

distinción que se borró más tarde, con la publicación de las leyes de Toro, en que los intérpretes y comentaristas clasificaron las mejoras, en mejora de *tercio* y mejora de *quinto*, con notoria impropiedad, por lo mismo que la mejora de quinto no tiene la naturaleza jurídica de tal, según queda dicho, pues, á pesar de ser porción *cuota* de la herencia toda, no lo es, porque *no se detrae de la legítima*, sino de la parte de libre disposición, á la cual se equipara y absorbe en totalidad, hecha deducción de las llamadas *deudas testamentarias*—pago de legados, gastos de última enfermedad, enterramiento, funerales, etc.—, que eran cargo especial del quinto del caudal hereditario.

El Código de las Partidas, no habló de las *mejoras*, pues es sabido que, al inspirarse en el Derecho romano, no podía reconocer esta institución, que fué desconocida para aquél.

El legislador español reglamentó con toda extensión la doctrina de las mejoras, resolviendo así la oposición entre las legislaciones de origen germánico y romano, en las leyes 17.<sup>a</sup> á la 29.<sup>a</sup> de las de Toro, ambas inclusive, que fueron posteriormente insertas en el tít. 6.<sup>o</sup>, lib. X de la Novísima Recopilación, que constituía la fuente legal más importante del Derecho de Castilla, anterior á la publicación del Código civil.

La ley 6.<sup>a</sup>, tít. 3.<sup>o</sup>, lib. X de la Novísima Recopilación, modificó la 26.<sup>a</sup> de las de Toro, prohibiendo mejorar á las hijas por vía de dote ó casamiento.

El proyecto de Código civil de 1851 (1), adopta otra fórmula de cuantía, estableciendo que, «pueden además los padres y ascendientes disponer en favor de cualquiera de sus hijos y descendientes, hasta el duplo, ó de una doble porción de la legítima, correspondiente á cada uno de los primeros».

Es la *mejora*, institución exclusivamente *castellana*, desconocida en la mayor parte de los Códigos extranjeros y establecida en algunos de origen español, como el de Chile, Guatemala y Méjico, y si á alguna institución del Derecho foral se parece en algo, es á la de los *herederos de confianza*, de Cataluña.

10. *Clasificación y especies de las mejoras* ANTES DEL CÓDIGO CIVIL, según leyes, escritores y prácticas:

|  |   |   |
|--|---|---|
| a. Por la cuota, de.....                   | } | Tercio.                                     |
|  |   | Quinto.                                     |
| b. Por la forma ó manera de ordenarse..... | } | Expresas... { Por testamento... Revocables. |
|  |   | { Por contrato..... Irrevocables.           |
|  |   | Tácitas.... { Por donación simple.          |
|  |   | { Por donación con causa.                   |
| c. Por el objeto sobre que recae.....      | } | De cuota.                                   |
|  |   | De cosa cierta.                             |
|  |   | De cuota, con asignación de cosa cierta.    |
|  |   | Sin designación de cuota.                   |

(1) Art. 654.

11. En explicación del anterior cuadro debe observarse:

a. Por razón de la *cuota* existían mejoras de *tercio* y de *quinto*.

Es innegable el valor en uso que en la práctica de la testamentifaccción tuvo esta nomenclatura, según el Derecho anterior al Código civil. En cuanto á su impropiedad, en una buena técnica legal, jurídica, y verdadera significación, ya que no representaban cuando figuraban en una disposición testamentaria, sino que al mejorado en *tercio* y *quinto* se le dejaba la mejora propiamente dicha del tercio, y además se le hacía el *legado* del quinto, que era la parte de libre disposición del testador, que moría con descendientes, ó que si se dejaban esas cuotas á personas distintas, el agraciado con la del *tercio*, era realmente el mejorado, y el que lo era con el *quinto*, que lo mismo podía ser descendiente que persona extraña, un simple *legatario* de dicha cuota, una vez liquidadas las responsabilidades especiales que la afectaban, nos remitimos á lo antes dicho, aunque las leyes de Toro, escritores y comentaristas admitieron y usaron tales clasificación y nomenclatura.

