

## TITULO VI.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO, LEGADOS,  
FIDEICOMISOS, Y LEY FALCIDIA.

Tít. 9, P. 6, y tít. 6, lib. 5 de la R., 6 tít. 6, lib. 10 de la N.

1. Qué se entiende por mejora.
2. Cuando se hacen las dos mejoras, cuál debe sacarse primero.
3. Cómo pueden hacerse las mejoras.
4. La promesa de mejorar ó no mejorar, debe cumplirse, menos la que se haga á la hija dotada.
5. Cómo deben regularse y deducirse de ellas las deudas del difunto, y gastos del entierro.
6. La facultad de señalar la cosa en que haya de consistir la mejora, no puede cometerse á otro, aunque sí puede dejarse la eleccion al hijo.
7. Las donaciones simples se imputan primero á las mejoras, y las que fueren con causa á la legítima. Cuáles son inoficiosas.
8. No se pueden hacer ni prometer mejoras por via de dote. Tiempos á que se puede atender para calcular si la dote cabe ó no en los bienes del padre.
9. Ejemplos de la aplicacion de las doctrinas asentadas.
10. 11. De lo que debe traerse á colacion en las particiones.
12. Qué es legado, y sus especies.
13. Qué cosas pueden legarse y de los legados de nombre, liberacion y deuda.
14. Del legado de cosas ajenas ó empeñadas.
15. A quién toca reponer la cosa legada si perece, y de los legados de género, especie y cantidad.
16. Del derecho de escoger en el legado de género y del de opcion.
17. Cómo debe designarse el legatario, y la cosa legada.
18. De los modos de que puede hacerse el legado, y primero del que se hace puramente, ó con condicion.
19. De los que se hacen desde, ó hasta cierto dia, con demostracion con causa, ó de modo.
20. Cuándo se lega dos veces una misma cosa.
21. Cuándo se lega á dos la misma cosa, y en este caso cuándo habrá derecho de acrecer, y de la conjuncion.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 321

22. De la aceptacion ó renuncia de los legados.
23. Cuándo se adquiere el derecho á los legados, dónde pueden pedirse y con qué acciones.
24. Cómo se acaban los legados, 1.º por qué se quitan.
25. 2.º Por qué se trasferian.
26. 3.º Por qué espiren.
27. 28. 29. De la cuarta *falcidia*.
30. 31. 32. De los fideicomisos.
33. De los albaceas, sus especies, y quiénes pueden serlo.
34. No se puede obligar á aceptar el albaceazgo; pero aceptado se puede obligar á cumplirlo.
35. De las obligaciones de los albaceas.
36. Del término en que han de cumplir los albaceas, y cómo cuando sean muchos.
37. Cómo se acaba el albaceazgo, y si se puede cobrar premio por él.

1. Hemos dicho ya que todos los bienes de los padres son legítima de sus hijos, á excepcion de la quinta parte, que comunmente se llama *el quinto*, de que pueden disponer libremente en beneficio de su alma, ó de quien les parezca, <sup>1</sup> y los bienes de los hijos lo son de los padres, á excepcion del tercio, del cual tienen libertad de disponer como quisieren. <sup>2</sup> Mas aunque el padre ó la madre solo pueden disponer del quinto en favor de extraños, pueden aplicar el tercio á uno ó á muchos de sus hijos, y aun á sus nietos, aun cuando viva el padre de estos, <sup>3</sup> y en opinion de Molina <sup>4</sup> y Covarrubias, <sup>5</sup> puede el padre, en caso de no tener mas de un hijo, y de él uno ó muchos nietos, aplicar á uno de estos el tercio, fundán-

1 L. 12, tít. 6, lib. 5 de la R., ó 8, tít. 20, lib. 10 de la N.

2 L. 2, tít. 6, lib. 5 de la R., ó 1, tít. 20, lib. 10 de la N.

3 La misma.

4 Molina de hispan. primog. lib. 2, cap. 11, n. 5.

5 Covarrub. lib. 1, Var. cap. 19. n. 4, vers. *Obiter*.



parlas á su dueño, y entregarlas al legatario, y no queriendo aquel venderlas, entregará su estimacion; <sup>1</sup> mas esto se entiende si el testador sabia que la cosa era agena, pues creyéndola suya no siéndolo, no hay obligacion ninguna en el heredero, á menos que el legado sea á la mujer propia ó á algun pariente. <sup>2</sup> La obligacion de probar que el testador sabia que la cosa no era suya, es del legatario <sup>3</sup> que hace de actor, <sup>4</sup> y por tener el heredero á su favor la presuncion. Si el legatario habia adquirido ya la cosa agena, se debe distinguir si la adquirió por título lucrativo ú oneroso; pues si fué por el primero, el legado es inútil, por el principio de que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa y á favor de una misma persona*; <sup>5</sup> pero si la adquirió por el segundo, se le debe la estimacion. Pueden legarse igualmente las cosas que el testador tiene dadas á otro en prenda; <sup>6</sup> y el heredero tendrá la obligacion de desempeñarlas, si estaban en menos de su valor, y el testador lo sabia; <sup>7</sup> mas si lo ignoraba, las desempeñará el legatario. <sup>8</sup> Será tambien obligacion

1 L. 10, tít. 9, P. 6.

2 La misma.

3 La misma.

4 L. 1, tít. 14, P. 3.

5 L. 43, tít. 9, P. 6.

6 L. 11 del mismo.

7 La misma.

8 La misma.

del heredero desempeñarlas, si estaban en una cantidad igual, ó mayor que su valor, ya lo supiese ó ya lo ignorase el testador. <sup>1</sup> Pueden por último legarse las cosas empeñadas al mismo que las empeñó, y entonces se entiende legado solo el derecho de prenda, pudiendo el heredero exigir al legatario la cantidad por que tenia empeñada su cosa; <sup>2</sup> mas si el testador tenia en su poder alguna carta ó escritura probatoria de lo que se le debia, y la legase al deudor, se entiende que le lega y condona la deuda, <sup>3</sup> y es el legado de liberacion.

