

por variar éste de voluntad, porque nada nuevo enseñaríamos después de lo que hemos visto acerca de la revocación de las mandas (1). Diremos sí que es particular á ellas el quedar revocadas, siempre que el donador hubiera salido de la enfermedad ó peligro que le indujeron á constituir las (2).

### SECCION V.

#### DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO (3).

120. Los legisladores, al conceder á los ascendientes la facultad de mejorar á sus descendientes, pusieron en sus manos el medio de premiar los servicios, cuidados y hasta las afecciones de los unos, de castigar la ingratitud y tibieza de los otros, y de poder atender á los que por circunstancias particulares tenían más necesidad de la solicitud paternal. Tuvieron además presente otro principio: frecuentemente los hijos, ya cuando constituyen familia separada, ya por otros motivos diversos, perciben con anticipación parte del caudal de los ascendientes; en estos casos son también muy útiles las mejoras para equilibrar las legítimas y conservar en ellas la conveniente igualdad. La parte de que el ascendiente puede disponer en favor de uno de sus descendientes fuera de la legítima no debería, sin embargo, ser la misma en todos los casos, sino tenerse en cuenta para su designación el mayor ó menor número de hijos que tuviera el mejorante. Reforma que en nuestro concepto reclama esta institución.

121. Sabemos que las mejoras fueron introducidas en España en tiempo de Chindasvinto é incorporadas entre las disposiciones del Fuero Juzgo (4). Los fueros municipales y el Viejo de

(1) *Aragon*.—Es notable en Aragon la disposición legal que declara irrevocables las donaciones por causa de muerte, hechas en instrumento público y con fianzas. (Obs. 7.<sup>a</sup> y 18, *De donation*.)

(2) Ley 11, tit. IV, Part. V.

(3) *Aragon*.—*Cataluña*.—*Navarra*.—No se conocen las mejoras en Aragon, en Cataluña ni en Navarra, provincias en que tienen los padres una facultad más amplia para disponer de sus bienes, como ya hemos visto en el lugar correspondiente.

(4) Ley 1.<sup>a</sup>, tit. V, lib. IV.

Castilla las proscribieron completamente; pero volvieron á sancionarse en el Fuero Real, y ocupan un lugar importante entre las leyes de Toro.

122. *Mejora es la porción de bienes que los ascendientes dejan á sus descendientes, fuera de la legítima*. Legítima de los descendientes, como ya tenemos dicho, es toda la herencia del difunto, excepto el quinto, y de los ascendientes, toda excepto el tercio (1). Pero si bien el ascendiente no puede disponer más que del quinto de la herencia fuera de sus descendientes, tiene derecho de dejar además el tercio, ya á alguno ó á algunos de los hijos, ó ya á uno ó más nietos, aunque viva el padre de éstos. Puede decirse, por lo tanto, que el tercio no es legítima de ningún descendiente en particular, sino de todos en general (2). Lo que no pueden hacer el padre ni la madre es dejar á ninguno de sus hijos ni descendientes más de un quinto de sus bienes en vida y en muerte, además del tercio (3). Cuando el ascendiente deja el tercio ó el quinto á alguno de sus descendientes, entonces se dice que le *mejora*.

123. Las mejoras se dejan, ó expresa ó tácitamente. Expresamente, con palabras claras y terminantes; tácitamente, cuando se hace una donación en favor de alguno de los descendientes.

(1) Leyes 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilación.

(2) Ley 2.<sup>a</sup>, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilación. A pesar de lo terminante de la ley 18 de Toro, que es la 2.<sup>a</sup>, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilación acabada de citar, sostiene Antonio Gomez, sin manifestar los fundamentos de su opinión, que cuando el abuelo tiene un solo hijo y varios nietos, no puede mejorar á ninguno de éstos. Nosotros, conformes en esta parte con varios autores, entre los que se cuentan Molina, Covarrubias, y Llamas, creemos que la mejora es procedente, ya por las razones que brevísimamente indicamos en el texto, á saber, porque si bien el tercio es legítima de los hijos respecto de los extraños, no lo es respecto de los descendientes; ya porque sería una inconsecuencia que no tendría explicación alguna el que en el caso de haber varios hijos, pudiera ser mejorado cualquiera de los nietos, y que en el de haber uno sólo, no tuviera lugar la mejora. Ninguna dificultad hallamos tampoco en resolver afirmativamente la cuestión de si podrá ser mejorado el nieto único, cuando el hijo del mejorante sea único también.