Dejado *tercio* y *quinto*, se deduce éste antes, por varias razones, siendo la principal lo sagrado de los fines á que se destina, como gastos de última enfermedad, funeral, misas, entierro y mandas gratuitas. En dos casos, sin embargo, ocurría lo contrario: primero, cuando así lo dispusiera el testador; y segundo, cuando la mejora del tercio se hiciera irrevocable por haber mediado la entrega ó posesión de las cosas en que consistía: siendo la razón de este segundo caso, la de que habiendo el mejorado adquirido el dominio sobre los bienes que constituían la mejora del tercio, se consideraba éste como segregado de la herencia, al contrario de lo que sucedía con los bienes que habían de constituir el *quinto*, los cuales se consideraba que continuaban formando un todo con la misma.

b. La forma de ordenarse en *expresas* y *tácitas*, según que las primeras se consignaban explícita y claramente en el instrumento en que se ordenaban, y las segundas resultaban de ciertos actos jurídicos, que eran las donaciones de padres ó ascendientes á hijos ó descendientes, de ordinario en vida de aquéllos. Las mejoras *expresas*, por razón del instrumento en que se ordenaban, se distinguían en mejoras hechas en *testamento* y en *contrato*.

Generalmente, en la mayor parte de los casos, podía ser indiferente las hechas en una ú otra forma, con tal de que la adoptada reuniese las condiciones de validez según la ley, siendo igual su eficacia, en principio, ante el Derecho; pero esta regla general tenía una excepción importantísima respecto de las mejoras, pues dependía de la forma de su constitución por testamento ó por contrato, el que produjeran unos ú otros efectos ó dejaran de producirlos.

Las hechas en *testamento*, por lo cual se entendían también las orde-

nadas en *codicilo* y en *memorias testamentarias*, ya que estos instrumentos eran hábiles antes del Código, para que la mejora pudiera instituirse; y el principal efecto, por razón del instrumento en que se ordenaban, era que tratándose de una disposición *mortis causa*, tenían el carácter de su esencial *revocabilidad*, pues siendo revocable el testamento ó disposición testamentaria por la condición de *ambulatoria* de toda última voluntad, hasta la muerte del testador, *revocable* tenía que ser la *mejora* en él constituida. Así es que, revocado el testamento por otro posterior perfecto (1), quedaba la mejora revocada por este solo hecho, lo mismo que en todos los casos de declaración de nulidad del testamento ó disposición testamentaria que contuviera la mejora. No sucedía lo mismo, según la legislación anterior, en el caso de rescindirise ó invalidarse la institución de heredero forzoso, pues se declaró por la ley (2) la subsistencia de las mejoras, en tal supuesto, al decir: «cuando el testamento se rompiese o anulase por causa de preterición o exheredación en el cual ouiere mejora del tercio o de quinto, no por eso se rompa, ni menos deve de valer el dicho tercio y quinto como si el testamento no se rompiere».

Aunque la legislación anterior (3) al Código civil, lo mismo que éste (4), prohíben los pactos de sucesión futura, ó sea, en general, la forma de *sucesión contractual*, sin embargo, lo mismo antes (5) que después de publicado aquél (6), se ha permitido *mejorar por contrato*.

La condición primera y necesaria para que la mejora pudiera tener eficacia, es que en el contrato se hayan llenado los requisitos y condiciones para que éste sea considerado como tal, pues del mismo modo que es nula la mejora hecha en testamento nulo, lo es la mejora hecha por contrato nulo (7), y, por tanto, basta remitirse á la doctrina relativa á esta materia.

Pero surgió la duda de si la mujer casada podía mejorar por contrato, sin el consentimiento de su marido, ya que para contratar necesita la autorización ó licencia de éste.

La mujer casada tiene capacidad para ordenar por contrato la mejora, porque el pensamiento y espíritu de la legislación castellana en todas las épocas ha sido el conceder á la mujer una amplia libertad para disponer de sus bienes por actos *mortis causa*. Se explica bien esto porque

(1) Cap. 21.º de este tomo.

(2) L. 24.ª de las de Toro, 8.ª, tit. 6, lib. X de la Nov. Rec.

(3) Núm. 12, letra I, núms. 7.º y 8.º, cap. 10.º, t. IV, 2.ª edic.; LL. 1.ª, tit. 2.º, Partida VI y 9.ª, tit. 10, Part. V.

(4) Pár. 2.º, art. 1.271.

(5) L. 1.ª, tit. 6.º, lib. X de la Nov. Rec.

(6) Arts. 825 y 827.