15. Los legados se dicen de *género*, de *especie* y de *cantidad*. Género es en derecho lo que en filosofía especie, v. gr., un caballo, un libro. Especie equivale á un individuo, v. gr., el caballo tal, la obra de Tapia; y cantidad es un género determinado con cierto número, como cuatro caballos. Supuesto esto, es fácil fijar ciertas reglas sobre la obligacion de reponer los legados cuando perece la cosa legada, y en otros casos. 1.<sup>a</sup> *La especie legada no perece para el heredero, sino para el legatario*, <sup>4</sup> á menos que aquel sea moroso en entregar, ó que perezca por su culpa, pues como deudor, está obligado á prestar la leve. <sup>5</sup>

1 L. 11, tít. 9, P. 6.

2 L. 16 del mismo.

3 L. 47 del mismo.

4 L. 41 del mismo.

5 La misma.



2.<sup>a</sup> Cuando se lega una universidad de cosas, por ejemplo, una manada de ovejas, el aumento ó disminución que tuviere, pertenece al legatario, como que es dueño de la cosa desde la muerte del testador. 3.<sup>a</sup> Para que el legado de género sea útil, es necesario que sea de género ínfimo, y que tenga ciertos y determinados límites por la naturaleza, por ejemplo, un caballo es legado de género ínfimo; pero un animal es de supremo, y sería ridículo legarlo. 4.<sup>a</sup> Ni el género ni la cantidad perecen, <sup>1</sup> por manera, que legado por ejemplo, un caballo, si el heredero lo compra para entregarlo, y en su poder perece, queda en la obligación lo mismo que antes.

16. En el legado de género, tiene la elección el legatario, si el testador tenía cosas de aquel género, como v. gr., caballos, mas no podrá escoger el mejor; pero si no tenía, debe el heredero comprar uno medianamente bueno para darlo al legatario. <sup>2</sup> Esto se entiende en aquellas cosas que están terminadas y son acabadas por la naturaleza, pues con respecto á aquellas que lo son por el arte y disposición de los hombres, como las casas, se establece esta regla: que si se lega una casa sin señalar cual, y teniendo varias el testador, con cualquiera puede satisfacer el heredero al legatario: si solo tenía una, con esa, y

1 L. 41, tít. 9, P. 6.

2 L. 23 del mismo.

si no tenía ninguna, no vale el legado. <sup>1</sup> Mas si el testador concede al legatario la facultad de escoger entre otras cosas de un mismo género la que le parezca (que es lo que se llama legado de opción) podrá el legatario tomar la mejor; pero hecha la elección, no puede arrepentirse de ella variándola, <sup>2</sup> y si no la hizo en vida, pasa á sus herederos el derecho de escojer. <sup>3</sup> Si la elección se deja al arbitrio de un tercero, y este por no querer ó no poder, no la hace dentro de un año, pasa al legatario el derecho de hacerla. <sup>4</sup>

17. Para que valga el legado, basta que el testador designe la persona del legatario y la cosa legada, si el legado no es general, de manera que conste ciertamente de uno y otro, sin que lo embarace el error en el nombre, si es de aquellos que se ponen por la voluntad de los hombres, como llamando Pedro al que es Juan, ó campo tusculano al que se dice ticiano, con tal que por otras señales conste ciertamente de la persona y cosa. Mas si el error fuere en un nombre en que los hombres de todos los países estén de acuerdo, como pan, paños, latón, oro y otros semejantes, no valdrá el legado, aun cuando el legatario intentase probar que la voluntad del testador fué que valiese en lo que era la cosa, cuyo nom-

1 L. 33, tít. 9, P. 6, vers. Pero.

2 L. 25 del mismo tít.

3 La misma.

4 La misma.



bre erró, como si queriendo legar latón, le llamase oro. <sup>1</sup> Si el testador dijere que legaba cien pesos que tenía en tal arca, deberá darlos el heredero al legatario, si en efecto se encontrasen allí; pero si se encontrare menos, cumplirá dando lo que hallare, y si esto fuere más, solo debe dar los cien pesos, <sup>2</sup> lo que indica que en caso de duda, la presunción está á favor del heredero.

18. Los legados se pueden hacer puramente, para día cierto, con condición, con demostración, con causa ó con modo. Cuando se lega puramente no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento, y el dominio del legado pasa al legatario luego que muere el testador, de manera que aunque falleciese aquel antes de entrar el heredero en la herencia, ó él en la posesión de la cosa, pertenecería esta á su heredero. Mas en los condicionales, en los cuales deben guardarse las mismas reglas que asentamos en el título anterior para la institución condicional de heredero, si muere el legatario antes del cumplimiento de la condición, no vale el legado, y el dominio de la cosa legada queda en el heredero. <sup>3</sup> Y si viviendo el testador tuviese la cosa algún aumento, como si se hubiere construido una casa en el lugar legado, ó se hubiere aumentado por aluvión, ó cosa semejante, pertenecerá al legatario el au-

<sup>1</sup> L. 23, tít. 9, P. 6.

