

mento de la legítima de los hijos, sino de la de los descendientes, que igualmente la acreditan en la herencia de sus ascendientes, y, por lo tanto, debían tener también perfecto derecho á ser mejorados, aunque no desconocemos que la duda pudiera fundarse en que el derecho de legítima de los nietos y ulteriores descendientes está subordinado al de los hijos ó descendientes de grado preferente; pero es lo cierto que la ley 18.<sup>a</sup> de las de Toro, dejó resuelta esta cuestión con criterio absoluto y radical.

Se exceptúa el caso de haber precedido pacto de mejorar á un hijo, en cuyo supuesto sería preciso el consentimiento de éste para que su padre pudiera mejorar á sus nietos, hijos del hijo á quien había hecho la promesa de mejorar.

Por consiguiente, era asimismo lícito al abuelo, que tuviere un solo hijo y de él un nieto ó varios, mejorar á alguno ó á todos éstos, ya porque está comprendido el caso en el criterio permisivo y general de la citada ley 18.<sup>a</sup> de las de Toro, ya porque es posible la elección de persona á quien mejorar entre varios descendientes, que es el requisito característico de la mejora y en que consiste el libre arbitrio del mejorante.

Se cuestionó, además, en el Derecho anterior, «si hecha á un hijo la promesa de no mejorar á los hijos ó parte de ellos, siendo varios, podía ser mejorado alguno de los mismos, ó por lo menos, el hijo con quien se obligó ó á quien prometió no mejorar á los otros, sus hermanos». Los escritores y comentaristas resuelven esta cuestión con variedad de criterio. Nuestro ilustre antecesor en la cátedra (1), impugna la opinión de Palacios, de quien dice que hace de la dificultad supuesto, y añade que, «casi todos los autores profesan la misma opinión, porque todos consideran hecha en favor de su hijo, y sólo por él, la promesa de no mejorar á otro; pero la promesa de no mejorar es la renuncia de su derecho; ó no se hace, ó ha de ser absoluta y para todos». Se nos ocurre observar que si bien este criterio, como general, es de sana doctrina, será preciso siempre subordinarle para hacer justa su aplicación á los términos en que resulte concebida la promesa de no mejorar en el instrumento en que se consignara y á si resulta de ellos contraída sólo esa obligación respecto del hijo á quien se hizo la promesa de no mejorar á los demás, y en su exclusivo favor, ó si de sus dichos términos se deduce esa renuncia del derecho á mejorar, de carácter absoluto, en beneficio de todos, pues en uno y otro caso la solución no debe ser la misma.

Febrero, reformado (2), aceptando los términos absolutos de la ley 22.<sup>a</sup> de las de Toro (3), se pronuncia en el sentido general de la

(1) Don Benito Gutiérrez, ob. cit., t. III, pág. 519.

(2) Ob. cit., t. I, págs. 393 y 394.

(3) 6.<sup>a</sup>, tít. 6.<sup>o</sup>, lib. X, Nov. Rec.

misma y concreta su pensamiento (1) en explicación de la ley, diciendo, «el padre está obligado á cumplir la promesa de no mejorar en todos los casos en que la mejora es irrevocable, y también está obligado á cumplir la promesa de no mejorar en los expresos en esta ley, ya se haga el contrato oneroso con un tercero, ya se haga con el hijo solamente»; más adelante (2), dice, «si el pacto y la promesa de no mejorar fueren absolutos, sin haber precedido causa alguna para hacerlos más que la mera voluntad del padre dirigida al único fin de que todos sus hijos consiguiesen su legítima íntegra y le heredasen igualmente, deberá observar lo prometido y pactado; por consiguiente, á ninguno de sus hijos, nietos ni descendientes podrá mejorar, y si lo hiciere, será nula la mejora»; y, finalmente, haciéndose cargo de una hipótesis (3), «prometiéndolo por causa onerosa ó simplemente el padre ó la madre, en escritura pública, no mejorar á alguno de sus hijos, está obligado á cumplir la promesa, no sólo con respecto á éste, sino también á sus nietos ú otros descendientes suyos» (4).