(7) Núm. 7, cap. 14.º, t. IV, 2.ª edic.

todas las instituciones, incluso la mejora hecha por contrato, producen sus efectos *después* de la muerte de la mujer; y es claro que entonces no existe la sociedad conyugal y no se quebranta el principio de la autoridad marital ni subsiste el verdadero fundamento de la limitación de la capacidad civil de la mujer casada, de que la falta de unidad de gestión pudiera perjudicar los intereses de la sociedad conyugal, á no ser que la mejora que hiciera por contrato ó donación la mujer casada, fuera con entrega de los bienes donados al mejorado, en cuyo caso no sería válida sin la licencia del marido, por temor del perjuicio á la sociedad conyugal (1). La legislación anterior, como ahora, la permite otorgar testamento, y la permite mejorar con absoluta independencia del marido, bien lo prueban las palabras de la ley 17.ª de las de Toro, que dice, «*cuando el padre ó la madre mejorase alguno de sus hijos y ascendientes*»; debiendo advertir que en esta ley se habla de las mejoras hechas por contrato; y al hablar con separación del *padre y de la madre*, es que, sin duda, el legislador quería conceder á ésta, con independencia del marido, la facultad de mejorar (2).

La ley mantiene el principio de la *revocabilidad*, aun tratándose de mejoras hechas *por contrato*, lo mismo que en las hechas *por testamento*; pero con la diferencia importante de que el principio de la *revocabilidad* no tiene excepción tratándose de las ordenadas en testamento y la tiene cuando se trata de las hechas por contrato. Estos casos de excepción los exponía con entera claridad la ley 17.ª de las de Toro (3), y responde en cada uno el criterio de revocabilidad á un fundamento distinto: en el primero, porque mediando *título y modo*, por virtud de la entrega en las cosas en que consista la mejora, reputa la ley que el mejorado adquirió el dominio de ellas; en el segundo, porque ha mediado, además del *título*, la intervención del *modo* ó de la *tradición simbólica* con la entrega de la escritura, que es un signo representativo de la entrega de la cosa; y en el tercero, porque resultaría perjuicio para

(1) Nota 5, núm. 4, cap. 17.º, t. V, 2.ª edic., págs. 585 y 586, en el Derecho anterior al Código; y núms. 1.º y 2.º, art. 63 del Cód. civ., explicados en el núm. 36, letra b y núms. 61 y 62, y en el cap. 17.º, t. V, 2.ª edic.

(2) Y esta misma indicación es aplicable después del Código, por lo mismo que hace éste la separación debida entre el padre y la madre, cuando uno de los dos querían mejorar (art. 825).

(3) «Salvo si hecha la dicha mejora, por contrato entre vivos, oviere entregado la posesión de la cosa, ó cosas en el dicho tercio contenidas á la persona á quien la hiciere, ó á quien su poder oviere, ó le oviere entregado ante escribano la escritura dello; ó el dicho contrato se oviere hecho por causa onerosa con otro tercero, así como por vía de casamiento, ó por otra cosa semejante, que en estos casos, mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar sin reservarse el que lo hizo en el mismo contrato el poder para lo revocar ó por alguna causa que según leyes de nuestros reynos las donaciones perfectas y con derecho fechas se pueden revocar.»

tercera persona, al no cumplir el mejorante su obligación de mantener la mejora. En suma, la doctrina de la *irrevocabilidad* de las mejoras en el Derecho anterior, se producía mediante el conjunto de estas condiciones: 1.º, si fuera otorgada por contrato, y 2.º, cualquiera de estas tres: que se halle en posesión de la cosa el mejorado, que se le entregue la escritura en que la mejora se establece, ó que ésta se constituya mediante contrato oneroso con un tercero (1).

Resulta, según aquel texto legal, que la mejora por contrato era generalmente *revocable*, lo mismo que las hechas por testamento; y sólo *irrevocable*, por excepción, en los tres casos taxativamente determinados por dicha ley, advirtiendo que, aun en éstos, podía la mejora revocarse cuando el mejorante se había reservado en el contrato la facultad de revocarla (2).

Las mejoras, hechas por contrato, se subdividen en *revocables*, por regla general, é *irrevocables*, por excepción, sólo en los casos que la mencionada ley 17.ª de las de Toro expresa.

En cuanto á las *promesas de mejorar* y de *no mejorar* desde el punto de vista de su *irrevocabilidad*, la reconoció la ley 22.ª de las de Toro (3).

