

ni reducir dicho tercio de legítima, y, por el contrario, confirman y garantizan su integridad los arts. 814 á 822.

Es, por tanto, evidente, que esa posibilidad de excepción que permite ciertos gravámenes en bienes de la legítima lata, formada por los dos tercios, se concreta á uno de ellos cuando deja de ser legítima y toma el concepto legal de *mejora*.

Á tal supuesto es aplicable, en primer término, por aquella general referencia del primer párrafo del art. 813, el art. 824, al ordenar que, «no podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los *legitimarios* ó sus descendientes».

El fundamento, en este art. 824, de esta mayor libertad en la imposición de gravamen en el tercio destinado á mejora, comparado con el criterio absolutamente prohibitivo del 813, respecto del tercio correspondiente á la legítima estricta, es resultado lógico del concepto de ambos tercios. En el de mejora, es natural que pueda el ascendiente mejorante, lo mismo por testamento que por contrato, usar de esa facultad relativa que implica la facultad de mejorar, y que quepan *dentro de ella* todas las variedades y accidentes que su voluntad le imprima, ya para aplicar la totalidad de la mejora en favor de un solo descendiente en pleno dominio, sin cargas reales ni personales ú obligaciones ó pensiones á satisfacer por cuenta de la mejora, ya para aplicar distribuyéndola entre varios, ya haciendo partícipes á otros, si no de bienes en que la mejora consista, de derechos de usufructo, de uso, de habitación ó de servidumbre, renta vitalicia, alimentos, de gastos de educación, satisfacción de ciertas deudas; que no significa otra cosa sino el influjo de la soberanía civil del mejorante, mejorando bajo distintas formas á unos y á otros, y haciendo uso de la libertad que la ley le concede para mejorar, según su pensamiento y su voluntad lo consideren necesario, atendidas las circunstancias del caso.

Si en las formas y combinaciones de la aplicación de las mejoras á los mejorados, no existe otra restricción que la genérica de lo que sea lícito y posible, según el Derecho, en todos los actos jurídicos, en general, por obra y disposición exclusiva de la voluntad del mejorante, no sucede lo mismo en cuanto á la aplicación de esas diferentes formas ó especies de mejoras con gravámenes sobre bienes objeto de ellas, ó sobre la responsabilidad singular del mejorante, respecto de las personas en cuyo favor pueden establecerse esos gravámenes, personas, á su vez, también mejoradas, en orden al beneficio que la responsabilidad de aquél les produce, ya que dichas personas no pueden ser otras que las que tienen capacidad legal especial para ser mejoradas; y eso es lo que significan, y no otra cosa, las palabras finales del art. 824, de que esos gravámenes sólo son válidos en cuanto «se establezcan en favor de los *legitimarios* ó sus descendientes». Ciertamente es que la palabra *legitimarios*,

ó sea herederos forzosos que acreditan derecho á legítima, no es muy apropiada, porque comprende á otras personas que á los hijos ó descendientes legítimos, únicos susceptibles de ser mejorados; pero, por esto y por el concepto legal de la mejora, ya explicado (1), aunque no sea feliz la nomenclatura de *legitimarios*, se hace muy violento darla interpretación extensiva, y hay que entender que estos gravámenes que autoriza á imponer sobre la mejora el art. 824, han de ser establecidos en favor única y exclusivamente de aquéllos (2).

Lo propio sucede con otro gravamen, como el de *sustitución fideicomisaria*, el cual no está permitido en el tercio destinado á legítima; pero sí en el de mejora, que, según el art. 782, sólo podrá hacerse dicha sustitución, recayendo la mejora en favor de los descendientes.

Estos gravámenes tienen el carácter de *voluntarios*; pero puede existir algún otro que afecte á las mejoras y que ha de calificarse de *legal*, por ser producto del ministerio de la ley, cual es aquel que ya reconoce el final del art. 813, aun refiriéndose á las legítimas, en general, es decir á los dos tercios cuando no haya mejora, al decir, «salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo», y el precepto explícito del 835, conforme al cual, «la porción hereditaria asignada en usufructo al cónyuge viudo, deberá sacarse de la tercera parte de los bienes destinada á la mejora de los hijos», haya habido ó no mejora, porque el propósito del Código responde á dos fines, á saber: que por título alguno se merme ni disminuya el tercio de la legítima estricta, ni se reduzca tampoco la esfera de acción de la voluntad del testador en cuanto al tercio de libre disposición.