La promesa hecha por el padre ó la madre de no mejorar á cierto hijo, como concretada á éste, no impide mejorar á otro, á no ser que la razón de la promesa fuera la de que todos heredaran por igual, en cuyo caso no podría mejorar á ninguno.

Cesaban los efectos de la promesa de no mejorar por la renuncia ó remisión de ella, hecha por el hijo á quien dicha promesa se otorgó y por la premoriencia sin descendientes del mismo.

En cambio, la promesa de mejorar hecha á uno de los hijos, que se rescinde por la renuncia expresa de su derecho, ó premoriencia al mejorante, si muere sin descendientes, no se extinguía cuando moría con ellos,

(1) Pár. 1.238, en el tomo y páginas citadas.

(2) Idem 1.240, id. id.

(3) Pár. 1.242, ob. cit.

(4) Los reformadores de Febrero completan este número— t. I, pág. 394 — con esta interesante información: «sobre si en el caso de prometer directamente un padre á un hijo no mejorar á ninguno de los hijos, podrá, no obstante, mejorar el padre al hijo á quien hizo la promesa, del perjuicio que le causa ó resulta de la mejora, opinan Castillo, Gómez Arias, Avendaño, Matienzo, Angulo y Acevedo, que el padre puede mejorar al hijo á quien hizo la promesa de no mejorar, porque la obligación que el padre ha contraído de no mejorar se entiende sólo respecto de los demás hermanos, y que asimismo, no obstante la promesa hecha á un hijo de no mejorar á los demás, será válida la mejora que el padre haga á cualquiera de éstos, sin perjuicio del hijo á quien directa y determinadamente se hizo la mejora (debe ser la promesa); lo que explica Castillo suponiendo que el padre tenga cuatro hijos y mejore á uno de ellos, pues muerto el padre sacará el hijo á quien se hizo la promesa de no mejorar, su legítima íntegra, como si no hubiera mejora, y después se sacará ésta del cúmulo de bienes en perjuicio de los otros dos hijos. El fundamento de esta resolución es que los pactos sólo se observan entre aquellos que los hacen, y consiguiendo el hijo la utilidad que le resulta de la promesa, no puede impedir que el padre use de su derecho y facultad».

en favor de todos los cuales se consideraba subsistente la promesa de mejorar, y, por tanto, obligaba á la división entre ellos de la herencia por iguales partes. En cuanto todos esos descendientes, del hijo premuerto, á quien se prometió la mejora, ocupan el lugar de éste por derecho de representación.

Resolvieron también las leyes de Toro (1), que las mejoras de tercio y quinto no se sacaran de las dotes y donaciones *propter nuptias* ni de las otras donaciones que los hijos trajeran á colación, lo cual era tanto como decir que se habían de sacar de los otros bienes que tuvieran en su poder y constituyeran su caudal al tiempo del fallecimiento.

Al mismo mejorante y no á otra persona alguna, incluso el hijo mejorado, en quien no puede delegar este cometido, corresponde exclusivamente la facultad de designar las cosas, dinero ó especies en que ha de hacerse pago de la mejora del tercio y de la mal llamada del quinto (2), salvo el caso del testamento por comisario con poder especial para ello (3). Los fundamentos de esta prohibición no pueden ser otros que el de evitar abusos y el mejor conocimiento de los padres mejorantes acerca de las conveniencias de aplicación de determinadas cosas al pago de las mejoras.

13. ELEMENTOS FORMALES.—Además de que las mejoras pueden ser, por razón de su *forma, expresas ó tácitas*, según se ha dicho (4), podían ordenarse, puramente y con gravamen de restitución ó fideicomiso, como forma especial establecida por la ley 27.<sup>a</sup> de las de Toro (5), por este orden: á favor de los descendientes legítimos, de los ilegítimos que tengan derecho de suceder, de los ascendientes, de los parientes y de los extraños; pero en cuanto al carácter vincular que este gravamen de restitución podía ofrecer, quedó derogado, por la ley de desvinculación de 11 de Octubre de 1820.