(3) Ley 8.<sup>a</sup>, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilación (28 de Toro), aclaratoria de dos leyes del Fuero.



124. Se constituyen en testamento, ó por contrato entre vivos: en el primer caso, se pueden hacer tambien libremente por la mujer casada; en el segundo, necesita licencia del marido. Unas y otras son revocables al arbitrio del mejorante, viniendo de este modo á ser más bien la creacion de una esperanza que la trasmision de un derecho, hasta que llega el caso de morir el que las otorga. Pero las constituidas por contrato serán irrevocables en los casos siguientes:

1.º Si el mejorante hubiere entregado al mejorado la posesion de las cosas en que consistia la mejora.

2.º Si le hubiere entregado ante escribano la escritura en que estaba constituida.

3.º Cuando se hubiere hecho en virtud de contrato oneroso con un tercero (1).

Sin embargo, aún en estos tres casos podrán revocarse las mejoras, siempre que el mejorante se hubiere reservado esta facultad, y sólo en los dos primeros, cuando el mejorado hubiese incurrido en una de las causas en virtud de las que pueden revocarse las donaciones perfectas (2).

---

(1) Cuando el mejorante no tiene facultad de revocar la mejora, tampoco la tiene para dejarla sin efecto y hacerla irrealizable, enajenando á una persona extraña y de un modo absoluto el derecho de usar, labrar y cultivar los bienes en que consiste; y en su consecuencia, el mejorado puede reclamar legítimamente la nulidad de la enajenacion. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de Octubre de 1869.)

(2) Ley 1.ª, tít. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion. Palacios Rubios, Matienzo, y Llamas y Molina, juzgan que ninguna causa de ingratitud es suficiente para revocar la mejora hecha por contrato oneroso con un tercero; opinion que hemos adoptado en el texto por parecernos acertada y equitativa.

Los derechos adquiridos por el hijo mejorado, cuando la mejora es irrevocable por haberse hecho en virtud de contrato y por causa onerosa con un tercero, pueden ser transmitidos por aquél, ya en vida, ya en muerte, al que le haya de suceder por testamento ó abintestato. Además, la mejora hecha por contrato no puede ser revocada por un acto unilateral, cual es el testamento. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de Diciembre de 1862.) La mejora de que habla este considerando debe entenderse, en nuestro concepto, de la que se hace irrevocablemente y cuando el padre no se ha reservado la facultad de revocarla. De conformidad con la ley se halla tambien declarado por el Tribunal Supremo que, hecha la mejora

125. Las mejoras contenidas en testamento nunca pueden ser irrevocables, porque siempre han de seguir la naturaleza de las últimas voluntades (1).

126. Pueden hacerse promesas de mejorar ó de no mejorar. La promesa de mejorar á cualquiera de los descendientes deberá ser cumplida, y si el mejorante no la cumpliera, pasados los dias de su vida se tendrá por hecha; pero esta doctrina se entiende solamente cuando la promesa se hubiere hecho por contrato oneroso con un tercero, ó por título de matrimonio. Será válida tambien la promesa de no mejorar á ninguno de los descendientes; mas para que surta efecto, deberá haber sido otorgada por escritura pública (2). Sin embargo, si la promesa de no mejorar se ha hecho en favor de uno de los hijos y no en beneficio de todos, no tan sólo podrá ser mejorado aquél, sino tambien cualquiera de los demás, con tal que no sufra desmembracion lo que el primero deberia percibir á no haber habido la mejora; doctrina no establecida expresamente por la ley, pero deducida de su espíritu y de su recta interpretacion (3).