<sup>2</sup> L. 18 del mismo.

<sup>3</sup> L. 34 del mismo.

mento, <sup>1</sup> y los frutos de la cosa legada se le deberán desde el día en que el heredero entró en la herencia, <sup>2</sup> aunque Gregorio Lopez <sup>3</sup> juzga muy probable, que se le deban desde la muerte del testador, supuesta la ley 1 del título 4 del libro 5 de la Recopilación, que es la 1 del título 18 del libro 10 de la Novísima. Si se legare el usufructo de alguna cosa, se debe al legatario luego que el heredero entre á la herencia, y no antes. <sup>4</sup>

19. Legado desde algún día es el que tiene término para comenzar; y hasta cierto día es aquel en que se señala el tiempo que debe durar. En el primero el legado se debe luego, pero no se puede cobrar hasta que llegue el día; mas el segundo se debe y se puede cobrar inmediatamente. Este legado para día cierto se transmite á los herederos del legatario, aunque haya muerto antes que llegue el día, como haya sido después de la muerte del testador; <sup>5</sup> pero si el día es incierto, como para cuando se case ú ordene, no se transmite por reputarse condicional. <sup>6</sup> Con demostración se dice que lega un testador siempre que hace descripción de la persona, ó de la cosa legada. La falsa demostración no vicia el legado,

<sup>1</sup> L. 37, tít. 9, P. 6.

<sup>2</sup> La misma.

<sup>3</sup> Greg. Lop. glos. 4.

<sup>4</sup> L. 35, tít. 9, P. 6, vers. *El cuarto*.

<sup>5</sup> L. 34 del mismo tít. y P.

<sup>6</sup> L. 31 del mismo.



con tal que conste de la persona,<sup>1</sup> de modo que se sepa de quien habla el testador, aunque yerre en el nombre y apellido;<sup>2</sup> pero si hay muchos de un mismo nombre, y no se puede saber de quien habló el testador, no vale el legado.<sup>3</sup> El casual, que es cuando el testador expresa el motivo por que hace el legado, vale aunque la causa sea falsa, como por ejemplo: *lego á Pedro cien pesos porque me defendió un pleito*, valdria aunque no hubiese sido así;<sup>4</sup> pero no si la causa fuera final y no impulsiva, como v. gr., *lego á Pedro cien pesos que gastó en mi pleito*, pues no habiéndolos gastado, no subsistiría el legado.<sup>5</sup> Finalmente, bajo de modo se dice un legado, cuando el testador expresa el fin para que lo deja, como: *lego á Juan cincuenta pesos para que me haga un sepulcro*, y este deberá entregarse desde luego al legatario, dando fiador de que cumplirá con lo que mandó el testador, y ganará el dominio del legado, luego que cumpliere con aquello, ó hiciere lo que estuviere de su parte para ello.<sup>6</sup>

20. Cuando se lega por el testador dos veces una misma cosa á un mismo sugeto, no tiene el

1 LL. 19 y 20, tít. 9, P. 6.

2 Paz in Prax. t. 1, p. 4, c. 1, n. 19.

3 L. 9, tít. 9, P. 6.

4 LL. 20, 21 y 25 del mismo. Alvarez asienta que no vale el legado, si el heredero prueba que el testador no habria legado, si hubiera conocido la falsedad de la causa. Lib. 2, tít. 20.

5 L. 20 citada.

6 L. 21, tít. 9, P. 6.

heredero obligacion de darla mas que una vez, aunque sea determinada cantidad de dinero, ó de aquellas cosas que se cuentan, pesan ó miden, si no es que el legatario pruebe que la voluntad del testador fué que se le diese las veces que expresó.<sup>1</sup> Pero si habiéndose legado cierta cantidad en testamento, se legase otra vez en codicilo, deberá el heredero pagarla dos veces, á menos que pruebe que la voluntad del testador fué que se diese una sola;<sup>2</sup> de manera que en el primero de estos dos casos está la presuncion á favor del heredero, y en el segundo del legatario.

21. Si el testador lega una cosa á uno, y despues la misma á otro, y se entiende que la voluntad del testador fué revocar por el segundo el primer legado, se dará la cosa al segundo; pero si consta que á cada uno de por sí la quiso dar enteramente, ó *in solidum*, se entregará al que primero la pida, y al otro su estimacion.<sup>3</sup> Si la lega á los dos á un tiempo, ya sea en una oracion ó en dos, la partirán igualmente entre sí, y si alguno de ellos muriere, ó renunciare su parte, habrá lugar al derecho de acrecer respecto del otro;<sup>4</sup> mas para esto son necesarios dos requisitos: 1º Que falte el colegatario, y que sea antes de la muerte del testador, pues si le sobrevive aunque

1 L. 34, § 3 de legat.

2 L. 45 del tít. y P. cit.

3 L. 33, tít. 9, P. 6.

4 La misma.



sea por un momento, pasa el legado á sus herederos, y no acrece al otro.<sup>1</sup> 2º Que sean conjuntos, y se llaman así los legatarios que son llamados á recibir una misma cosa, v. gr., á *Pedro y á Juan les lego mi hacienda*; pero si á uno se lega la casa, y al otro el campo, ó á cada uno la mitad de la hacienda, ni son conjuntos, ni hay derecho de acrecer.<sup>2</sup> La conjuncion puede ser en la cosa, en las palabras, ó mixta. Se dice que la hay en la cosa, cuando dos ó mas son llamados á recibir una misma, aunque sea en diversas proposiciones; en las palabras cuando lo son en una sola, asignándoles partes no físicas, sino intelectuales, y mixta cuando se lega una misma cosa á muchos en una proposicion, y sin señalar partes. En todos estos casos, sea que el upo de los legatarios no quiera su parte, ó que muera antes que el testador, acrecerá al otro, presumiéndose así de la voluntad del testador por no expresarse cosa en contrario.<sup>3</sup>