Sólo en el caso especial de concurrir hijos de dos ó más matrimonios, el art. 839 establece la excepción de que «el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias, se sacará de la tercera de libre disposición de los padres», es decir, del cónyuge que haya causado la sucesión, puesto que ese plural de *padres* no es un modo muy acertado de expresar la idea, aunque no ofrece duda el pensamiento de la ley y la excepción más ó menos justificada, por caprichosa, que dicho artículo establece.

e. Por sus efectos, que es otro punto de vista diferente de los anteriores para su consideración, las mejoras admiten todas las distinciones á que pueden dar lugar, según que se ordenen *directamente*, y, en este caso, *puramente, bajo condición ó á plazo*; supuestos que, respectivamente, se rigen por las reglas generales correspondientes á estos ele-

(1) Núm. 32 de este capítulo.

(2) Á diferencia del criterio más amplio de la ley 27.^a de las de Toro, que autorizaba á imponer gravámenes y condiciones, aun á favor de extraños, cuando faltaran parientes, y entre ellos sólo á favor de los más próximos.

mentos accidentales (1) de los actos jurídicos y por las especiales propias de la institución de heredero, cuya naturaleza similar, para este fin, tienen las mejoras en los diferentes artículos del Código que regulan aquélla (2); ó según que se ordenen *indirectamente* por la forma de sustitución fideicomisaria, en el caso especialísimo del art. 782, antes explicado (3).

Si la condición que se impusiere por el padre ó ascendiente mejorante, á los hijos ó descendientes mejorados, consistiere, por ejemplo, en la continuación de una industria por él practicada, manteniendo establecimiento fabril, explotación agrícola, patronato benéfico ó cualquiera institución, de suerte que se reputaran mejorados tan sólo aquellos de sus herederos, hijos ó descendientes, que realizaran tal deseo del testador, podría suceder:

1.º Que cumplieran dicha condición todos, en cuyo caso no existiría mejora, puesto que no había ninguno de mejor condición que otros, ya que todos cumplían la condición que para la mejora había impuesto el padre.

2.º Que no aceptara ninguno de los hijos la condición impuesta por el padre, como base de la mejora de proseguir la industria, ó aceptara el encargo expresado por el padre en el concepto de condición de aquélla. En esta hipótesis, tampoco habría mejora por incumplimiento de la condición en que se funda ó falta del supuesto para que se ordenó.

3.º Que aceptara uno ó más de los varios hijos ó descendientes instituidos con esta condición ó deseo del padre de proseguir la industria referida, pero no todos. Los que acepten se reputarán mejorados y distribuirán entre sí el tercio destinado á mejoras; los demás no percibirán más que la legítima corta, ó sea el otro tercio del caudal repartido entre ellos y los demás hijos mejorados.

4.º Si aceptan dos ó más, por ejemplo, la condición impuesta por el mejorante de continuar la industria referida, y después de hecha la división del caudal, ó antes de ultimarse, alguno ó algunos de ellos desisten, claro es que pierden la mejora, que cede toda en beneficio de los que continúen dicha industria y se mantienen en la aceptación prestada; pero no por derecho de acrecer, que no puede existir entre comejorados, según el art. 985, sino por el cumplimiento de la condición bajo la cual se ordenó la mejora.

5.º En el caso de resultar mejorados y no mejorados, porque unos aceptan y cumplen la condición impuesta por el mejorante de proseguir la industria de que se trate, ¿deberán garantizar de algún modo á

(1) Núms. 19 á 23, cap. 19.º, t. II, 2.ª edic.

(2) En los núms. 8 á 16, cap. 12.º de este tomo.