Consecuencia del texto de esta ley fué la duda de, si las promesas eran *irrevocables*; y mientras unos escritores dijeron que, no solamente eran irrevocables las promesas, sino que los requisitos determinados en

(1) Se dudó por los comentaristas si la mejora irrevocable continuaría siéndolo cuando hubiere sobrevenido notable decrecimiento en los bienes del mejorante al tiempo de su muerte; y para conciliar la necesidad y justicia de traer á colación los bienes en que consistiera la mejora, se contestó con la ingeniosa distinción de que la cuota era lo irrevocable, pero que las cosas ó bienes en que la mejora consistía se hacían *revocables*, por ese decrecimiento en el caudal hereditario.

(2) Se dudó también, por los comentaristas de la ley 17.ª de las de Toro, si siendo la mejora de tercio y del quinto, y con su carácter ordinario de irrevocable, podría, sin embargo, ser revocada en cuanto al quinto. Antonio Gómez opinaba que podía revocarse, porque, si fuese revocable el quinto, quedaría intestado el mejorante; Peláez de Mieres entendía, que en los casos que es irrevocable la del tercio, lo debía ser la del quinto. Avendaño considera ambas mejoras irrevocables, no en el todo, sino, respecto de la del quinto, en la parte sobrante después de satisfechos los gastos de entierro, y D. Benito Gutiérrez—ob. cit., págs. 498 y 499, t. III—, se inclina por la opinión de Mieres, con la modificación de Avendaño.

(3) L. 6.ª, tít. 6.º, lib. X, Nov. Rec., que dice: «Si el padre ó la madre, ó alguno de los ascendientes, prometió por contrato entre vivos de no mejorar á alguno de sus hijos ó descendientes, y pasó sobre ello escritura pública, en tal caso no pueda hacer la dicha mejoría del tercio ni de quinto, y si la hiciera que no vala; y así mismo mandamos que si prometió el padre ó la madre, ó algunos ascendientes de mejorar alguno de sus hijos ó descendientes en el dicho tercio y quinto por vía de casamiento, ó por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados á lo cumplir y hacer, y si no lo hicieron, que pasados los días de su vida la dicha mejoría ó mejorías de tercio y quinto sean habidas por hechas.»

la ley eran esenciales para su realidad y eficacia, otros, y es la opinión más admitida, consideran revocables las de mejorar y no mejorar, á excepción de los casos en que las primeras se constituyeran por razón de matrimonio ó por causa onerosa con un tercero y las segundas se hicieran constar en escritura pública; porque, además, si las mejoras eran revocables, por regla general, no había razón alguna, dice López R. Gómez (1), que justificara la irrevocabilidad absoluta de la mera promesa de mejorar ó no mejorar, que como tal promesa nunca podía tener la misma fuerza legal que la mejora constituida ó perfecta.

Podían existir pactos de mejorar y de no mejorar: los primeros se llamaban *afirmativos* y los segundos *negativos*. Tanto unos, como otros, eran revocables, si bien los primeros se hacían irrevocables cuando mediaba contrato oneroso con un tercero ó el pacto de mejorar se hacía por causa de matrimonio; así como los segundos se reputaban irrevocables, cuando se habían otorgado en escritura pública. La regla general era que las hijas, lo mismo que los hijos, podían ser mejorados expresa ó tácitamente, con tal de que las hijas no lo fueran por vía de dote ó casamiento, fundándose esta prohibición de la ley, en que tales casos, en vez de remediar la mejora desigualdades entre los hijos, las crearía el afán de los padres de estimular por este medio la facilidad de enlace de sus hijas. Por esto, toda clase de pactos *afirmativos* de mejorar á las hijas eran nulos, para evitar que los padres, en el deseo de eludir la ley que no les permitía mejorarlas por vía de dote, antes ó en el acto del matrimonio, pactaren hacerlo para después de su muerte, burlando así la ley. En cambio, los pactos *negativos* de no mejorar hechos entre padres é hijos eran válidos, porque con esto no les hacían de mejor condición que los demás hijos ó hijas, que es lo que prohibía la ley.