22. El legatario es libre para admitir ó no el legado; pero no podrá admitir una parte de él y

1 L. 33, tít. 9, P. 6.

2 La misma.

3 La misma.

Sobre el derecho de acrecer en los legados ténganse presentes los arts. 21 y 22 de la ley de 10 de Agosto de 1857, que insertamos en el título precedente, y el 23 de la misma ley, que ordena que sobre este derecho se observen religiosamente las determinaciones del testador, siempre que no pugnen con la ley.

repudiar otra, aun cuando la cosa legada sea un todo compuesto de muchas partes, como un rebaño que se compone de muchas cabezas; mas muerto el legatario sin haber aceptado ni repudiado la herencia, si deja varios herederos, puede uno de estos aceptar la parte que le toque, y el otro repudiar la suya; y tambien el legatario á quien se dejan muchas cosas podrá aceptar la que quisiere, y desechar las otras, si no es que le dejaren una con carga y otra sin ella, pues en este caso no podria tomar esta y desechar aquella.<sup>1</sup>

23. El legatario adquiere el derecho al legado por la muerte del testador; de modo que si muere antes que este, ó estaba muerto cuando se le hizo, nada se debe á sus herederos;<sup>2</sup> pero si muere despues del testador, aunque el heredero no haya aceptado la herencia, ni el legatario el legado, transmite su derecho á sus herederos.<sup>3</sup> Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario, ó donde more el heredero, ó donde esté la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquier lugar en que se halle la cosa; y si el heredero la mudare maliciosamente de un lugar á otro, deberá ponerla á su costa en aquel de donde la sacó. Mas si el legado es en general, ó de cosa que se pueda contar, medir ó

1 L. 36, tít. 9, P. 6.

2 L. 31 del mismo.

3 La misma.



dose contra Antonio Gomez <sup>1</sup> en que el tercio no es legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos en comun respecto de los extraños, en cuyo favor le está prohibido al padre disponer de estos bienes con perjuicio de sus descendientes. <sup>2</sup>

2. Cuando el padre deja á alguno de sus hijos el tercio ó quinto de sus bienes, se dice que lo mejora, porque en efecto lo hace de mejor condicion que á los demas en quanto á la sucesion, y así es que el título 6 del libro 5 de la Recopilacion, que es el 6 del libro 10 de la Novísima tiene la inscripcion: *De las mejoras de tercio y*

<sup>1</sup> Gomez en la ley 18 de Toro.

<sup>2</sup> Sería de desear que se prohibiese igualmente la facultad de hacer mejoras, que son tan injustas y ruinosas como lo eran los mayorazgos, cuya fundacion está felizmente prohibida. Supongamos que muere un padre dejando cuatro hijos, y mejorando á uno en tercio y quinto, y que su caudal son quince mil pesos. Se aplicarán al mejorado por el quinto tres mil, de los doce restantes por el tercio cuatro mil, y los ocho que quedan se dividirán en cuatro partes para los cuatro herederos, de los que cada uno percibirá dos mil, resultando al mejorado la suma de nueve mil, es decir, mas del cuádruplo que á sus coherederos, ó casi los dos tercios del caudal.

Esta nota es de los antiguos editores del *Sala*. Los que publicamos la presente edicion, tenemos la opinion contraria. Creemos que la libertad concedida en las mejoras, favorece el ejercicio de la patria potestad, permitiendo al padre recompensar los méritos de un buen hijo, y que tiene otras ventajas. Mientras mayor sea la libertad de testar, mas conforme será la ley á la razon y á la conveniencia pública.

“El gravámen impuesto en el tercio ó quinto, para restituirlo á otro de los descendientes, no puede ser perpetuo, porque se convertiria en vinculacion, lo que está prohibido.”—(Nota del Sr. Lacunza.)

*quinto*. Si se hacen las dos mejoras, conforme á una ley del Estilo <sup>1</sup> que está en observancia, debe sacarse primero la del quinto, habiéndose dispuesto así en favor del alma del testador, segun dice Antonio Gomez; <sup>2</sup> aunque Angulo <sup>3</sup> exceptúa el caso de que el testador tuviese hecha de antemano irrevocablemente la mejora del tercio; pues entonces la del quinto deberá sacarse del patrimonio que quedare, deducido el tercio; y segun Cifuentes <sup>4</sup> deberá hacerse lo mismo siempre que el testador lo disponga así, porque estando establecida la preferencia del quinto en favor suyo, se supone que lo renuncia.

3. Los padres pueden hacer las mejoras en testamento, ó por contrato entre vivos. Si las hicieren del primer modo, pueden revocarlas hasta su muerte, pues hasta entonces pueden variar el testamento; y lo mismo debe decirse si las hubieren hecho por contrato entre vivos, á menos que se haya puesto al mejorado ó á su procurador, en posesion de las cosas en que consista la mejora, ó en lugar de la posesion se haya entregado la escritura que contenga la mejora, en presencia de escribano, ó que aquella se haya hecho por causa onerosa con otro tercero, como matrimonio ú otra semejante; pues en estos casos solo

<sup>1</sup> L. 214 del Estilo.

<sup>2</sup> Antonio Gomez en la l. 17 de Toro, n. 2.