(3) Núm. 60, cap. 13.º de este tomo.

los no mejorados la parte de que les priva la mejora, para el supuesto de que más tarde los mejorados incumplan la condición ó no la satisfagan en todos sus extremos, por ejemplo, en el del plazo por el que la industria debía ser continuada, si se señaló, como es probable, y deba la mejora volver á la herencia y distribuirse como acrecimiento á la legítima entre todos los partícipes que la acrediten? La solución afirmativa es indudable, si se tiene en cuenta que la mejora ordenada en esos términos, constituye no sólo una institución condicional, sino *sub modo* ó con un fin determinado, y se hace preciso asegurar las resultas de devolución en el caso de incumplimiento de dicha condición y fin, mediante una garantía.

III. ELEMENTOS PERSONALES.

37. Se comprende en este epígrafe, qué personas pueden mejorar y ser mejoradas.

a. Quiénes pueden mejorar.

El art. 823 del Código civil contesta, diciendo, «el padre ó la madre podrán disponer en favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes de una de las terceras partes destinadas á legítima», cuya porción se llama *mejora*. Luego pueden mejorar los *padres* y los demás *ascendientes*, pues aunque el artículo dice sólo padre ó madre, añade á la palabra «hijos» la de «descendientes», de lo cual se deduce claramente que son *todos los ascendientes* los que pueden mejorar.

El Derecho anterior, ya expuesto (1) acerca de este punto, contenido en las leyes 19.ª y 31.ª de las de Toro (2), estableció en la primera de ellas como facultad personalísima del mejorante la de señalamiento de cosas ó bienes en pago de la mejora, sin que pudiera cometerse á persona alguna; pero esta delegación cabía en el caso de testamento por comisario, hecho con poder especial, conforme á la segunda.

El Código ha establecido doctrina más radical; ha modificado la primera con el art. 830, que no se limita á declarar personalísimo el derecho de designación de bienes para pago de la mejora, sino que lo extiende á la facultad total de mejorar, en términos absolutos y con las palabras «no puede encomendarse á otro», y ha derogado la segunda por el 670 (3), que suprime el testamento por comisario, declarando que «es un acto personalísimo y no podrá dejarse su formación, ni en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario, ni tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.

(1) Núm. 11 de este capítulo.

(2) LL. 3.ª, tit. 6.º, y 1.ª, tit. 19, lib. X, Nov. Rec.

(3) Explicado en el núm. 23, letra a, cap. 6.º de este tomo.

Pero como la mejora puede hacerse, también, por contrato ó acto entre vivos, y á esto no es aplicable el 670, hay que estar á la generalidad absolutamente prohibitiva de los términos del art. 830, y cualquiera que sea, por contrato ó por testamento, la forma en que la mejora se ordene, subsiste la prohibición de encomendar á otro la facultad de mejorar por el mejorante; debiendo entenderse extensiva esta prohibición al caso de la promesa de mejorar ó no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, que regula el art. 826, y sometida también esta especie á la prohibición general que sin distinción alguna establece el 830 (1).

(1) Á esta materia se refieren algunos párrafos de dos Memorias anuales del Tribunal Supremo, en estos términos:

«No es el art. 830, estudiado en abstracto, de los que se prestan á dudas acerca de su inteligencia é interpretación; pero ha ocurrido con el precepto que contiene lo que frecuentemente con las leyes más claras y precisas, á saber: que ofrece la realidad una diversidad tal de casos en sus circunstancias y matices y que no siempre es igualmente fácil la aplicación del derecho, ó sea su adaptación á determinados hechos, y aun cuando, por regla general, he rehuído en Memorias anteriores hacerme cargo de tales casos, por constituir dificultades que se derivan no de la ley, sino de la variedad, en la vida de las relaciones humanas, la especialidad del resuelto por esta Sala, con referencia á dicho artículo, me mueve á llamar la atención acerca del mismo. Tratábase de un abuelo que mejora indeterminadamente al nieto que se casase con consentimiento del padre para quedar al frente de la casa petrucial, y se litigó en el pleito sobre la validez de dicha mejora, pretendiendo los que sostenían su nulidad que una mejora así hecha infringía el terminante precepto del expresado art. 830, puesto que esto equivalía á dejar á merced del padre que había de prestar su consentimiento para el matrimonio la eficacia de la mejora; pero esta Sala ha mantenido su validez inspirándose en el sentido y espíritu del artículo siguiente, que demuestra no ser tan absoluto el precepto del anterior; porque es el abuelo quien hace directamente la mejora, aunque dejando incierta la persona del mejorado mientras no se cumpliera la condición del matrimonio, y porque de todas suertes no queda á merced exclusiva del padre tal designación, porque aunque tuviera que intervenir para prestar su consentimiento en el matrimonio, que era la condición de la mejora, tampoco podía realizarse éste sin el del hijo, ó sea el nieto mejorado.»—*Memoria anual del Tribunal Supremo de 1899.*

