

bien cualquier testador distribuir su herencia en mandas y legados, sin que por esto deje de cumplirse exactamente cuanto dispusiese.

TÍT. XVI.

Tanto por nuestro Derecho como por el romano se encuentra admitida la sustitucion pupilar hecha por los padres en sus testamentos y en favor de los hijos impúberes, para en el caso de morir estos ántes de llegar á la pubertad; y como entre los romanos, por efecto de esta patria potestad, tal cual ellos la usaban, se hallaban en aquella los hijos y demas descendientes, de aquí era que podia sustituir pupilarmente el abuelo; mas segun nuestro Derecho esta facultad se halla limitada á solo el padre, por salir los hijos de la patria potestad, casándose y velándose.

En España tenemos establecido el que la facultad de testar pueda cometerse á otro: esto se ejecuta por medio del oportuno poder con las mismas formalidades que se exigen para los testamentos; y el señalarlo por el testador para que ejecute su testamento, se llama *comisario*. Es cierto que este nada puede hacer en virtud del poder que se le confiera, mas de lo que en él se halla establecido; por manera que ni puede instituir heredero, ni hacer mejoras, ni revocar legados, ni sustituir vulgar, pupilar ni ejemplarmente, hallándose reducidas las facultades del comisario á lo que le hubiese prevenido el testador en su poder; y si nada le previno, puede desempeñar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas de cualquiera clase, y mandando distribuir por su alma la quinta parte de todos sus bienes, y el remanente deberá repartirse entre los herederos abintestato. En caso de no tenerlos el testador, deberá

disponer el comisario de todos sus bienes en favor de causas pias y provechosas al alma de dicho testador. El comisario debe usar del poder que se le dió, dentro de quatro meses, si estuviera en la ciudad, villa ó lugar, donde se le dió el poder al tiempo que se le dió; dentro de seis meses, estando ausente, y dentro de un año, estando fuera del reino. Pasados estos términos, que corren contra el comisario ausente é ignorante, sin haber otorgado el testamento, irán los bienes del testador á sus herederos abintestato. Ni el comisario ni el testador tienen facultad para prorogar los términos que ya quedan referidos.

En esta materia de testamentos hai dos puntos muy singulares que conocer de nuestra legislacion, á saber, el de mejoras y el de *mayorazgos*, los que trataremos con alguna estension, copiando, para dar una idea de los segundos, lo que dice Álvarez en sus *Instituciones de Derecho real de España*.

DE LAS MEJORAS.

Es muy comun en España hacer los testadores uso de las disposiciones legales, por las que se les autoriza para el establecimiento de mejoras de tercio y quinto á favor de las personas, á quienes pueden hacerse. La mejora es *una donacion que el padre ó un extraño hace á sus hijos ú otras personas, por la que los mejora de condicion en quanto á la legitima, ó si es extraño, le manifiesta la liberalidad y desinterés con que obra en su favor*. Segun nuestro Derecho patrio, todos los bienes que tienen los padres, son legitima de sus hijos, á escepcion de una quinta parte de ellos, de la que pueden disponer en favor de la persona que mejor les pareciere, ó de cualquier otro modo. Por la reciprocidad de derechos que la misma naturaleza parece haber puesto entre padre é hijo, se halla estable-

cido del mismo modo en nuestras leyes, que todos los bienes de los hijos son legítima de sus padres, fuera del tercio, del que pueden disponer en la misma forma que se ha dicho del padre respecto al quinto. Es también singular y propio de nuestro Derecho, el que pudiendo solo el padre dejar el quinto á estraños, tenga libertad para dejar el tercio á uno de sus hijos ó descendientes; mas así se encuentra establecido en la lei 18 de Toro.