Respecto á formas *condicionales ó á plazo*, desde y hasta cierto día, aplicables á las mejoras, hay que tener en cuenta los siguientes principios: 1.<sup>o</sup>, que la mejora, propiamente tal, ó de *tercio*, participa de la naturaleza de la institución de heredero y forma parte de la legítima *lata* de los descendientes, pero no de la estricta, rigurosa ó corta, y la llamada de *quinto* es más bien un *legado* y se refiere á la parte de libre disposición por el testador; 2.<sup>o</sup>, que la ley única del tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, concluyó con la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento y con el principio romano, *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*; 3.<sup>o</sup>, que la ley 11.<sup>a</sup>, tít. 4.<sup>o</sup>, Par-

(1) LL. 25.<sup>a</sup> y 26.<sup>a</sup>; 9.<sup>a</sup>, tít. VI, lib. X, Nov. Rec.

(2) L. 19.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, tít. 6.<sup>o</sup>, lib. X, Nov. Rec.

(3) L. 31.<sup>a</sup> de las de Toro; 1.<sup>a</sup>, tít. 19, lib. X, ídem id.

(4) Núms. 10 y 11, letra *b*, de este capítulo.

(5) 11.<sup>a</sup>, tít. 10, Nov. Rec.

tida VI, sólo permitía imponer condiciones potestativas á los herederos forzosos en lo que se les dejara fuera de su legítima; pero los bienes de ésta habían de tenerlos «libremente e sin ningún agravamiento e sin ninguna condición»; 4.<sup>o</sup>, habida consideración á todos estos antecedentes, pareció solución indudable en el Derecho anterior, la de que no podía entenderse subsistente, ni menos aplicarse de modo literal el precepto prohibitivo de imponer condiciones al heredero forzoso respecto de su legítima de la ley de Partida, derogada por la del Ordenamiento, y sustituida, en cuanto á los tipos de cuantía y complemento de las mejoras, que dividió aquella legítima de los descendientes en larga y corta, según que hubiera ó no mejora en el tercio por otro distinto sistema de legítimas; debiendo estarse al nuevo Derecho y á su última expresión en los cuerpos legales de origen castellano, sobre todo en la ley 27.<sup>a</sup> de las de Toro, y, por consiguiente, en todo lo que se dejare á los hijos y descendientes además de su legítima estricta, ó sea la mejora del tercio, y con más motivo en la impropia llamada del quinto, que era de libre disposición, cabía ordenarlas bajo forma condicional y á plazo é imponer cualquier condición lícita y posible, ya fuera potestativa, causal ó mixta.

Antes de la publicación del Código, constituía el Derecho vigente la expresada ley 27.<sup>a</sup> de las de Toro, que facultaba á los padres para imponer sobre las mejoras de tercio y de quinto, gravamen, así de restitución como de fideicomiso, con lo cual se desnaturalizaba en parte la *mejora* como institución jurídica especial, ya que esta facultad, que se concedía á los padres, equivalía á quitarla su condición de *legítima* que tenía la propiamente tal ó de tercio, en cuanto que podía ser gravada dicha mejora hasta en favor de extraños.

14. CONTENIDO DE LAS MEJORAS.—Como al fin tienen la naturaleza jurídica de la institución de herederos, á semejanza de lo dicho al tratar de ésta (1), pueden distinguirse sus efectos en *primarios* con relación á la forma y al número de los instituidos, y *secundarios* respecto del derecho de acrecer y del de transmisión, aplicándose igual criterio y reglas de Derecho; y en cuanto á sus diferentes efectos según la forma, pura, condicional ó á término, habrá que estar á las reglas generales de Derecho correspondientes á cada uno de estos elementos accidentales de los actos jurídicos, expuestos en otro lugar de esta obra (2).