¿Puede el padre que mejora á uno de sus hijos, conferir á éste la facultad de elegir los bienes que hayan de constituir la mejora? Esta fué otra de las cuestiones resueltas en la misma *sentencia de 16 de Junio próximo pasado*, que juzgo importante, no sólo por su intrínseca trascendencia, sino porque los textos legales aplicados para su resolución fueron interpretados por el Tribunal sentenciador con un criterio distinto del que ha predominado en el Supremo, el cual ha entendido que no es *delegable* dicha facultad.

Con ser, por su esencia, personalísimo el acto de testar, puesto que, como expresión de la voluntad del testador, no se comprende lógicamente y racionalmente que tal expresión se reduzca á delegar en un tercero el ejercicio de la facultad, es evidente que en el actual Código resalta más este personalísimo, abolido, como lo está ya, el testamento por comisario, y terminantemente dispuesto en el art. 670 que no puede dejarse su ejecución, ni en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero; y bien puede aventurarse la opinión de que, dadas las condiciones propias y naturales de esta institución jurídica, aun cuando no existiera el precepto del art. 830 del Código, según el que la facultad de

Una sola excepción á la regla general prohibitiva del art. 830, pero muy importante y muy extraña al Derecho de Castilla, anterior al Código civil, contiene el art. 831, innovación que tiene su precedente, puede decirse que literal, en el art. 663 del Proyecto de 1851, cuya justificación hace Goyena (1) en los siguientes términos: «En casi todos los contratos

mejorar no puede encomendarse á otro, no hubiera nunca debido entenderse que no pudiendo nadie delegar en tercera persona la facultad de disponer de sus bienes, de hacer su distribución y adjudicación para después de su muerte, hubiese tenido potestad para delegar la facultad de mejorar, sólo porque fuese otorgada en testamento, y mucho menos si lo era en otra forma. Todo, absolutamente todo lo que sea disposición de los bienes para después de la muerte, reviste un absoluto carácter personal y no existe el más pequeño fundamento, no ya legal, pero ni racional siquiera, para estimar que lo que no puede hacerse con relación al todo, valiera hacerlo en cuanto á las partes de este mismo todo, en cuanto á lo que constituye sus elementos, pues esto equivaldría á desvirtuar y aun anular radicalmente el principio de la prohibición. No me parece, pues, que sea temerario opinar que dentro del sentido y economía del Código en cuanto hace referencia á la institución jurídica de la testamentifacción, no había gran necesidad de consignar la disposición del art. 830, porque el principio tan personal en que aquella descansa, no tiene más excepción, si como excepción puede considerarse, que la del art. 831, cuya prescripción es bastante análoga á la del Derecho catalán, y sólo prevé un caso de abintestato. Ahora bien, porque el Código, con verdadera redundancia, haya consignado el precepto de que no puede concederse á otro la facultad de mejorar, supuesto el fundamento del mismo, el fundamento de la institución, ¿sería lógico deducir que no comprendiéndose en la prohibición la facultad de elegir la cosa en que hubiese de consistir la mejora, podía conferirse esta facultad á un tercero ó al mismo mejorado? Esto, por lo expuesto, sería racionalmente ilógico y contradictorio fundamentalmente con el principio sobre que se basa la institución jurídica de la testamentifacción condicionada con el régimen de las legítimas. Lo lógico, lo que se halla en absoluto conforme con dicho principio, es la conclusión contraria, porque cabe perfectísimamente dentro de él, porque no es sino una consecuencia derivada, naturalmente, del mismo. Si la disposición del art. 830 fuese aislada, si no tuviera relación ni conexión con ninguna materia de las reguladas en el Código, podría razonarse la interpretación opuesta diciendo que debe entenderse lícito todo aquello que la ley no prohíbe; pero semejante raciocinio, aplicado al caso que nos ocupa, sería esencialmente falso, por no ser cierto que la ley nada disponga sobre la materia á que las mejoras se refieren, porque lo que es expresión de la voluntad debe formularse. Menos importancia tiene la materia de legados que la de mejoras, y ha sido menester que al escribir el legislador el art. 876 del Código, otorgue expresamente al testador la facultad de dejar al legatario ó heredero la elección de la cosa genérica legada, y eso que, tratándose de otra genérica determinada ya por la naturaleza del género, podría, sin tanta violencia, entenderse concedida implícitamente dicha facultad; pero cuando la mejora sólo se determina por su cuantía con relación al caudal hereditario, cuando tanto afecta á la legítima de los herederos no mejorados, cuando tanta diferencia puede resultar en las particiones de adjudicar una cosa, aunque represente, pericialmente tasada, con el mismo valor que otra, es inadmisibles en la esfera puramente racional, aparte la legal, que distinta persona que el padre sea quien exprese la extensión del beneficio, pues que de otra suerte se corría el riesgo de contradecir su verdadera intención, que acaso pudiera no coincidir con la del beneficiado ó la del tercero á quien fuese encomendada la designación de la cosa.»—*Memoria anual del Tribunal Supremo de 1902.*