Las mejoras pueden hacerse revocable é irrevocablemente: las primeras pueden variarse cuantas veces quieran los testadores, pues que estando facultados para variar sus testamentos, y siendo la mejora una parte de estos, podrán alterarlas ó revocarlas á su arbitrio, intervenga ó no causa para ello. Las irrevocables son las hechas por contrato entre vivos; pero es necesario tener presente que para que llegue á tener dicha mejora los efectos de irrevocabilidad, se requiere la posesion en el mejorado de las cosas que abraza la mejora, ya sea esta posesion de los mismos bienes, ya de escrituras de ellos; y lo mismo sucede, cuando la mejora es hecha por causa onerosa con otro tercero. La regulacion de estas mejoras debe hacerse por el valor de los bienes del padre al tiempo de su defuncion, y no al en que se hicieron, segun que así lo previene la lei 23 de Toro. Cuando se hacen por el testador que tiene descendientes, las dos mejoras de tercio y quinto, deberá sacarse primero la de este, por haberse así establecido en una lei de Estilo que se halla en observancia, y parece muy conforme su uso en favor de los testadores que solo pueden disponer del quinto de sus bienes. Por otra lei de Toro está permitido á los padres señalar los bienes, en que hayan de consistir las mejoras, de los que componen su herencia; mas esta facultad, segun el espíritu mismo de dicha lei, es personalísima del padre, y no podrá nunca cometerla á otra persona ni aún al

mismo hijo. Hecha pues la mejora en estos términos, y designados por el padre los bienes en que se haya de pagar, en estos mismos deberá entregarse al mejorado, salvo el caso de no tener cómoda division, en el que podrá recibir su importe en dinero efectivo. Las mejoras quedan válidas, aunque el mejorado renuncie la herencia, y aún cuando se rompa ó anule el testamento por pretericion ó exheredacion.

Hecha por el padre donacion simple á alguno de sus hijos, se entiende mejorado, y debe aplicarse esta donacion, primero, como mejora de tercio; si fuese escensiva, será aplicable al quinto, y si de esta también escediere, lo que sobrare, se aplicará á la legítima; mas si escediese estos cotos, se tendrá por inoficiosa en cuanto al exceso, segun que todo así se halla establecido en la lei 26 de Toro. Esto es con respecto á la donacion simple; mas la de por causa, debe contarse primero por legítima; si escediere de esta, es aplicable al tercio, y en último lugar al quinto. Adviértase que al padre, aunque se halla facultado para mejorar á sus hijos, le está prohibido espresamente hacerlo por via de dote ni casamiento á su hija, sin que esta pueda nunca entenderse mejorada, tácita ni espresamente, por ningun contrato entre vivos, segun que así se halla establecido por una lei recopilada.

En conclusion de este tratado, deberemos manifestar que hai ciertos gastos hechos por los padres en favor de sus hijos, que vienen á constituir el patrimonio de estos sin obligacion de colacionarlo, ni aún para que se les aplique por cuenta de mejoras: tales son los consumidos en darles estudios, armarlos caballeros y otros de esta misma naturaleza, segun lo previene la lei 3. título 4. Partida 5, que consideró estos gastos como alimentos consumidos, incapazes por lo mismo de colacionarse, al

propio tiempo que los miró como un esplendor y brillo que da el agraciado con estos estudios y grados á toda su familia.

DE LOS MAYORAZGOS.

Mayorazgo (1) es una institucion por la cual se prohíbe la enajenacion de algunos bienes, y se establece el órden de personas que han de suceder en su posesion. El derecho de fundar mayorazgos hace una parte del de testamentificacion, y uno y otro son manifiestamente institucion del Derecho. Aunque el mayorazgo se establezca por contrato entre vivos, siempre participará de la naturaleza del testamento, porque es de la esencia de ambos el que en ellos se disponga de unos bienes cualesquiera para despues de la muerte del que hace la disposicion. La prohibicion de enajenar, aunque de la esencia de los mayorazgos, es tambien comun á los demas bienes poseidos por manos muertas; así que la diferencia especifica de los bienes amayorazgados es el órden de personas que han de suceder en su posesion.

