño ó casa.\* Finalmente se estingue el legado cuando el testador sin necesidad alguna vende ó enagena la cosa legada, pues en este caso se presume que se arrepintió de haber hecho el legado; pero siempre que falte esta presuncion, como puede suceder mas facilmente en los casos de venta que en los de donacion, no se entiende revocado, antes se debe al legatario el precio en que la cosa fue vendida.† De este modo se quitan los legados *ipso jure*, tácita ó expresamente. Por medio de escepcion se quitan siempre que suceda alguna cosa de la cual se pueda presumir que el testador mudó de voluntad, lo cual probándose por el heredero, perderá el legatario su legado.

Síguese la traslacion de los legados la cual sucede siempre que haya mutacion acerca de ellos. Esta puede ser de cuatro maneras. 1. Si se muda la persona del legatario: v. g. cuando se

\* L. 42. tit. 9. P. 6.

† Vease toda la ley 40. tit. 9. P. 6. y la 17. del mismo tit.

lega á Ticio lo que se habia legado á Sempronio. 2. Si se muda la misma cosa legada : v. g. cuando el testador que habia legado á uno su casa, ya no le lega sino su hacienda. 3. Si se muda la persona á quien se mandaba que pagase á otro el legado : v. g. si antes se le mandaba á un légatario que diese á otro cien pesos, y despues se manda al heredero que él sea quien los pague. 4. Finalmente, si se muda la naturaleza del legado, como cuando la cosa que antes se legaba puramente, despues se lega bajo de condicion.

Pero se debe advertir acerca del primer modo de trasferir los legados, que se haga con toda claridad y repitiendo el nombre del primer legatario, pues de otra suerte no será traslacion sino conjuncion : v. g. si dijese : á Ticio le dejo la casa de mi morada, y despues : á Cayo dejo la casa de mi morada ; pues en este caso la dividirán ; però no si dijere : la casa de mi morada que dejaba á Ticio se la dejo á Cayo.

De lo dicho hasta aquí se infiere que los legados se pueden quitar y trasferir

en testamento ó en codicilo ; y añadido que para quitarlos ni aun esto es necesario, pues ninguna solemnidad requieren las leyes citadas,\* antes bien, con sola la presuncion de falta de voluntad en el testador, basta para que el legado se tenga por quitado.

Para conclusion de este título veamos de cuantos modos espiran los legados. Esto sucederá. 1. Si el legatario muriere antes que el testador† pues entonces no llega á adquirir dominio en la cosa legada. 2. Si pereciere la cosa legada sin culpa ú mora del heredero. Esto se entiende de la cosa legada en especie, pues el género y la cantidad nunca perecen.‡ 3. Se acaba el legado de cosa agena, si esta la adquiere el legatario en vida del testador por título lucrativo,§ por la razon ya dada, de que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona, y acerca de una misma cosa. 4. Si el testamento

\* Veanse las leyes 39 y 40 tit. 9. P. 6.

† L. 35. tit. 9. P. 6.

‡ L. 41. tit. 9. P. 6.

§ L. 43. tit. 9. P. 6.

fuere nulo por falta de solemnidad : v. g. si no tuviere el competente número de testigos : pero no si fuere nulo en cuanto á la institucion de heredero.\* 5. Si por parte del legatario no se cumpliera la condicion posible bajo la cual se le dejó el legado.† Esto se entiende si estuviese en su mano el cumplirla, pues cuando no puede, como por caso fortuito, ó de otra manera, sin culpa suya, entonces se tiene por cumplida y se debe pagar el legado.‡

## TITULO XXII.

### *De la ley falcidia.*

Este título está bastante conecso con el antecedente, pues así como aquel nos muestra de que modo se acaban los legados, así este nos enseña como se disminuyen muchas veces, ó se reducen á menor cantidad.

\* Ll. 1. y 2. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

† L. 21. tit. 9. P. 6.

‡ Vease la ley 22. tit. 9. P. 6.

## 272

Con motivo de permitir las leyes antiguas á los testadores que distribuyesen sus bienes en legados, no quedaba á los herederos que instituian cosa alguna, ó les quedaba muy poco, por cuya razon muchos no querian aceptar la herencia. Esto dió motivo entre los romanos á que se estableciesen varias leyes procurando impedir este desórden. Pero como ninguna de estas fuese suficiente á ocurrir al daño, se estableció la ley Falcidia, llamada así de Publio Falcidio tribuno de la plebe en tiempo del emperador Augusto el año 714 de Roma, por la cual se estableció, que ninguno pueda legar mas que las tres partes de sus bienes, y que en caso que legase mas, de suerte que no le quedase al heredero que percibir, ó le quedase menos que la cuarta parte de la herencia, pudiese sacarla y retenerla para sí de cada legado.