La diferencia que existía entre la irrevocabilidad de los pactos ó promesas de mejorar y no mejorar y la de las mejoras por contrato, consistía realmente en que éstas se hacían revocables por tres causas y aquellos por dos; una servía para el *afirmativo* y otra para el *negativo*. La razón, respecto á los *afirmativos*, era que por éstos, si se efectuare la entrega, no habría revocabilidad, sino desaparición del pacto ó promesa, por estar ya realizada. Respecto á los *negativos*, no podían ser causa de irrevocabilidad ni la entrega ni el contrato oneroso, y si solamente la escritura.

Entre los problemas que plantearon los comentaristas en la exégesis del Derecho anterior al Código, se concretaron algunos, como los siguientes:

1.º Si las mejoras hechas á un *hijo* por causa de matrimonio eran revocables ó irrevocables; y lo resolvían distinguiendo, cuando se decía

(1) Ob. y t. cit., pág. 642.

simplemente que se mejoraba á un hijo si se casaba, no determinando con quién, y en este caso, como no había tercera persona designada, la mejora se reputaba revocable, porque con esta revocación no se perjudicaba más que á aquel á quien se hacía la mejora; ó cuando se decía que se mejoraba á un hijo si se casaba, pero designando la persona con quien había de casarse, en cuyo supuesto se reputaba la mejora irrevocable, porque allí había tercera persona á quien la revocación podía perjudicar. La distinción es más sutil que jurídica, puesto que la tercera persona designada para el matrimonio con aquel á quien se ofreció la mejora, si se casaba con ella, no podía *jurídicamente* calificarse de perjudicada en el caso de revocación, aunque resultara defraudada su esperanza respecto de aquella expectativa, que no era un *derecho*, en cuanto á la mejora ofrecida á aquel con quien había de contraer matrimonio.

2.º Si la revocabilidad de las mejoras, comprendía la donación hecha con cargo al quinto de libre disposición. Esta mejora, aunque malamente llamada así, era por lo regular también revocable y únicamente no lo era cuando llevaba afecto el carácter de irrevocabilidad por hallarse comprendida en los casos de excepción antes indicados.

3.º ¿Cuándo era irrevocable la promesa de no mejora? Las promesas de no mejorar eran irrevocables cuando constaren debidamente, ó sea en escritura pública; porque así constituida la promesa era un vínculo contractual, expresivo de la renuncia de un derecho en favor de otro, tan irrevocable como cualquiera otro de los de su clase y que, por lo tanto, debía cumplirse, siempre que constara de modo indudable haberse contraído.

La revocación de la mejora podía ser *expresa y tácita; expresa*, cuando dice el mejorante, «es mi voluntad no mejorar á Fulano, que le tenía mejorado», y *tácita*, cuando se hace un nuevo testamento perfecto, y en él se omite la mejora que había en el anterior, y en otros varios casos engendraban la presunción de revocación tácita, según interpretación racional de los escritores (1).

(1) Febrero, reformado por Goyena y Aguirre, y después por éste y Montalbán, y, últimamente, por Caravantes—Librería de jueces, abogados y escribanos, 4.ª edic. 1852, t. I, pág. 390—, enumera hasta *siete* casos de revocación tácita, inspirados en un criterio severamente doctrinal y de todo punto aceptables como soluciones de perfecta justicia, á saber: si á la mejora hecha en testamento sigue un simple legado de un fundo en codicilo, previniendo que se contente con éste; si después de hecha la mejora en cosa señalada, el mejorante la hipotecó por cantidad tan alzada que no haya esperanza de satisfacer, ó si la enajenó voluntariamente, ó la donó, ó hizo después donación ó legado de parte de la cuota en que consistió la mejora, ó si mejoró á alguno de los hijos para el caso de casarse con determinada mujer, y ésta falleció antes de que se celebrara el matrimonio; ó si después de mejorado uno de los hijos mejora al otro, expresando que lo hace para que haya igualdad; ó si sobreviene, con posterioridad al ordenamiento de la mejora, grande enemistad entre el padre y el hijo, si bien convalece la mejora cuando hubo reconciliación.

Las mejoras *tácitas* no procedían de la voluntad expresa del testador, sino de ciertas liberalidades de éste, hechas en vida, para con algún descendiente, que hacían inducir ó deducir la voluntad del testador de mejorarle. Estas liberalidades eran las donaciones; podían ser *simples* ó *con causa*, según que no existiera ó existiera un motivo ó razón de carácter remuneratorio, ó por vía de recompensa á hechos ó servicios prestados al donante, en que se fundara su liberalidad para con el donatario, ó circunstancias ó motivos expresos de necesidad en el mejorado que impulsarían á mejorarle, las cuales donaciones podían considerarse como *mejoras tácitas*, á tenor de lo dispuesto en las leyes 26.ª y 29.ª de las de Toro (1), siempre partiendo del supuesto de que no hubiera mejoras *expresas*.