Las únicas reglas especiales que deben mencionarse aquí son: 1.<sup>a</sup>, que la ley (3) permitía aceptar la mejora y repudiar la herencia; 2.<sup>a</sup>, que como título universal que era la mejora, llevaba implícita la responsabilidad de las deudas hereditarias en la parte proporcional que corres-

(1) Núm. 5, cap. 12.<sup>o</sup> de este tomo.

(2) Núms. 19 á 23, cap. 19.<sup>o</sup>, t. II, 2.<sup>a</sup> edic.

(3) 21.<sup>a</sup> de las de Toro; 5.<sup>a</sup>, tít. 6.<sup>o</sup>, lib. X, Nov. Rec.

pondiera á la misma; 3.<sup>a</sup>, que era responsabilidad especial de la llamada mejora de *quinto*, la del pago de las deudas denominadas *testamentarias*, ó sean las causadas por motivo de última enfermedad, enterramiento, funeral y originadas en el testamento, como legados, pensiones ó cosas semejantes, que en el mismo se establecieran, para que en ningún caso pudieran rebajar ni disminuir la legítima de los descendientes (1); 4.<sup>a</sup>, que el pago de la mejora del *tercio*, ó de la titulada del *quinto*, debía hacerse, ante todo, con los bienes designados por el testador mejorante, cuya facultad no puede delegar, según se ha dicho, en persona alguna; en su defecto, por las reglas generales de la adjudicación de bienes en aquellos que el testador hubiere dejado, y si los relictos no fueren de fácil división entre los distintos mejorados ó superaran en valor á la cuantía de la mejora, entonces los herederos tendrán la obligación de satisfacerlas en metálico (2).

15. La *acción* para reclamar la mejora propiamente tal ó del *tercio*, había de ser la misma de *petición de herencia* con todos los medios de aplicación procesal que correspondían al heredero, y, si tomara la forma especial de legado del *tercio* ó donación, las correspondientes á esta clase de títulos.

16. EXTINCIÓN DE LAS MEJORAS.—Además de por las causas *generales* que invalidan el testamento ó anulan el contrato en que se hubieren hecho y de las que vician la institución de heredero, que son igualmente aplicables á las mejoras en los respectivos supuestos, como causas especiales de extinción de las mejoras, lo eran en el Derecho anterior al Código, la *revocación* del que las hubiera otorgado cuando eran revocables, y aun respecto de las irrevocables, en los casos de excepción en que tenían este carácter, la ingratitud grave y todas las causas suficientes para revocar las donaciones válidas (3).

Á diferencia de lo que ocurre con la institución de heredero, que se extingue por la premoriencia del heredero al testador, este mismo hecho no extingue la mejora, cuando fuera ésta de las irrevocables que se transmitían á los herederos del mejorado.

## § 2.º

### Jurisprudencia anterior al Código civil.

17. CONCEPTO LEGAL DE LAS MEJORAS.—La oferta de unos bienes que se hace á una hija por vía de dote y con preferencia á sus hermanos, no es una mejora en el sentido y para los efectos de la ley 6.<sup>a</sup>, tít. 3.º, libro X de la Novísima Recopilación (4).

- (1) L. 30.<sup>a</sup> de las de Toro; 9.<sup>a</sup>, tít. 30, lib. X, Nov. Rec.
- (2) LL. 19.<sup>a</sup> y 20.<sup>a</sup> de las de Toro; 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, tít. 6.º, lib. X, Nov. Rec.
- (3) L. 17.<sup>a</sup> de las de Toro; 1.<sup>a</sup>, tít. 6.º, lib. X.
- (4) Sent. 8 Enero 1861.

Es regla elemental de Derecho que el *tercio* no forma parte de la legítima de ningún descendiente en particular, si bien en común pertenece, bajo aquel otro concepto, á todos y cada uno de los descendientes del testador, y que del remanente del *quinto* puede éste disponer hasta en favor de extraños (1).