127. Con objeto de evitar las prodigalidades de los padres al contraer sus hijas matrimonio, la ley prohíbe que puedan ser mejoradas tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, é invalida la promesa que se las hace de mejorarlas

---

por causa remuneratoria, entregándose al mejorado la escritura en que se hizo, y pactada su irrevocabilidad, constituye un contrato bilateral entre vivos que no puede revocarse por disposicion testamentaria. (Sentencia de 2 de Enero de 1872.) Muriendo el mejorado condicionalmente, ántes de cumplirse la condicion, ningun derecho trasmite. (Sentencia de 20 de Diciembre de 1873.)

(1) Ley 1.ª, tít. IV, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Toda mejora constituida en un testamento cuyos efectos no tienen lugar hasta despues de la muerte del testador, aunque éste le dé el título de contrato irrevocable, puede ser revocada legítimamente por otro testamento posterior. (Sentencia de 7 de Febrero de 1874.)

(2) Ley 6.ª Algunos autores sostienen que en este último caso es necesario que haya mediado tambien título oneroso, así como que en el primero se haga constar por escritura pública la promesa de mejorar. El sentido y la forma en que está redactada la ley de Toro, no dejan de dar bastante fuerza á esta opinion.

(3) Castillo, Palacios Rubios, y Acevedo.



por vía de dote ó casamiento. Las mejoras que se les dejan en testamento, no siendo con fraude, son válidas y no están comprendidas en la prohibicion de la ley (1).

128. Ha solido suscitarse la cuestion sobre si se puede hacer á las hijas la promesa de no mejorar á los demás hijos; nosotros no dudamos en resolverla afirmativamente, puesto que la ley sólo prohibe hacerlas de mejor condicion que á sus hermanos. Las razones que dan algunos en contra de esta opinion, apoyándose principalmente en que, siendo el espíritu de la ley coartar los excesos en las dotes, debe interpretarse en un sentido prohibitivo, nos parecen poco satisfactorias (2).

129. Para deducir las mejoras, se atiende al tiempo de la muerte del testador y no al en que se hicieron (3). Las diferentes donaciones que anteriormente se hubiesen hecho á los hijos, sea en el concepto de dote, de donacion *propter nuptias*, ó de cualquiera otro, aunque tendrán que traerse á colacion para saber si son ó no inoficiosas, no se computan para aquel efecto (4), porque se hallan fuera del patrimonio, del cual únicamente deben hacerse las deducciones despues de satisfechas las deudas hereditarias.

130. En la mejora tácita es necesario distinguir si la donacion que intervino ha sido simple, ó por causa. La donacion simple se imputa, primero en el tercio, despues en el quinto, y últimamente en la legítima (5), porque se considera acto de pura liberalidad. La donacion por causa, primero en la legítima; si aún excediere á ésta, en el tercio, y finalmente en el quinto, porque se cree que el objeto del mejorante fué, ante todo, dar al mejo-

(1) Ley 6.<sup>a</sup>, tít. III, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Acevedo, Sala, y Gutierrez. Este último escritor se equivoca sobremanera, al afirmar que si valiera esta promesa, resultaria la hija tácitamente mejorada, contra la prohibicion de la pragmática, respecto de aquella parte de que podia ser privada en beneficio de los demás hijos. Pero aquí no existe tal mejora; lo único que se hace es asegurar á la hija la conservacion de su legítima lata, con lo cual no puede decirse que se hace mejor su condicion, sino igual á la de sus hermanos.

(3) Ley 7.<sup>a</sup>, tít. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(4) La ley 9.<sup>a</sup> del mismo título y libro establece terminantemente esta doctrina.

(5) Ley 10.

rado su legítima anticipada (1). El exceso de estas cuotas se devuelve al cuerpo de la herencia para dividirlo con igualdad entre todos los hijos.