Este derecho que tuvo origen entre los romanos ha pasado á nosotros, y está adoptado por nuestras leyes;\* y así

\* Tit. 11. de la Part. 6.

siempre que el testador instituye heredero voluntario, y deja tantas donaciones ó mandas, que nada le queda que heredar, ó le queda menos de lo que por derecho le toca, puede sacar el heredero la cuarta parte de la herencia que dicha ley le concede llamada tambien *Falcidia* por nuestras leyes\* de suerte que de cada manda ha de sacar la cuarta, la cual le compete por solo haber sido nombrado heredero en el testamento.†

Para deducir dicha cuarta ha de considerarse el valor de los bienes del testador al tiempo de su muerte, porque el aumento ó deterioro que despues haya, es de su cuenta y no de los legatarios.‡ Mas si los herederos son forzosos, no sacan cuarta, sino toda su legítima integra sin condicion ni gravamen,§ y solo se podrán hacer legados del tercio ó quinto segun sea el testador.

La deduccion de la cuarta falcidia debe hacerse en esta forma: primero se

\* L. 1. tit. 11. P. 6.

† Dicha ley 1.

‡ L. 3. tit. 11. P. 6.

§ L. 4. tit. 11. P. 6.



ha de separar lo qué el testador esté debiendo aunque sea al mismo heredero, á menos que lo prohíba espresamente, pues en tal caso no se separa el débito de este: despues las espensas funerarias ocasionadas con motivo de su muerte; y luego el dinero que destine para comprar siervos que mande manumitir: bien entendido que si lega una cantidad á persona determinada para que dé libertad al suyo, puede el heredero detraer de ella la cuarta parte; pero si manda que el dinero se entregue á alguno para que compre los de otro y se consume todo en su compra, no debe sacarla de el; mas si sobra algo puede deducirla del sobrante.\*

No puede el heredero deducir dicha cuarta de los legados hechos á las iglesias, hospitales ú otros lugares religiosos, ó á pobres ó para cualquier otra obra pia, ni de lo que lega el testador que es soldado,† ni de lo que entregan á los prohibidos de ser legatarios ó herede-

\* L. 2. tit. 11. P. 6.

† L. 4. tit. 11. P. 6.

## 275

ros,\* ni del legado de la dote, ni si cancela maliciosamente el testamento ó mandas para que no valgan, ó hurta alguna cosa de las legadas, ó maliciosamente la niega diciendo que es suya y no del testador, ni tampoco cuando este le prohíbe espresamente su detraccion.† Asimismo si paga enteramente algunas mandas creyendo que en la hacienda restante le queda lo suficiente para sacarla, debe satisfacer en la propia forma las demas, sino es que despues de haber empezado á pagarlas aparezca alguna deuda grande de que hasta entonces no habia tenido noticia, que en este caso puede retenerla de las que no esten entregadas.‡

De todo lo demas puede el heredero sacar la cuarta si la cosa legada tiene cómoda division, y si no, se ha de apreciar, y de su importe hacer la deducion: previniendo que aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada á otro, no debe

\* L. 5. del mismo tit.

† L. 6. tit. 11. P. 6.

‡ L. 6. d. tit. y P.

## 276

hacerlo sin su peamiso, porque la destraccion de la cuarta ha de ser respectivamente de cada legado.\*

Finalmente para poder sacar la falci-  
dia debe el heredero hacer previamente  
en el termino legal, inventario formal  
de todos los bienes del finado, pues si no  
lo hace no podrá;† y además estará  
obligado á pagar enteramente las man-  
das y deudas que dejó;‡ y si lo hace y  
satisface á aquellas antes que estas, de-  
ben los acreedores reconvenir primero á  
los legatarios, y despues por lo que falte  
al heredero.§

## TITULO XXIII.

*De los fideicomisos universales y de la cuarta trebe-  
lianica.*

Hemos hablado ya de las herencias  
por testamento y de los legados: si-  
guese ahora tratar de los fideicomisos.

\* L. 2. d. tit. y P.

† L. 7. d. tit. y P.

‡ L. 10. tit. 6. P. 6.

§ L. 7. del mism. tit.