<sup>3</sup> Angulo de meliorat. ley 9, glos. 2, n. 45.

<sup>4</sup> Cifuentes en la ley 25 de Toro.



podrá revocarse si el padre se hubiere reservado el derecho de hacerlo, ú ocurriere alguna de las causas por que segun las leyes pueden ser revocadas las donaciones perfectas hechas conforme á derecho. <sup>1</sup>

4. Si el padre ó la madre, ó algun ascendiente prometieren por escritura pública á alguno de sus descendientes no mejorar á ninguno, estarán obligados á cumplir la promesa, y si no obstante ella, mejoraren á alguno, no valdrá; <sup>2</sup> del mismo modo deberá cumplirse la promesa de mejorar á alguno por casamiento ú otra causa onerosa, y si no se hiciere en efecto, se dará por hecha despues de la muerte del testador. Mas de esta regla se exceptúa la promesa hecha por el padre dotante á su hija y al marido de esta de que no mejorará á ninguno de sus otros hijos. Acevedo <sup>3</sup> examina la cuestion de si vale ó no esta promesa. Su opinion está por la afirmativa, y dice que Gutierrez <sup>4</sup> defiende la contraria. A esta nos inclinamos (así se esplica Sala, aunque reconociendo que la cuestion es muy probable por ambos extremos,) fundados principalmente en la poderosa razon de que siendo el espíritu bien conocido de la ley, <sup>5</sup> en todas sus partes, el coartar los

<sup>1</sup> L. 1, tít. 6, lib. 5 de la R., ó l. tít. 6, lib. 10 de la N.

<sup>2</sup> L. 6 en uno y otro título.

<sup>3</sup> Acev. sobre la ley 1, tít. 2, lib. 5 de la R.

<sup>4</sup> Gutierr. de jurament. confirmat. part. 1, cap. 59, núm. 14.

<sup>5</sup> La ley 1, tít. 2, lib. 5 de la R., que es la 6, tít. 3, lib. 10 de la N.

excesos en las dotes, deben interpretarse mas bien restrictamente que con amplitud todas las dudas que ocurran sobre su inteligencia. Febrero <sup>1</sup> y Alvarez <sup>2</sup> son del mismo sentir, que apoyan en que aquella promesa equivale en cierto modo á una mejora en favor de la hija, porque se le asegura la parte de su legítima que dejaria de percibir, si fuese mejorado alguno de los otros hijos. Mas el adicionador de Febrero <sup>3</sup> observa que la ley prohíbe solamente la desigualdad á favor de la hija por vía de dote; però no que el padre se obligue á guardar una igualdad dictada por la razon, y en que se interesa tambien la tranquilidad y armonía de las familias. Es cuanto se puede cavilar, añade, contra las mujeres, y un enigma indisoluble el decir que la privacion de mejorar es mejora.

5. Las mejoras se regulan por lo que valen los bienes del que las hace al tiempo de su muerte. <sup>4</sup> Y esta es la razon de que para deducir las mejoras no se computen las dotes, donaciones *propter nuptias*, y otras que se colacionan; pues el importe de estas ya no estaba en los bienes del padre al tiempo de su muerte. En la propia razon se funda la ley <sup>5</sup> para disponer que los me-

<sup>1</sup> Febr. adic. Part. 1, cap. 1, § IV, n. 126.

<sup>2</sup> Alv. institut. tom. 2, tít. XVIII.

<sup>3</sup> Febr. adic. Part. 1, tom. 1, nota 29.

<sup>4</sup> L. 9, tít. 6, lib. 5 de la R., ó 7, tít. 6, lib. 10 de la N.

<sup>5</sup> L. 5 en uno y otro título.



jurados sufran á prorata el pago de las deudas del testador; porque las mejoras se han de sacar de sus bienes, y bienes son los que quedan líquidos pagadas las deudas. No es lo mismo respecto de los legados y gastos de entierro, porque estos no son deuda de que era responsable el testador, sino una carga de sus bienes, que á lo menos en parte les impone él mismo; y así se deben sacar del quinto, que es lo único de que puede disponer libremente el que tiene herederos forzosos descendientes. Pero si el quinto no alcanzare para los precisos gastos funerarios, contribuirá para ellos el mejorado á prorata con los otros herederos, sin gravar al cónyuge supérstite. Si hay mejora del tercio para un descendiente legítimo, y el testador no dispuso del quinto, se aplicará al mejorado el tercio de lo que sobre de este. Si el testador manda que el mejorado en el tercio pague los gastos funerarios y los legados, deberá hacerlo hasta una cantidad igual al quinto y no mas. Lo mismo se hará cuando el testador mejora en el tercio á un descendiente suyo y á otro en el quinto, mandando que aquel y no este, satisfaga los gastos referidos.