131. Suele decirse que la dote queda preservada del vicio de inoficiosa, con tal que quepa en los bienes del padre con arreglo al valor que éstos tenían, ya en el tiempo en que la dió ó prometió, ó ya en el de su fallecimiento, segun eligiere la dotada. Pero creemos abolida por la pragmática de Madrid (2) la ley

(1) Ley 5.<sup>a</sup>, tít. III, libro X de la Novísima Recopilacion. Las leyes 26 y 29 de Toro, que son la 10 del tít. VI y la 5.<sup>a</sup> del tít. III, lib. X citadas, están á primera vista en contradiccion: las explicamos como lo hace la mayor parte de nuestros jurisconsultos, á cuya opinion nos adherimos. Así tambien han sido entendidas por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Junio de 1873. Como anticipacion en cuenta de la legítima, se consideran igualmente las donaciones causales, en sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1865.

(2) Ley 6.<sup>a</sup> del mismo título y libro. La ley 29 de Toro disponia que para determinar si la dote era inoficiosa ó no, se pudiera elegir uno de dos tiempos, á saber: aquel en que se habia entregado ó prometido, ó en el que se habia verificado la muerte del donante; de suerte que si cabia en la legítima y en el tercio y en el quinto de los bienes, atendido el valor de ellos en la época en que habia sido entregada ó prometida, no era inoficiosa, aunque al tiempo del fallecimiento del ascendiente excediera de aquel valor. Mas publicada la pragmática de Madrid de 1534, quedó abolida terminantemente la disposicion de esta ley en cuanto á la facultad de mejorar á las hijas por contrato entre vivos, ya expresa, ya tácitamente, siendo este un punto tan claro y tan incontrovertible, que no ha dado lugar á dudas ni cuestiones entre los intérpretes de alguna autoridad. Pero no sucede lo mismo por lo que respecta á si quedó subsistente el derecho de elegir el tiempo á que se ha de atender para saber si la dote cabe ó no en la legítima. Los que están por la afirmativa, se fundan en las palabras de la petition que dirigieron al Monarca las Cortes de Madrid del referido año, en la cual se manifestaba la conveniencia de que las dotes no pudieran exceder de la legítima que corresponderia á la dotada, si se partiesen los bienes al tiempo de su constitucion; y se apoyan tambien en que por la pragmática publicada á consecuencia de aquella petition, se establecia como pauta para regular la legítima, la renta de los dotantes al tiempo de la entrega ó de la promesa de las dotes. Fuerza es confesar que en muchos tribunales del reino se ha explicado así la ley, y concedido á la dotada la facultad de elegir. No obstante, nosotros, despues de haber examinado detenidamente esta cuestion, juzgamos que no tiene lugar el derecho de



de Toro (1) en que esta opinion se fundaba, y por consiguiente, sin opcion la hija al derecho de elegir, debiendo tambien atenderse en este caso á la época de la muerte, porque de lo contrario seria una mejora tácita.

132. Dejados el tercio y el quinto, se saca primero el último, á no haber fuero ó costumbre en contrario (2), porque generalmente se constituye en beneficio del alma del testador (3). Algunos escritores señalan dos casos de excepcion:

1.º Si el testador hubiera dispuesto lo contrario, renunciando de esta suerte un beneficio introducido en su favor.

2.º Si la mejora del tercio se hubiera hecho irrevocablemente.

133. Declarado nulo el testamento, serán tambien nulas las mejoras; pero declarada nula solamente la institucion, aquéllas

eleccion, porque eludiria con frecuencia la ley prohibitiva de mejorar á las hijas por causa de dote, y ofreceria muchas veces el repugnante espectáculo de verlas disfrutando una cantidad considerable de los bienes paternos, mientras sus hermanos se veian privados de percibir porcion alguna del mismo patrimonio, del que nada quedaba á la muerte del padre, ya por mala administracion de éste, ya por circunstancias desgraciadas é inevitables. Escribhe hace una advertencia que no debe ser omitida. Segun él, si la dote cabia al tiempo de su constitucion y al de la muerte del padre, considerados todos los bienes de éste, pero resultó excesiva por haber sido mejorado alguno de los otros hijos, no por eso la mujer deberá ser obligada á restituir el exceso, siempre que la totalidad de la dote cupiese en su legitima larga.

(1) Ley 5.ª, tit. III, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 214 del Estilo.