Si este órden es el mismo que el que la lei 2^a título 15, Partida 2^a, fijaba para la sucesion de la corona de España, el mayorazgo se llama *regular*: si se diferencia de él en algo, se llama *irregular*. Son varias las fórmulas, por las cuales puede establecerse un mayorazgo regular; y en general se puede decir, que no constando espresa y manifiestamente la intencion de un fundador de hacer irregular un mayorazgo, es tenido por regular. En la sucesion de los de esta especie, conforme á la designada en

(1) Con esta palabra se designa tambien el cúmulo de bienes en que consiste el mayorazgo, y vulgarmente se da este nombre al poseedor del mismo mayorazgo; pero aquí solo debe considerarse esta voz como representando una entidad legal.

la lei citada de la Partida 2^a, debe tenerse presente, 1^o la línea, por que la del último poseedor escluye á las demas; 2^o el grado, porque en la línea llamada, el mas próximo pariente escluye al mas remoto; 3^o el sexo, porque siempre es preferido el varon á las hembras de igual línea y grado; y 4^o la edad, porque los mayores escluyen á los menores que les son iguales en línea, grado y sexo. En el mayorazgo regular se sucede por derecho de representacion, y por consiguiente los descendientes de los que llamados á suceder, murieron sin haber poseido el mayorazgo, son considerados como ocupando el mismo lugar que estos.

En los irregulares se sucede por el órden que los fundadores establezcan, que son árbitros en esto, así como en poner las condiciones con que han de poseerse los mayorazgos. Los poseedores deberán cumplirlas, siendo honestas y posibles; pero si no lo fuesen, á nadie obligarian, y se reputarian por no puestas. Siendo tantas las alteraciones que pueden hacerse en el órden de suceder, que si se tratase de apurarlas tendrian que ser representadas por muchos guarismos, y ofreciendo poca utilidad tan molesto trabajo, hablaremos tansolo de las que acostumbraban hacerse con alguna frecuencia, y constituyen las siete especies mas comunes de mayorazgos irregulares, que son las de los conocidos con los nombres de 1^a mayorazgo de agnacion, 2^a de masculinidad, 3^a de femineidad, 4^a de segundogenitura, 5^a alternativos, 6^a saltuarios, y 7^a electivos (1).

(1) Quizá alguno eche de ménos en esta clasificacion los mayorazgos llamados de agnacion fingida y los incompatibles, que se han omitido de intento. La razon para escluir el de agnacion fingida ha sido, que diferenciándose los mayorazgos segun el órden con que en ellos se sucede, y no principiando propiamente este órden hasta el caso de suceder al primer llamado, la circunstancia de que este sea ó no agnado,

Mayorazgo de agnacion es *aquel, á cuya sucesion solo son llamados los varones que descienden del fundador de varon en varon, sin mediar hembra alguna*. El de masculinidad es *aquel á cuya sucesion son llamados únicamente los varones, sin diferencia alguna entre los que proceden de hembra y los descendientes de varon*. Acerca de este mayorazgo y del anterior debe tenerse presente la pragmática que el señor rei D. Felipe III dió á petición de las Cortes celebradas en Madrid en el año de 1611, mandando por ella (1), que las hembras fuesen admitidas á la sucesion de los mayorazgos que se fundasen de allí en adelante (2), *si no fuese en caso que el fundador las escluyese y mandase que no sucedan, espresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean*.

Mayorazgo de femineidad es *aquel, á cuya sucesion son llamadas las hembras, ó esclusivamente, ó con preferencia á los varones*. Esta especie de mayorazgo se subdivide en dos, que son, de contraria agnacion, y de contraria masculinidad. Por sus nombres se deja conocer que el primero es *aquel á cuya sucesion son llamadas tan solo las*

no puede establecer una nueva especie de mayorazgo. De otro modo se deberian haber creado otras muchas especies de mayorazgos de cualidad fingida, haciendo una, por ejemplo, de los de *terminidad*, en que el primer llamado fuese varon; otra de los de *segundogenitura*, en que el primer llamado fuese primogénito, y así de los demas. La incompatibilidad es considerada únicamente como una condicion que suele ponerse en algunos mayorazgos; pero que no puede dar lugar á una nueva especie, porque aún cuando por ella se altere alguna vez el orden de suceder, no se crea una constante y diferente de las demas. La incompatibilidad, lo mismo que cualquier otra condicion justa, puede hallarse tanto en los mayorazgos regulares como en los irregulares.