La presunción de mejora *tácita*, comprendida en las donaciones simples, era más fuerte que la que pudiera deducirse de las donaciones con causa. Y por esto las primeras se imputaban antes en la mejora de tercio y si excedían de ella, luego en la llamada de quinto, y por último, en la legítima, y si traspasaran la cuantía de todos estos conceptos, se rebajaba el exceso por *inoficiosas*, debiendo traerse á partición el valor en que lo fueren; mientras que las donaciones con causa se imputaban primero en la legítima, después en el quinto, y por último en el tercio, revocándose también en el exceso que resultara de estas aplicaciones, porque, según tenía declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (2), las donaciones que los padres hacen á los hijos, siendo causales, se suponen anticipos en cuenta de la legítima y son, por lo mismo, *colacionables*, primero en ésta, imputable el sobrante, si lo hubiese, en el tercio y después en el quinto como mejora, según lo indica la ley 29.ª de las de Toro, en estas palabras, «y para se decir la dicha dote inoficiosa se uniese á lo que exceda de legítima y tercio y quinto de mejoría».

c. Por el *objeto* sobre que recaen las mejoras, podían ser de *cuota*, de *cosa cierta* y de *cuota con asignación de cosa cierta*, según que recaían sobre una ó varias cosas específicas, sobre una parte alícuota de la herencia ó sobre ambas cosas á la vez.

También podía hacerse la mejora sin mención alguna de estas variedades, de modo genérico é indeterminado, cuando el padre dijera únicamente: «mejoro á mi hijo N.», pues, á pesar de la falta de determinación de cuota, cosa ó cantidad, valdría no sólo en el quinto, sino también en el tercio, dada su manifiesta voluntad de mejorar á dicho hijo, dentro de la extensión de lo permitido por las leyes, que serían las que suplirían la falta de expresión de cuota ó cantidad (3).

(1) LL. 10.ª, tit. 6.º, lib. X, y 5.ª, tit. 3.º, lib. X, Nov. Rec.

(2) Entre otras, sent. de 4 de Junio de 1865.

(3) L. 10.ª, tit. 6.º, lib. X, Nov. Rec.

Para deducir las mejoras, según las diversas especies de esta clasificación, era preciso distinguir, si la mejora era de *cuota* ó de *cosa*. En el primer caso, se sacaría la cuota de los bienes que tuviera el mejorante á su muerte. En el segundo, era necesario tener presente si la cosa excedía ó no cubría la mejora; si excedía, se consideraba como inoficiosa la mejora, y el exceso se imputaría á la legítima; si la cosa no cubría la mejora había que tener presente, si el mejorante nombró primero la cuota antes que la cosa, para presumir que su ánimo fué desde luego mejorar, en cuyo supuesto se le completaría la cuota de la mejora con otros bienes de la herencia; ó viceversa, si, por el contrario, nombró antes la cosa que la cuota, se reputaría pagada la mejora con la cosa sólo, aunque su valor no cubriera el tipo de la cuota. Estas reglas interpretativas de la voluntad del testador mejorante, se fundaban en la presunción de que tal debió ser ésta, porque siempre se expresan antes las ideas que más preocupan.

12. ELEMENTOS PERSONALES.—Se comprende bajo este epígrafe, qué personas podían mejorar, y cuáles ser mejoradas.

La capacidad para ordenar mejoras se regulaba por la testamentificación activa para testar, ó la contractual de la libre administración de bienes, atendiendo á que la mejora se estableciera por testamento ó por contrato, y, además, la cualidad de ascendiente. Tienen los padres ó ascendientes la facultad de mejorar á los hijos ó descendientes legítimos, aunque éstos sean procedentes de distintos matrimonios, y aun cuando el mejorante sea rico y su segunda mujer pobre y tuviera ésta derecho á la cuarta marital.

La aptitud para ser mejorado se regía por la de la testamentificación pasiva ó la capacidad de contratar y obligarse, según que el título de mejora fuese el testamento ó el contrato, y, además, la cualidad de descendiente legítimo en el mejorado, si se trataba de mejora hecha por el padre ó ascendiente; y esta misma cualidad, ó en defecto de descendientes legítimos la de hijo natural, respecto de la mejora ordenada por la madre, puesto que los hijos naturales acreditan legítima en la herencia materna.