6. Los ascendientes pueden consignar en bienes ciertos y determinados las mejoras que hagan á sus descendientes legítimos; <sup>1</sup> pero no pueden cometer esta facultad á otra persona algu-

L. 3, tít. 6, lib. 5 de la R., ó 3, tít. 6, lib. 10 de la N.

na; <sup>1</sup> cuya prohibicion parece que no se extiende á prohibir que se deje al hijo mejorado la libertad de escojer los bienes de su mejora. Esta opinion se funda en dos razones: 1.<sup>a</sup> La ley citada usa de estas palabras: *á otra persona alguna*, sin hacer mencion del hijo mejorado, y por eso no es creible que quisiera comprenderlo, pues en la obligacion general no se incluyen las cosas que deben expresarse especialmente, por no ser verosimil que pensase en ellas el que se obligó. <sup>2</sup> 2.<sup>a</sup> La facultad expresada redundante en utilidad de los hijos, y por lo mismo se debe ampliar en su beneficio. Al mejorado con bienes determinados se le deben entregar estos, á menos que la hacienda del testador no se pueda dividir cómodamente, en cuyo caso podrán los herederos pagar la mejora en dinero. <sup>3</sup>

7. Las donaciones simples hechas por el padre á alguno de sus hijos, se deben considerar como mejoras, aunque no lo exprese; y así se imputarán y aplicarán primeramente al tercio; si fueren mayores que este, se aplicará el exceso al quinto, y si todavía fueren mayores que uno y otro, el resto se deducirá de la legítima. <sup>4</sup> Si la donacion fuere causal, esto es, por alguna causa necesaria, útil ó pía, por la que pueda ser com-

<sup>1</sup> L. 3, tít. 6, lib. 5 de la R., ó 3, tít. 6, lib. 10 de la N.

<sup>2</sup> L. 5, tít. 13, P. 5.

<sup>3</sup> L. 4, tít. 6, lib. 5 de la R., ó 4, tít. 6, lib. 10 de la N.

<sup>4</sup> L. 10, tít. 6, lib. 5 de la R., ó 10, tít. 6, lib. 10 de la N.



pelido á hacerlas, se deducirá primero de la legítima, despues del tercio, y por último del quinto. Cualquiera donacion mayor que la suma de la legítima, el tercio y el quinto es inoficiosa en cuanto al exceso, y este debe restituirse á los demás interesados, porque ningun hijo puede recibir mas que aquella suma de la herencia de su padre.<sup>1</sup>

8. La ley<sup>2</sup> prohíbe que *ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de su hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que todo lo que diere y prometiére, segun dicho es, lo haya perdido y pierda.* Las hijas pueden ser mejoradas por testamento ú otra última voluntad,<sup>3</sup> porque esta ley no lo prohíbe; pero se entiende cuando no sea para eludirla. Aunque los varones tienen la ventaja de que las donaciones *propter nuptias* se les consideren como mejoras, lo que no sucede á las mujeres con su dote, estas tienen la de que para calcular si la dote que se les dá ó promete cabe en los bienes del padre, pueden escojer el tiempo en que murió este, ó aquel en que les dió ó prometió la dote; y con tal que quepa en el caudal que habia en uno de

1 L. 3, tít. 8, lib. 5 de la R., 6 5, tít. 3, lib. 10 de la N.

2 L. 1, tít. 2, lib. 5 de la R., 6 6, tít. 3, lib. 10 de la N.

3 Acev. sobre la ley 1, tít. 2, lib. 5 de la R.

de estos tiempos, que elija la interesada, quedará su dote libre del vicio de inoficiosa.<sup>1</sup>

9. Los ejemplos siguientes aclararán las doctrinas sentadas en los números anteriores. 1º Un padre dejó tres hijos, Pedro, Juan y Diego: mejoró á Pedro en el tercio y á Juan en el quinto. Su caudal eran 1,700 pesos, debia 200, legó 100, y en su entierro se gastaron 50. Antes de todo se pagarán las deudas, y por esta baja quedará reducido el caudal á 1,500 pesos. De esta cantidad se sacará el quinto para Juan, que son 300 pesos; de los 1,200 sobrantes se sacará el tercio para Pedro, que son 400, y los 800 que restán se dividirán por partes iguales entre los tres hijos. Juan debe sufrir del importe de su quinto los legados y gastos del entierro que son 150 pesos, y así no percibirá mas que 150. 2º Si en el mismo ejemplo el testador no hubiese dispuesto del quinto, se deberia aplicar á Pedro, mejorado en el tercio, la tercera parte de 150 pesos que es el resto líquido del quinto, y lo demas de este agregarlo al caudal divisible entre los tres hijos. 3º Supongamos en el ejemplo primero, que los legados y los gastos del entierro importaban 350 pe-

1 L. 3, tít. 8, lib. 5 de la R., 6 5, tít. 3, lib. 10 de la N.—El derecho que dá á las hijas la eleccion, lo reputan derogado algunos autores, alegando que en la parte en que la dote excediese á la legítima, valuada por los bienes que haya al tiempo de la muerte, seria una tácita mejora. Sala mexicano, edicion de 1845, lib. 2, tít. 9, n. 37. (Nota del Sr. Lacunza.)



sos, y que el testador mandó que se sacasen del tercio y no del quinto. Pedro, mejorado en aquel, no estará obligado á pagar mas que 300 pesos, porque esto es lo que importa el quinto. 4º El mismo padre del ejemplo primero dejó á mas de los tres hijos una hija á quien habia dado en dote 400 pesos, que deben imputarse á su legítima. El tercio y el quinto serán los mismos que se expresan en el primer ejemplo, porque los 400 peses de la dote no se agregan al caudal hasta que se hayan sacado aquellas mejoras. Se añadirán, pues, á los 800 pesos divisibles entre todos los hijos, resultará una suma de 1,200 pesos, que repartidos entre los cuatro herederos, les tocarán 300 pesos á cada uno; y como la hija tenia recibidos 400 en razon de dote, deberá restituir 100, si no es que los bienes del padre fueran bastantes para que cupieran en ellos los 400 pesos al tiempo que los dió ó prometió en dote á la hija, y esta hubiere escogido aquel tiempo para el cálculo de su legítima, en cuyo caso retendría toda la cantidad dotal. 5º Si el padre del ejemplo primero habia hecho á Pedro una donacion simple de 1,000 pesos y á Juan una de 300 por causa, Pedro se entenderá mejorado primeramente en el tercio que son 400 pesos; y como estos no llegan á los 1,000, se entenderá que la mejora se estendió al quinto, que tampoco es suficiente á cubrir esta cantidad, y por tanto, lo que falte se rebajará de la legítima de Pedro. La