(1) L. 8. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Recop.

(2) Esto es, desde el 15 de abril de 1615.

hembras que proceden de hembra, y el segundo *aquel á cuya sucesion son admitidas las hembras, ya procedan de hembra, ya de varon*.

Mayorazgo de segundogenitura es *aquel á cuya sucesion son llamados los hijos segundos por orden sucesivo*. Alternativo es *aquel á cuya sucesion son llamados parientes de diversas líneas, de manera que á cada vacante que ocurra, se varia de línea, alternando por su orden las llamadas*. Saltuario es *aquel, á cuya sucesion es llamado el pariente del fundador que al tiempo de la vacante sea el de mas edad*. Electivo es *aquel, en que los poseedores tienen facultad de elegir sucesor entre sus hijos ó parientes*. Si un poseedor muriese sin usar de esta facultad, pasaria el mayorazgo al hijo primogénito, ó al que, segun el orden regular de suceder, correspondiese.

Estos mayorazgos irregulares, así como todos los demas, de cualquiera especie que sean, se gobiernan por las mismas leyes y reglas que los regulares, escepto en la parte en que consiste la irregularidad. Indicadas las especies mas comunes de esta, cuanto se diga á cerca de la fundacion de los mayorazgos y de las propiedades de los bienes en que consisten, comprende tanto á los mayorazgos regulares como á los irregulares.

Antes de la real cédula de 14 de mayo de 1789 (1), todos los que podian testar, podian fundar libremente mayorazgos en favor de cualquiera, de la tercera parte de sus bienes, si tenian ascendientes, y de la quinta, si tenian descendientes; y haciéndolo en favor de alguno de estos, podian vincular por via de mejora el tercio y quinto. Para fundar mayorazgos de todos los bienes, es para lo que únicamente se necesitaba licencia real; pero por la citada cédula se mandó, para evitar los males que

(1) L. 12. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Recop.

produciría la muchedumbre de mayorazgos, que no se pudiesen fundar, aunque fuera por vía de agregación, ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tuvieran herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enajenación de bienes raíces, sin que precediese la licencia del rei. Para que esta se concediese, debia ser á consulta de la Cámara, y hacerse constar que las rentas del mayorazgo, que se intentaba fundar, llegaban, cuando ménos, á tres mil ducados; que la familia del fundador era digna de ser empleada con utilidad del Estado, y que los bienes, en que habia de consistir el mayorazgo, no eran raíces, ó al ménos que la parte de bienes de esta especie, que se queria vincular, era menor que la de efectos de rédito fijo, como censos, acciones de banco, efectos de villa y otros semejantes, que entraban á completar el mismo mayorazgo, y en los cuales debian consistir todos los que se fundasen. Además debia pagarse el veinte y cinco por ciento del valor total de lo que se vinculase. Las vinculaciones hechas sin estos requisitos eran nulas, y los bienes en que consistian, debian pasar como libres á los herederos legítimos del fundador, á quienes competia reclamar la nulidad.

Pero observando lo prevenido en la cédula citada, todo el que podia disponer de sus bienes, podia fundar mayorazgos, establecer el orden con que se habia de suceder, y las condiciones que habian de cumplir sus poseedores. Una de las que mas comunmente solia proponerse, era la de que la posesion de un mayorazgo fuese incompatible con la de otros. Esta incompatibilidad podia ser de ocho maneras: 1^a *expresa*, cuando el fundador la manifestaba con palabras terminantes en la fundación: 2^a *tácita*, cuando se inferia necesariamente de las cláusulas de ella, v. g. cuando se mandaba que los sucesores de un mayorazgo se firmasen en primer lugar con el apellido del