(1) *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, t. II, pág. 107.

ó capitulaciones matrimoniales de las provincias de Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente, en el caso de haber muerto intestado su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando á uno más ó menos que á otro. Esta facultad era de suma importancia, atendida la legislación foral, por la que venía á ser casi nominal la legítima de los hijos. Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda, y se conservaba así la disciplina doméstica, á más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaría.»

Dice así el art. 831: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior—que la facultad de mejorar no puede encomendarse á otro—, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo ó viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, á su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.»

La lectura detenida de este texto legal hace observar, desde luego, que no sólo se trata de una excepción al art. 830 y, por tanto, de una disposición especial relativa á mejoras, en cuyo lugar del Código figura, sino que sus preceptos son más comprensivos y alcanzan á resonancias distintas con otras materias, siendo preciso concordarle con varios artículos del Código, que viene á modificar y completar en diferentes aplicaciones, á saber:

1.^a La de los arts. 669 y 670, prohibitivos de las formas de testar mancomunada y por comisario, que tienen en el 831 una excepción de su generalidad, absolutamente prohibitiva, ya en cuanto que la estipulación que autorizan las capitulaciones matrimoniales y los efectos especiales que para la distribución de la herencia del cónyuge premuerto *ab intestato* han de producirse respecto de los hijos que tuvieran, después de celebradas aquéllas por los contrayentes, constituye una verdadera disposición testamentaria, que, si el pacto es recíproco, tiene cierto aspecto de *mancomunidad*, y desde luego, sea uno ó sean los dos los que estipulen para su muerte respectiva *ab intestato*, semejante capitulación matrimonial, en el fondo de ella se percibe la nota de *delegación* característica del testamento por comisario; por todo lo que, en realidad, y bajo estos respectos, es el art. 831 concordante y expresivo de una excepción respecto de los 669 y 670, ya explicados (1).

2.^a La de los arts. 894, 902 y 904, relativos á las clases y facultades de los albaceas, en cuanto en este art. 831 se percibe el fondo de una

(1) Núm. 23, letras a y b del cap. 6.º de este tomo.

especie de *albaceazgo universal*, por lo que autoriza, para la ejecución de la capitulación matrimonial que así lo establece, al cónyuge superviviente, en cuanto al cumplimiento de la misma, que le confía para después de su muerte, y dada su equivalencia en este sentido de disposición testamentaria.