(3) Efectivamente, segun la ley 9.ª, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion, la cera, misas y gastos del entierro se tienen que sacar del quinto y no del cuerpo de la hacienda del testador, aunque éste disponga lo contrario, así como las otras mandas graciosas. Esto, sin embargo, debe entenderse cuando deja descendientes á quienes se debe la legitima, para evitar que en ella queden perjudicados. Si uno de los hijos ha sido mejorado en el tercio, y el testador no ha dispuesto del quinto, de éste se sacarán primeramente los expresados gastos, del resto de la hacienda el tercio de la mejora, y lo que despues resulte se dividirá entre los demás hijos; mas si al hijo mejorado en el tercio se le hubiere impuesto la carga de pagar el funeral, misas y legados, deberá cumplirla, pero solamente hasta donde alcance el quinto. Doctrina no establecida expresamente en la ley, pero que se deduce de su espíritu y recta interpretacion.

permanecerán subsistentes (1). El mejorado puede abstenerse de la herencia y admitir la mejora, pagando las deudas á prorata y quedando obligado á satisfacer del mismo modo las que despues resultaren, ya consista la mejora en cosa cierta, ya en incierta parte de los bienes (2).

134. Solamente los que pueden obligarse podrán hacer mejoras por contrato entre vivos; más para hacerlas en testamento bastará tener capacidad para otorgarle. En la mejora puede el mejorante imponer el gravámen que quisiere, *no siendo perpétuo*, así de restitucion como de sustituciones y fideicomisos, segun doctrina establecida por el Tribunal Supremo, de conformidad con leyes en parte derogadas por otras posteriores (3).

135. El mejorante puede señalar las cosas en que ha de consistir la mejora, pero no cometer á otro esta facultad (4). El hijo está incluido tambien en esta prohibicion, cuyos motivos concurren en él todavia con más fuerza que en los extraños. Es, por consiguiente, errónea é infundada la opinion de los que sostienen lo contrario (5).

(1) Ley 8.ª, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion. Esta ley habla del caso en que el testamento se rompiere ó anulare por causa de pretericion ó desheredacion; pero como el testamento en que no hay instituido heredero, ó en el que el instituido no quiere heredar, es válido en cuanto á las mandas y á las demás cosas que en él se contienen, nosotros sólo consideramos nulo el que carece absolutamente de toda fuerza legal, y se reputa como no existente en todas sus partes.

(2) Ley 5.ª, del mismo título y libro.

(3) Ley 11, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion. Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de Octubre de 1867.

(4) Ley 3.ª, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion. Está destituida de sólido fundamento la diferencia que Acevedo, Angulo, Tello, Gomez, Matienzo, y Palacios Rubios establecen entre la comision general y la especial para hacer la designacion, suponiendo que la ley se limita á la primera y no es extensiva á la segunda: nosotros opinamos como Sala, y Llamas y Molina.

(5) Es notable efectivamente que de las palabras generales de la ley, hablando de la prohibicion de cometer la facultad de designar las cosas en que consista la mejora á *otra persona alguna*, se quiera deducir una consecuencia violenta, cual es la de no estar comprendido en ella al hijo mejorado, alegando que no es de creer que la ley quisiera incluirle en la prohibicion general, y sosteniendo que como la facultad de hacer el señalamiento



136. Si no estuvieren designados los bienes en que habia de consistir la mejora, se sacará de los de la herencia, no siendo permitido á los herederos el darla en dinero, á no ser que las cosas hereditarias no admitieren cómoda division (1), ó que en ello se conviniere el mejorado.

## SECCION VI.

### DEL DERECHO DE ACRECER.

137. Teniendo las leyes de Partida establecido el principio de la institucion de heredero como una circunstancia esencial para la validez de los testamentos, y deduciéndose tambien de ellas la aprobacion de la máxima romana acerca de que ninguno pudiera morir en parte testado é intestado en parte, resultaba que en las herencias se hacia necesario el derecho de acrecer. Pero la ley del Ordenamiento no confirmó esta doctrina, ni sancionó, por consiguiente, semejante necesidad (2). Así, pues, sólo tendrá lu-

---

versa en utilidad de los mismos hijos, debe ampliarse en beneficio de ellos. Nosotros creemos que no deben admitirse excepciones no marcadas en la ley, y que seria una interpretacion bien poco equitativa el conceder al hijo mejorado la facultad de hacer el señalamiento de las cosas en que habia de consistir la mejora, puesto que siempre lo verificaria en aquellas que por lo ménos tuvieran á sus ojos mayor valor de afeccion. Sala, no obstante, opina lo contrario. El Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de Marzo de 1870, ha venido á confirmar la doctrina que exponemos en el texto y que ampliamos en esta nota.