Las leyes 10, tít. 8.º, y 11.<sup>a</sup>, tít. 6.º, libro X de la Novísima Recopilación, conceden á los padres la facultad de disponer del *tercio* de sus bienes entre sus nietos y descendientes, y del *quinto* aun entre extraños, así por testamento ó cualquiera otra última voluntad, como por contrato entre vivos; entendiéndose, siempre que usan de ello entre sus descendientes, que los mejoran en el expresado *tercio* y *quinto*, aun cuando no lo digan expresamente, y pudiendo además, según el contexto de la misma, imponer á los mejorados el gravamen que quisieren, «*con tanto que lo fagan entre sus descendientes, y á falta de éstos, de otros parientes que se citan*» (2).

18. ESPECIES DE MEJORAS (*revocables é irrevocables*).—Según la disposición general de la ley 17.<sup>a</sup> de Toro, ó sea la 1.<sup>a</sup>, tít. 6.º, libro X de la Novísima Recopilación, cuando el padre ó la madre mejoran alguno de sus hijos ó descendientes en testamento ó en otra postrimera voluntad, ó por contrato entre vivos, *asta la hora de su muerte la puede revocar cuando quisiere* (3); y sólo tienen el carácter de irrevocables las mejoras hechas de alguna de las maneras contenidas en las excepciones de la citada ley 17.<sup>a</sup> de las de Toro (4), á saber: cuando se hubiere entregado al hijo mejorado la posesión de las cosas en que la mejora consista, ó la escritura en que se halle consignada, ó cuando, hecho en contrato, se hubiere atorgado por causa onerosa con otro tercero, como por vía de casamiento ó otra causa semejante (5).

Por testamento no puede revocarse una mejora consignada en un contrato entre vivos, por la circunstancia esencial de que un acto unilateral, como es un testamento, no es bastante eficaz para destruir la fuerza de un contrato bilateral, porque entonces estaría en arbitrio de uno de los contrayentes separarse y prescindir de las obligaciones contraídas por su parte (6).

19. ELEMENTOS PERSONALES DE LAS MEJORAS.—Autorizados los testadores por las leyes 2.<sup>a</sup> y 10, tít. 6.º, libro X de la Novísima Recopilación para mejorar, en cuanto no exceda del valor del *tercio* y *quinto* de su caudal, á sus nietos, aun viviendo los padres de éstos, tienen además facultades que les concede la ley 11.<sup>a</sup> del mismo título y libro, concordante con la 11.<sup>a</sup> del tít. 4.º, Partida VI, en la parte en que no han sido modificadas ni derogadas por otras posteriores, para imponer respecto de dicha mejora el *gravamen que quisieren*, no siendo perpetuo, así de restitución como de sustituciones y fideicomiso (7).

Según la ley 6.<sup>a</sup>, tít. 3.º, libro X de la Novísima Recopilación, ninguno

- (1) Sent. 3 Octubre 1867.
- (2) Sent. 14 Mayo 1875.
- (3) Sent. 7 Febrero 1874.
- (4) Idem id.
- (5) Sents. 19 Diciembre 1862 y 30 Octubre de 1869.
- (6) Sents. 19 Diciembre 1862 y 2 Enero 1872.
- (7) Sent. 3 Octubre 1867.

puede dar ni prometer por vía de dote ni casamiento de hija tercio ni quinto de sus bienes, no entendiéndose ser dicha hija mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos (1).

20. CONTENIDO DE LAS MEJORAS.—Las escrituras que en estos casos se otorgan contienen un contrato bilateral de recíprocas obligaciones y derechos entre los otorgantes, y que habiéndose verificado el matrimonio fundamento de la mejora, adquirió un derecho el hijo y contrajo una obligación consiguiente el padre, de hacer efectivo el tercio de todos los bienes que dejare á su fallecimiento, debiendo cumplir esta obligación los herederos como trascendental á ellos (2).