## 277

A la fe de otro no podemos cometer una cosa de otro modo que por palabras de ruego, y de aquí nace la definicion. Fideicomiso es *una orden intimada al heredero por palabras de ruego para que dé alguna cosa á otro.\** Se divide el fideicomiso en universal y singular: universal es, cuando á alguno se le deja por modo de fideicomiso toda la herencia ó una parte de ella, y así suele llamarse *herencia fideicomisaria*. Singular es, cuando una cosa singular v. g. algun genero, especie ó cantidad se deja por modo de fideicomiso, y de este se tratará en el siguiente título. Por lo que hace al universal se debe observar, que para este siempre se requieren tres personas: 1. El que deja el fideicomiso, y se llama *fideicomitente*. 2. Al que se manda que restituya la herencia á otro, y este se llama *heredero fiduciario*, porque en su fidelidad coloca su confianza el testador. 3. Finalmente aquel á quien se restituye la herencia y se dice *herede-*

\* L. 8. tit. 11. P. 6.

**ro fideicomisario:** el cual hablando con rigor no es heredero, pues solo recibe la herencia para entregarla á otro.

Esta es la primera division de los fideicomisos: siguese otra y es, que el fideicomiso puede hacerse tacita ó espresamente. Se dirá hecho espresamente cuando el testador con palabras claras y terminantes manda á su heredero que restituya á otro la herencia ó alguna parte de ella; y tacito será cuando no se hace mencion de restitution, pero se manda al heredero alguna cosa de donde se colige que debe restituir la herencia: v. g. Ticio sea mi heredero; pero con la condicion de que no haga testamento. En este caso es lo mismo que si dijese el testador: ruego á Ticio que restituya mi herencia á sus parientes mas próximos.

De los principios establecidos se infiere claramente: 1. Quien puede dejar fideicomisos, conviene á saber: todos aquellos que pueden hacer testamento por tener libre disposicion de sus bienes; y así no podrán todos aquellos que dijimos

no pueden testar.\* 2. A quienes se puede mandar que paguen fideicomisos, esto es: á todos aquellos que ricibieren alguna parte de la herencia con título de herederos ; pero con la condicion de que á ninguno se grave en mas de lo que recibió. 3. Que se pueden dejar fideicomisos á todos aquellos que pueden recibir por testamento ó ser herederos: y así, v. g. si Ticio me hubiese mandado restituir toda su herencia á un colegio de músicos, no valdrá semejante fideicomiso si el tal colegio está fundado sin consentimiento del príncipe como se supone. 4. Que se pueden dejar fideicomisos ó en testamento, ó en codicilo. 5. Que se puede hacer fideicomisos puramente ó con condicion, y para, ó hasta cierto dia.

Siendo difícil que los fideicomisarios quiesen ser herederos con la obligacion de restituir toda la herencia, para que tuviesen alguna utilidad, se estableció que en premio de su trabajo y de la restitution de la herencia se quedasen con la cuarta parte

\* L. 14. tit. 5. P. 6.

## 280

líquida de la en que fuesen instituidos, y se ha llamado *cuarta Trebeliánica* aun entre nosotros,\* cuyo nombre tomó entre los romanos.

A distincion de lo que se observa en la cuarta falcidia, debe el heredero fiduciario incluir en la trebeliánica todo lo que el testador le haya legado y los frutos que percibió de la herencia mientras la tuvo en su poder.† y si estos equivalen á aquella, la restituirá entera al fideicomisario; mas si no equivalen, puede distraer unicamente lo que falte para completar la cuarta.‡ Pero si importaren mas los frutos que lo que el debe percibir por razon de esta, si el testador señaló dia para que entregase la herencia, y dicho fiduciario lo verificó, entonces hace suyos todos los frutos que percibiére hasta ese dia, aunque como hemos supuesto, asciendan á mas. Pero si no se le señaló dia cierto, y el fue moroso en entregar la herencia, debe restituir todo lo que esceda de su cuarta parte.§

\* L. 14. al fin, dicho tit. y P.

† L. 8. tit. 11. P. 6.

‡ Dicha ley 8.

§ Dicha ley 8.

Resta ver en que casos no tiene lugar la cuarta trebeliánica. 1. No lo tiene en el testamento del soldado. 2. Si el testador prohíbe que se saque. 3. Si el heredero por ignorancia de derecho restituyó toda la herencia. 4. Si no hizo inventario. 5. Si no quisiere aceptar la herencia, en cuyo caso sin necesidad de que compela el juez al fiduciario entrará en ella el fideicomisario por sí.\*

## TITULO XXIV.

### *De los fideicomisos singulares.*

Hemos tratado de los fideicomisos universales, que tambien se llaman herencias fideicomisarias : siguen los fideicomisos singulares, de los que hablaremos brevemente, porque estos estan igualados en todo á los legados, de suerte que no hay diferencia en cuanto á los efectos que producen unos y otros. De esta manera, todas las disposiciones que hemos

\* L. 1. al fin tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.



notado de los legados, tienen lugar en los fideicomisos: los que pueden legar, pueden dejar fideicomisos; á quienes se lega, tambien se deja fideicomiso; y las mismas cosas que se dejan por legado; se dejan y pueden dejar por medio de fideicomiso. De consiguiente, para haber de tratar esta materia por sus partes, seria necesario repetir el título todo de los legados.