donacion causal de Juan se le deducirá de su legítima. La cuenta en este caso se hará del modo que sigue: De los 1,500 pesos, caudal líquido del padre, tocan á Pedro 700 por su tercio y quinto; sobran 800 á que se acumularán 1,300 de las dos donaciones, resultando entónces un total divisible de 2,100, que se partirá en tres porciones iguales de á 700 pesos para los tres hermanos. Será entónces el haber de Pedro por mejoras y legítima 1,400: tenia recibidos 1,000, se le entregarán 400. Juan tenia recibidos por su donacion 300: solo le corresponde de legítima 700, se le entregarán 400, y Diego percibirá íntegros los 700 de su legítima.

Para terminar esta materia, insertamos en seguida las disposiciones que sobre ella contiene la ley de 1857.

“Las mejoras de tercio y quinto, dice, subsistirán con las restricciones siguientes:

1ª No podrán hacerse las dos mejoras á una misma persona; y si se hicieren, solo subsistirá la del quinto.

2ª Si hubieren hijos de diversos matrimonios, ninguna de las dos mejoras podrá recaer en los del último, si han sido hechas en testamento otorgado en vida del padrastro ó madrastra.

Cuando haya descendientes legítimos ó legitimados por matrimonio, no se podrá mejorar á los hijos naturales ó espúrios, ni á sus descendientes; ni á los espúrios, ni á sus descendientes,



cuando existan hijos naturales reconocidos ó descendientes de ellos." <sup>1</sup>

10. Lo dicho da bastante idea de lo que conviene tener presente para dividir entre los hijos una herencia paterna; resta solo explicar lo que debe traerse á colacion y particion. Como los padres suelen en vida hacer á sus hijos algunas donaciones, y erogar en ellos ciertos gastos, el importe de algunos de estos se agrega al caudal existente al tiempo de la muerte, y del total se hace la particion, deduciéndose al que lo ha recibido de la porcion hereditaria, ó legítima que le corresponda, y esto es lo que se llama *traer á colacion y particion*. Es claro que las mejoras no deben traerse, pues esto está establecido para guardar la igualdad, que aquellas destruyen, como hemos notado. Mas sí se deben traer las dotes, donaciones *propter nuptias* ó por otra causa que los hijos hayan recibido, y no pertenezcan á mejoras; aunque si los que las recibieron se quisieren apartar de la herencia, podrán hacerlo, y entónces sin traerlas á colacion se juzgan pagados de su legítima con lo que han recibido, á menos que sean inoficiosas, esto es, que excedan á lo que debieran percibir, pues en ese caso deberán devolver el exceso. <sup>2</sup> Debe igualmente traerse á colacion el peculio profecticio, <sup>3</sup> pero no

<sup>1</sup> Arts. 15 y 16 de la ley de 10 de Agosto de 1857.

<sup>2</sup> L. 3, tít. 8, lib. 5 de la R., ó 5, tít. 3, lib. 10 de la N.

<sup>3</sup> L. 3, tít. 15, P. 6.

el castrense, cuasi castrense, ni adventicio, pues estos quedan libres por el fallecimiento del padre al hijo de quien son, sin derecho alguno de sus hermanos. <sup>1</sup>

11. Tampoco debe traerse á colacion lo que el padre hubiere gastado en dar estudios á su hijo, ó armarle caballero, y en los libros para aprender alguna ciencia; <sup>2</sup> y aunque los intérpretes quieren que se le deba imputar, y tenerlo por vía de mejora, á ejemplo de lo que hemos dicho de la donacion simple, no nos parece su opinion conforme á las palabras de la ley que dice: *non gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*, palabras que son exclusivas de toda imputacion; ni á su espíritu, pues en ella se comparan estos gastos al peculio castrense ó cuasi castrense exentos en un todo de imputarse. Pero aun cuando pudiera admitirse su opinion por lo que hace á los libros en el caso de que existieran ellos mismos, ó su equivalente en poder del hijo, como que aumentaban su patrimonio, y podia considerarse que los tenia por donacion simple, no puede decirse lo mismo de los gastos del estudio, que deben reputarse como alimentos ya consumidos que no aumentan el patrimonio, y de los que no se hace imputacion. Por la misma razon de no aumentar el patrimonio los grados de universidad y otras condecora-

<sup>1</sup> L. 5, tít. 15, P. 6.

<sup>2</sup> LL. 5 dicha, y 3, tít. 4, P. 5.



ciones que no tienen sueldo ni otros frutos, sino que son una especie de carga de honor, creemos que lo gastado por el padre para la consecucion de ellos no se debe imputar al hijo, ni aun por cuenta de mejoras, y que si algo se debiere por este motivo, deberá pagarse de la herencia comun, segun la opinion de Papiniano; <sup>1</sup> pues parece incivil y aun vergonzoso pretender los demas hijos que la condecoracion del hermano se le impute en su parte. Así lo hemos practicado en la division de la herencia de D. José Perez Mesia, no obstante la oposicion que manifestó al principio uno de los coherederos, que cedió despues, convencido de las razones que hemos expuesto, á las que no deja de prestar apoyo la ley que hemos citado. <sup>2</sup>

12. Bajo el nombre de *mandas* se comprenden en nuestras leyes los legados, y los fideicomisos particulares, porque aunque segun el derecho antiguo se distinguian unos de otros en su forma y en sus efectos, subsistiendo la diferencia en la primera, porque el legado se deja directamente, como v.g., *lego á Francisco cien pesos*, y el fideicomiso oblicuamente, encargándolo al heredero, á quien se grava en dar á otro alguna cosa, ha desaparecido en cuanto á los segundos, por haberse igualado los legados y los fideico-

<sup>1</sup> L. 1, § 16 de collat.