fundador, era manifesto que el poseedor de un mayorazgo de esta especie no podia obtener otro que exigiese la misma condicion: 3^a *absoluta*, que impide la reunion con cualquiera otro mayorazgo: 4^a *relativa*, que solo la impide con ciertos y determinados: 5^a *en adquirir*, que priva de este derecho á los mayorazgos á que se refiere: 6^a *en retener*, que prohibe que uno pueda poseer los mayorazgos incompatibles; pero le deja la facultad de elegir uno de ellos: 7^a *personal*, cuando la incompatibilidad se refiere solo al poseedor: 8^a *real ó lineal*, cuando comprende á toda la línea del poseedor. Todas estas especies de incompatibilidad se llaman *de hombre*, porque los particulares pueden á su antojo ponerlas en las fundaciones. Otra hai con el nombre de *incompatibilidad legal*, y es la establecida por la lei del señor D. Carlos I, por la que mandó que cuando por causa de matrimonio se juntaren en una casa dos mayorazgos, de los cuales uno llegase á producir de renta dos cuentos (1), escogiese el primogénito el que quisiera, y el otro pasase al segundogénito, y que si no habia mas que uno, se hiciese esta division entre los hijos de este.

Los mayorazgos eran por su naturaleza perpetuos, aún cuando los fundadores no lo espresaban así en las fundaciones; pero si disponian manifestamente lo contrario, los bienes amayorazgados se hacian libres llegado el caso previsto en la fundación. Eran tambien indivisibles; y solo podia ocurrir un caso mui raro, cual era el de que naciesen de un parto dos varones ó dos hembras, sin que se pudiese averiguar cuál habia nacido primero, y entónces el mayorazgo se dividia por mitad (2).

(1) Dos cuentos ó millones de maravedises equivalen á cincuenta y ocho mil ochocientos veinte y tres reales y setenta y ocho maravedis vellon (poco mas de 2941 pesos).

(2) L. 12. tit. 33. Part. 7.

Los bienes de mayorazgo eran inajenables por la sencillísima razón de que á ninguno de sus poseedores correspondía su dominio. Sin embargo, además de estar sujetos como los bienes libres á la enajenación en favor del público en los casos de conocida utilidad, se podían también enajenar en beneficio del mismo mayorazgo; pero para esto se necesitaba información de utilidad y consentimiento del próximo sucesor. La prohibición de enajenar se extendía naturalmente á la de gravar, de cualquiera manera que fuese, los bienes vinculados. No pudiendo estos bienes ser empleados en beneficio de otros que de los que eran llamados á suceder en su posesión, parecía que tampoco deberían recibir incremento en perjuicio de los poseedores de bienes libres. Sin embargo, por la lei 46 de Toro (1) se dispuso que las fortalezas que se hiciesen en los pueblos de mayorazgos, y los edificios construídos en los bienes de esta clase, pasasen á los sucesores del mayorazgo, sin que los herederos de los que hicieron tales mejoras pudiesen reclamar su estimación. Los intérpretes han querido estender la disposición de la lei á todas las mejoras, de cualquier especie que sean, hechas en los bienes amayorazgados, pero acaso esta opinión tan seguida hasta aquí, está más apoyada en autoridad que en la razón y en la crítica legal.

Tampoco estaban obligados los poseedores de los mayorazgos á pagar las deudas que hubiesen contraído sus antecesores, porque no sucedían á estos por derecho hereditario, sino por derecho de sangre ó de linaje; pero debían pagar las deudas contraídas por los fundadores ántes de que fundasen el mayorazgo. No obstante esta justa ventaja que llevaban las deudas de los fundadores á las de los poseedores de los mayorazgos en la sucesión

(1) L. 6. tit. 17. lib. 40. de la Nov. Recop.

de estos, era de más provecho la proximidad de parentesco de estos últimos que respecto de los primeros, porque la mayor proximidad respecto del último poseedor es lo que daba la prelación, tanto en la línea recta como en la trasversal.