Mas aunque en el efecto no haya diferencia alguna entre los legados y fideicomisos, con todo se distinguen. 1. En las palabras, pues aquellos se dejan con palabras imperativas y estos por medio de ruego.\* 2. En el modo: para los legados se requieren cinco testigos, mas los fideicomisos se pueden hacer sin testigo alguno estando presente el heredero, y para prueba se tomará despues juramento, y en caso de no querer jurar será obligado á pagar el fideicomiso, y si jurare en falso pagará su lengua semejante delito, pues no hay arbitrio para dar otra prueba.

\* L. 14. tit. 5. P. 6.

## TITULO XXV.

### *De los codicilos.*

Los codicilos no son otra cosa que *una disposicion menos solemne ordenada por el testador á fin de explicar, añadir ó quitar alguna cosa de su testamento.\**

Convienen los codicilos y los testamentos en que unos y otros son voluntad; pero se diferencian, 1. En que el testamento es una última voluntad solemne, y el codicilo menos solemne.† 2. Que cuando hay testamento no suceden ni pueden suceder los herederos *ab intestato*; pero los codicilos pueden hacerse tanto por el que muere testado como intestado. 3. Que en el testamento para que valga como tal, es necesaria la institucion de heredero; mas en los codicilos no se puede instituir heredero, sino solamente hacer legados y fideicomisos.‡ Y

\* L. 1. tit. 12. P. 6.

† L. 3. del dicho tit.

‡ L. 2. del dicho tit.

de aquí fácilmente se deduce de cuantas maneras son los codicilos unos se llaman escritos, y son aquellos que se reducen á escritura, y otros nuncupativos, y son los que se hacen por viva voz.\* Hay otra division de los codicilos, y es: que unos son de *testado* y otros de *intestado*: aquellos se hacen por el que primero ordenó testamento; estos por el que quiso morir sin testamento; y así los primeros se llaman codicilos confirmados por testamento, y los segundos absolutamente *codicilos ab intestato*.

Los derechos que se deben guardar en el otorgamiento de los codicilos se coligen de la definicion dada; de la cual inferimos: 1. Que el que no puede hacer testamento tampoco puede hacer codicilos,† pues estos no son otra cosa que un testamento menos solemne. 2. Que en los codicilos no se puede instituir heredero directamente.‡ La razon es, porque esta institucion es una cosa solemne, y así no se puede hacer sin todas las solem-

\* L. 1. al fin tit. 12. P. 6.

† L. 1. tit. 12 P. 6.

‡ L. 2. del mismo tit.

nidades de derecho. Es verdad que atendidas nuestras leyes, que requieren para el codicilo nuncupativo la misma solemnidad de testigos, que para el testamento de esta especie,\* valdrá la institucion que se hiciese en semejante codicilo; pero por el mismo hecho lo dejará de ser, y en realidad será testamento; pero en el codicilo cerrado probablemente no valdrá. Por la razon ya dada, tampoco producirá efecto la desheredacion ni la sustitucion hecha en codicilo, ni la condicion que en el se pusiese al heredero instituido en el testamento.† ¿Que es pues lo que se puede hacer en los codicilos? Se puede legar, y disminuir ó quitar los legados: hacer fideicomisos y donaciones por causa de muerte: se podrá finalmente nombrar el delito que cometió el heredero instituido en el testamento contra el testador, y por el cual no merece la herencia, y siendole probado quedará impedido de ser heredero.‡

3. Que se pueden hacer muchos codici-

\* L. 2. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

† D. L. 2. tit. 12. P. 6.

‡ L. 2. ya citada.

**los y todos valen, no siendo contrarios ;\* pero en los testamentos, el posterior deroga al anterior, porque en cada uno se dispone de todos los bienes instituyendo heredero.**

**Finalmente, en los codicilos cerrados bastan cinco testigos que suscriban ; mas en los nuncupativos ó abiertos se requieren las mismas solemnidades, que en el testamento nuncupativo.†**

**\* L. 3. del mism. título.**

**† L. 2. tit. 4 lib. 5 de la Rec. de Cast.**