(1) Ley 4.<sup>a</sup>, tít. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) No están conformes nuestros intérpretes acerca de si por la ley 1.<sup>a</sup> del tít. XIX del Ordenamiento, que es la 1.<sup>a</sup>, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, se derogó ó no la necesidad del derecho de acrecer. Búrgos de Paz, Ayllon, y Pichardo sostienen, la opinion negativa, fundándose principalmente en que, hallándose establecido expresamente el derecho de acrecer en la ley 14, tít. III, Part. VI, dificilmente debe considerarse derogado por induccion. Matienzo y Elizondo no lo consideran subsistente, y el último dice haberlo declarado así el Consejo de Indias en grado de mil y quinientas. D. Márcos Gutierrez coincide con nuestra opinion. Diversas sentencias del Tribunal Supremo consideran tambien sub-

gar aquel derecho cuando expresamente se estableciere por el testador ó se coligiere de sus palabras de un modo inequívoco; de suerte, que en el dia no será hijo de la necesidad, sino sólo de la voluntad del que testa.

138. Suele definirse diciendo que *es aquel derecho en cuya virtud se agregan á los coherederos, comejorados ó colegatarios llamados á una misma cosa, las porciones de sus coherederos, comejorados ó colegatarios muertos antes que el testador, ó que han hecho renuncia de su parte* (1).

139. Por consiguiente, para que tenga lugar se necesita:

1.<sup>o</sup> Que el coheredero, comejorado, ó colegatario, renuncie lo que le toca, ó que se verifique su muerte ántes que la del testador, ó que por cualquiera otra causa no llegue á obtener su parte en la herencia, manda ó mejora.

2.<sup>o</sup> Que haya una verdadera conjuncion. Esta existe cuando dos ó más son llamados á una misma cosa. Y pueden estar unidos solamente en ella ó tambien en las palabras. Pertenecen al primer caso los que son llamados en distintas oraciones á una misma cosa: pertenecen al segundo, los que están llamados á una misma cosa en una misma oracion (2).

140. Si hay conjuntos de ambas especies, faltando uno de los

---

sistente (aunque voluntario) el derecho de acrecer, entre otras las de 24 de Enero de 1862, 12 de Junio y 29 de Diciembre de 1863, 13 de Marzo de 1868, 12 de Junio de 1869 y 3 de Marzo de 1873.

(1) En las mejoras constituidas por contrato, hechas de un modo irrevocable, no tiene lugar el derecho de acrecer, porque en tal caso son transmisibles á los herederos del mejorado, áun cuando muera éste ántes que el mejorante; pero sí tiene lugar en virtud de renuncia.

(2) Ley 33, tít. IX, Part. VI. Esta ley dice que la manda se haria *ayuntadamente en esta manera: Mando á fulan é á fulana tantos maravedís ó tal cosa, nombrándolos todos uno á uno señaladamente, cuantos fueren aquellos á quien lo mandasse. Et apartadamente..... como si dixiese, mando á fulan tal mi viña; et despues desso dixiese en aquel mesmo testamento que mandaba aquella mesma viña á otro, et despues á otro, nombrando á cada uno dellos por sí.....* No hay absoluta conformidad entre los intérpretes respecto á la clase de conjuncion que ofrece el primer ejemplo. Unos sostienen que pertenece á la de los conjuntos, que se llamaban *re et verbis*, mientras otros aseguran que sólo se habla de los conjuntos *verbis tantum*. Gregorio Lopez da á entender que puede alegarse en favor de ambas opiniones, y por