Estas son propiamente las dos únicas líneas por las cuales podía correr la sucesión de los mayorazgos; pero los intérpretes dan este nombre á otras muchas que designan con los de *paterna* y *efectiva materna*, *masculina*, *femenina*, *contentiva* ó *comprehensiva*, *actual* ó *posesoria*, *de agnación*, *de cualidad*, *de sustancia habitual*, *de primogenitura defectiva*, *electiva* y *postergada*. No es de este lugar definir todas estas líneas que se hallan esplicadas en tantos autores como han tratado de mayorazgos, y que por otra parte no ofrecerá su inteligencia dificultad alguna á los legistas (1). Otras cosas hai en este asunto harto más arduas, y que exigen un estudio profundo y detenido.

Aquí solo pondremos un caso en que podría ocurrir duda acerca de la preferencia de dos opositores á un mayorazgo. Un último poseedor tuvo un hijo natural, después de cuyo nacimiento se casó y tuvo otro legítimo; muerta su mujer pasó á segundas nupcias con la madre del hijo natural, y por consiguiente quedó este legitimado por subsiguiente matrimonio. Los legitimados de este modo son en todo iguales á los legítimos, y siendo de más edad el legitimado, parece que debía ser el sucesor del mayorazgo. Sin embargo, la sentencia contraria es la más fundada y seguida, porque la legitimación no puede

(1) Los que ántes de estudiar esta materia, no se hayan ocupado en formar árboles genealógicos, deben dedicarse á hacerlo para comprenderla mejor.

hacerse en perjuicio de los legítimos, ni privar á estos de los derechos que tengan adquiridos legalmente.

Los pleitos que ocurrian acerca de la sucesion de los mayorazgos, debian sustanciarse en las chancillerías y audiencias; pero habia un juicio llamado *de tenuta*, que era privativo del Consejo. Cuando no se hacia oposicion al sucesor, la posesion le era transmitida desde la muerte del último poseedor por ministerio de la lei, conforme á la 45 de Toro; por lo que á esta posesion se le daba el nombre de *civilísima*.

En toda la doctrina de los mayorazgos hemos hablado de su institucion, especies, etc., como de una cosa pasada, porque su desvinculacion, principiada por el decreto de las Cortes de 27 de setiembre de 1820 y confirmada por otros posteriores, puede mirarse como un hecho irrevocable. Sin embargo merece advertirse, que la última lei que sobre tal materia ha recaído, que es la de 19 de agosto de 1841, prescribe en su primer artículo, que las leyes y declaraciones de la anterior época constitucional sobre supresion de mayorazgos y otras vinculaciones, continúe en vigor *solo en la Península é Islas adyacentes*.

Estos son los puntos que nos habiamos propuesto esplanar en el presente apéndice, pues aunque los *retractos* y *casos* constituyen dos de las diferencias mas esenciales entre nuestro Derecho y el romano, quedan ya esplicados suficientemente en las notas de las páginas 234 á 236 y 252 á 262 de este tomo, y juzgamos superfluo repetir aquí lo que en ellas se ha dicho.

BIBLIOTECA

PARA EL QUE SE DEDIQUE AL ESTUDIO

DEL DERECHO ROMANO.

Introduccion é historia.

ARÓLAS. Introduccion al estudio del Derecho romano. Valencia, 1845, 8vo. may.

BACHII historia jurisprudentiæ romanæ. Novis observationibus auxit Stockmann. Lipsiæ, 1806. 8vo.

Principia Juris civilis tum romani tum gallici, auctore DUPIN. Parisiis, 1806-12. 5 vols. 12vo.

Compendio histórico del Derecho romano, desde Rómulo hasta nuestros dias, por M. DUPIN. *Se halla en el tomo primero de estas Recitaciones, pág. 15 y siguientes.*

Introduction à l'étude du Droit romain, contenant l'histoire des sources de la jurisprudence romaine, par ÉTIENNE. Paris, 1825. 12vo.

Historia de los tres Derechos, romano, canónico y castellano, con un extracto del Código de comercio y de la lei de enjuiciamiento, por GARCÍA DE LA MADRID. Madrid, 1831. 4to.

GOTHOFREDI manuale Juris. Lugdun. Batav. 1675. 12vo.

GRAVINÆ origines Juris civilis. Lipsiæ. 4to.