<sup>2</sup> L. 5, tít. 15, P. 6.

misos, de manera que segun Antonio Gomez, <sup>1</sup> cuanto tiene lugar en los unos, ha de tenerlo en los otros. Sin embargo, expondremos primero lo relativo á legados, y añadiremos despues algunas particularidades propias de los fideicomisos. El legado es *una manera de donacion que deja el testador en el testamento ó en codicilio á alguno*. Unos son forzosos, que son los que por disposicion del derecho se deben dejar por todo testador á ciertos y determinados objetos piadosos, aunque la cantidad está enteramente al arbitrio del mismo, <sup>2</sup> y otros voluntarios que son los que dependen de la voluntad del testador. Estos los puede dejar todo el que puede hacer testamento, y se pueden dejar á todos los que pueden ser instituidos herederos, á excepcion del de alimentos que puede dejarse hasta á los incapaces de here-

<sup>1</sup> Antonio Gomez, 1, Var. cap. 12, n. 1.

<sup>2</sup> Téngase presente que el art. 15 de la ley de libertad de cultos, de 4 de Diciembre de 1860, ordena: "Las cláusulas testamentarias que dispongan el pago de diezmos, obviaciones ó legados piadosos de cualquiera clase y denominacion, se ejecutarán solamente en lo que no perjudiquen la cuota hereditaria forzosa con arreglo á las leyes; y en ningun caso podrá hacerse el pago en bienes raices."

En consecuencia de esta ley, no son ni pueden ser obligatorias las mandas, que en la capital de la República se acostumbraban para los santos lugares, redencion de cautivos y santuario de Guadalupe; pero si se dejasen, deberán cumplirse en los términos del artículo copiado.

Hoy no existe mas manda forzosa que la de la formacion de bibliotecas, creada por el art. 76 de la ley de 18 de Agosto de 1843, y confirmada por la ley de 10 de Agosto de 1857. Véase lo que sobre esta manda dispone el decreto de 21 de Noviembre de 1867.



dar, como son los espúrios, <sup>1</sup> bastando al legatario para ganar el legado tener capacidad de adquirirle al tiempo del fallecimiento del testador, <sup>2</sup> y necesitándose para su valor que conste ciertamente de la persona del legatario. <sup>3</sup>

13. Se pueden legar todas las cosas, con tal que no estén fuera del comercio de los hombres, ya lo estén generalmente, como las que se dicen sagradas como los palacios, y las que pertenecen al comun de alguna ciudad ó pueblo, ya respectivamente como los materiales de algun edificio, los que si se legaren no se pagarán, ni aun en su estimacion, <sup>4</sup> impidiéndose con esta prohibicion, que se destruyan los edificios y pierdan su hermosura las ciudades. <sup>5</sup> Y si la cosa mudase de condicion despues de hecho el legado sin culpa del heredero, de manera que estando en el comercio cuando se legó, dejase de estarlo despues al tiempo de la muerte del testador, ni valdria el legado, ni el heredero estaria obligado á pagar la estimacion que antes tenia. <sup>6</sup> Se pueden legar las cosas que están por venir, como los frutos que nazcan en tal campo, <sup>7</sup> y las cosas incorporeales, como los derechos, servidumbres ó deudas.

1 Arg. de la ley 6, tít. 20, lib. 10, Nov. Rec.

2 L. 1, tít. 9, P. 6.

3 L. 9 del mismo.

4 L. 13 del mismo.

5 L. 16, tít. 2, P. 3.

6 L. 13, tít. 9, P. 6.

7 L. 12, tít. 9, P. 6.

Con respecto á estas, se distinguen tres especies de legados, que llaman de *nombre*, de *liberacion*, y de *deuda*. Se dice de *nombre*, cuando el testador lega á uno lo que otro le debe: de *liberacion* cuando se lega al deudor lo mismo que él debe, y de *deuda*, cuando se lega al acreedor lo que le debe el testador. Por el legado de nombre se cede al legatario la accion que el testador tenia contra su deudor, y si la deuda resultare mala, á nada queda obligado el heredero. <sup>1</sup> Por el de liberacion está este obligado á entregar al legatario la escritura de su deuda, la prenda, ó cualquiera otra seguridad que hubiese dado de aquella, dejándolo libre enteramente. En estos dos legados, si el testador en vida cobra y recibe la deuda, se entienden revocados; pero si el deudor la paga voluntariamente, subsisten ambos, y el heredero deberá entregar la cosa ó la estimacion que hubiere cobrado el testador, pues se supone que su intencion fué tenerla guardada á este fin. <sup>2</sup> Por el de deuda adquiere el acreedor en favor de la suya todos los privilegios de los legados, y así de condicional y para dia cierto se hace pura y pagadera al punto: de no hipotecaria se hace hipotecaria, y de ilíquida se hace líquida.

14. Pueden legarse tambien las cosas ajenas, y entonces tiene el heredero la obligacion de com-

1 L. 15, tít. 9, P. 6.

2 L. 15 del mismo.