Es excepción de estas reglas, la de la ley (1), en cuanto prohíbe que se ordenen mejoras de tercio ó quinto, expresas ó tácitas, á favor de las hijas, por razón de dote ó de matrimonio (2), y esta prohibición no se extendía á los casos de mejora ordenada por el abuelo en favor de la

(1) L. 22.<sup>a</sup> de las de Toro; 6.<sup>a</sup>, tít. 3.<sup>o</sup>, lib. X, Nov. Rec.

(2) La sent. de 8 de Enero de 1861 declara que, no están comprendidos en esta prohibición los pactos consignados en escritura, mediante los cuales los padres autorizan á su hija para que, á título de dote y con preferencia á sus hermanos, pueda utilizar los productos de ciertos bienes, porque esto no equivale á una mejora por razón de dote y casamiento en el sentido de la prohibición de la ley 6.<sup>a</sup>, tít. 3.<sup>o</sup>, lib. X, Nov. Rec.

nieta, porque ni aquél tenía la patria potestad sobre ésta, ni la expresada ley, por su índole excepcional y prohibitiva, puede ser más que de interpretación estricta y referirse sino á los casos que taxativamente expresa y prohíbe, que son los de mejora hecha por los padres en favor de las hijas, por razón de dote ó casamiento.

Se preguntaba, si cabía que el padre que no tuviera más que un hijo, ó el ascendiente que no tenía más que un descendiente, ordenaran mejora en favor de aquél ó de éste; y la contestación no podía menos de ser negativa, puesto que implicando la mejora la idea de comparación, no era ésta posible con un solo hijo ó descendiente, ni cabía, por tanto, la mejora, propiamente de tal ó de tercio, que sólo puede detraerse en favor de un descendiente, con reducción de la legítima para otro, cuando son más de uno; pero lo único que cabía, y á lo que, sin duda, se refería el pretendido problema, era que al hijo ó descendiente únicos se les dejara, además de los cuatro quintos de la legítima, el otro quinto de libre disposición, impropriamente llamado también *mejora*.

Asimismo se planteó, á título de problema, que no lo era en manera alguna, según el Derecho anterior, la cuestión de si podían ser mejorados los nietos, cuyos padres vivían, por el abuelo y padre, respectivamente.

Si bien la ley 10.<sup>a</sup>, tít. 5.<sup>o</sup>, lib. 3.<sup>o</sup> del Fuero Real, dispuso que el que tuviese hijos ó nietos ú otros descendientes «*que hayan de heredar...*, si quisiere mejorar á alguno de los hijos ó de los nietos, puédalos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobre dicha, que puedan dar por su alma, ó en otra parte do quisiere, é no á ellos», se prestó por algunos intérpretes á la duda de que ese derecho de mejorar á los nietos se limitaba á los casos en que los mismos tuvieran derecho á la herencia del abuelo, por la premoriencia de sus padres, y en representación de éstos concurrieran dichos nietos á la sucesión del abuelo, ellos solos ó en unión de otros hijos sobrevivientes, hermanos de su padre, la ley 18.<sup>a</sup> de las de Toro (1), dejó fuera de toda duda la posibilidad legal de mejorar los abuelos en el tercio y quinto de sus bienes, ó en uno de ellos, á sus nietos ó descendientes legítimos, bien á todos, bien á algunos, aunque vivieran sus hijos, padres de éstos (2).

En efecto: negar esta facultad á los ascendientes equivalía á desnaturalizar el concepto legal de *mejora*, ya que ésta no es sólo el comple-

(1) L. 2.<sup>a</sup>, tít. 6.<sup>o</sup>, lib. X, Nov. Rec., que dice: «el padre ó la madre ó cualquier dellos puedan si quieren hacer el tercio de mejora, que podían hacer á sus hijos ó nietos conforme á la ley del Fuero, á cualquier de sus nietos ó descendientes legítimos, puesto que sus hijos, padres de los dichos nietos ó descendientes, sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento alguno».

(2) Es magistral el comentario de Pacheco á estas leyes, en los suyos á las de Toro, pág. 273, pronunciándose en el sentido afirmativo absoluto.