Las donaciones que los padres hacen á los hijos, siendo causales, se suponen anticipadas en cuenta de la legítima, siendo por lo mismo colacionables primero en ésta, é imputable el sobrante, si le hubiese, en el tercio y después en el quinto como mejora, según lo indica la ley 29 de Toro en estas palabras: «y para se decir la dicha dote inoficiosa se mire á lo que excede de la legítima y tercio y quinto de mejoría» (3).

Cuando el testador impone válidamente, con arreglo á las leyes, á su hija y heredera el gravamen de mejorar en los bienes libres de su caudal á su nieto, hijo de ésta, la heredera no puede disponer á su voluntad por testamento ni en otra forma de la parte de bienes en que consistía la mejora (4).

Para evitar que la mejora sea inoficiosa, tiene dispuesto la ley que en los casos en que excediese de la cantidad permitida por ella, valga sólo en cuanto cupiere en el tercio y quinto del caudal del testador (5).

Otorgado por dos cónyuges un codicilo, en el que para remunerar los servicios y buenas obras de un hijo ordenaron que llevara por vía de mejora ó como más hubiera lugar en Derecho, y en clase de usufructo por los días de su vida, el tercio de sus bienes, después de deducido el quinto, con facultad de poderlo consumir si se viese necesitado, y no llegando este caso, por su muerte se dividiera con igualdad entre los demás sus herederos expresados en su testamento: entendidas llanamente y como suenan, según ordena la ley, las palabras de los consortes en ese codicilo, establecen la mejora, en clase únicamente de usufructo, del tercio de todos sus bienes, después de deducido el quinto á favor de su hijo por los días de su vida; sin que pueda admitirse que la facultad que le otorgaron de consumirlo, si se viese necesitado, le transmitiera la propiedad de los mismos, porque esto alteraría la naturaleza esencial de la servidumbre personal de usufructo que afecta siempre á una cosa ajena, ni por ello implicara tampoco ninguna condición suspensiva, en cuanto á la adquisición de tal propiedad por los que debían obtenerla en el caso previsto en dicho codicilo y testamento de los propios consortes (6).

(1) Sent. 6 Marzo 1891.

(2) Sent. 19 Diciembre 1862.

(3) Sent. 4 Abril 1865.

(4) Sent. 3 Octubre 1867.

(5) Sent. 3 Octubre 1867.

(6) Sent. 20 Noviembre 1878.

## ART. II

## CÓDIGO CIVIL

## § 1.º

## Texto.

## 21. Precedentes.

Base 16.<sup>a</sup>, 2.º párrafo. El haber hereditario se distribuirá en tres partes iguales: una que constituirá la legítima de los hijos, otra que podrá asignar el padre á su arbitrio como mejora entre los mismos, y otra de que podrá disponer libremente.

Art. 808. Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora á sus hijos y descendientes legítimos.

La tercera parte restante será de libre disposición.

## 22. I. CONCEPTO LEGAL DE LAS MEJORAS.

Art. 823. El padre ó la madre podrán disponer á favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes de una de las dos terceras partes destinadas á legítima.

Esta porción se llama mejora.

Art. 825. Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple ó por causa onerosa, en favor de hijos ó descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar.

Art. 828. La manda ó legado hecho por el testador á uno de los hijos ó descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser esta su voluntad, ó cuando no quepa en la parte libre.

## 23. II. ESPECIES DE LAS MEJORAS.

## a. Mejora por contrato y por testamento.

Art. 1.271, par. 2.º

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme el art. 1.056.

Art. 825. (Antes inserto.)

Art. 828. (Antes inserto.)

## b. Promesa de mejorar y no mejorar.

Art. 826. La promesa de mejorar ó no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida.

La disposición del testador contraria á la promesa no producirá efecto.

## c. Mejoras revocables é irrevocables.

Art. 827. La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será