3.^a La del pár. 2.º del art. 1.271 (1), que al prohibir los pactos sucesorios, en general, y hacer salvedad tan sólo del supuesto del art. 1.056, relativo á la práctica entre vivos de la división de un caudal, omite, lo mismo que otras, una excepción más, que es la que se deriva de la hipótesis á que se refiere este art. 831.

4.^a La del art. 1.057, en cuanto prohíbe la facultad de hacer la partición á los coherederos, en cuya prohibición está incluido el viudo ó viuda por su carácter de tal (2), y sin embargo, el 831 establece una excepción permisiva de índole extraordinaria, dadas las extensas facultades que otorga al cónyuge sobreviviente, no sólo para la mejora de los hijos comunes, sino para la distribución entre ellos, á su prudente arbitrio, de los bienes de su consorte.

5.^a La del 1.326, que establece como principio general y absoluto que, después de celebrado el matrimonio, no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros; y, sin embargo, el art. 831 parece que modifica ese carácter absoluto é irreformable de las capitulaciones, en las que se concediera por un cónyuge á otro esa facultad, si el que la concedió la anulaba ó hacía imposible por disposición testamentaria ulterior; pero no es así, realmente, porque dicha autorización no fué dada sino para el caso de fallecimiento *ab intestato*; y, por tanto, subsiste el principio legal de *inalterabilidad* de las capitulaciones matrimoniales del art. 1.320, á pesar del 831.

Además de esta complejidad *externa*, de relación con otros preceptos del Código, aparte su naturaleza extraña y su carácter exótico en el tradicional Derecho de Castilla—incluido en el Código, sin duda, con el generoso deseo, por parte de sus redactores, de buscar criterios de unificación con el Derecho foral, especialmente de Cataluña (3), inspirados

(1) Inserto y explicado en el núm. 342 y 47, cap. 10.º del t. IV y núm. 41, cap. 2.º de este tomo.

(2) Así lo tiene declarado también el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de Febrero de 1892.

(3) El Sr. Falcón—ob. cit., t. III, pág. 232—, entre otros, considera esto una institución semejante á la conocida en el Derecho foral de Cataluña con el nombre de *herederos de confianza*. No cabe desconocer algunas analogías; pero la verdad es que son dos instituciones sustancialmente distintas, la foral indicada y el supuesto del art. 831, ya que aquella especie jurídica foral es generalmente producto de disposiciones testamentarias, y ésta del Código ha de ser precisamente pactada en capitulaciones matrimoniales en aplicaciones al fallecimiento *ab intestato* del cónyuge que la estableció, y más que representativa, supletoria del testamento del mismo.

en un sentido de armonía, bien poco correspondido —, ofrece dicho artículo una manifiesta complejidad *interna*, que exige, para su mejor explicación, un examen analítico de todas sus particularidades. Son éstas: 1.^a, que un cónyuge resulte autorizado por el otro, ó mutuamente, de modo expreso, para hacer uso de la facultad extraordinaria de *distribuir* á su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos á los hijos comunes, y que sobreviva al que le autorizó; 2.^a, que dicha autorización conste por pacto expreso y precisamente en las capitulaciones matrimoniales, celebradas con anterioridad al matrimonio y no en otra forma ni instrumento alguno y, por tanto, que se celebre el matrimonio de que aquéllas son precedente; 3.^a, que el cónyuge premuerto fallezca *ab intestato* ó no haya otorgado disposición que modifique el pacto de las capitulaciones, lo cual puede tener lugar total ó parcialmente; 4.^a, que sobrevivan al fallecimiento del cónyuge premuerto *varios hijos comunes*; 5.^a, que el cónyuge superstite no contraiga nuevas nupcias, ó mejor, no las haya contraído *antes* de hacer uso de aquella autorización y de cumplir el encargo del premuerto; 6.^a, que haga uso de aquella autorización sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.

En directa explicación de cada una de ellas observaremos las circunstancias siguientes:

Primera. Autorización de un cónyuge y supervivencia del otro.

Comprende esta circunstancia, no sólo los dos hechos capitales que son base de aplicación del supuesto del art. 831, la autorización del cónyuge premuerto que la otorgó y la supervivencia del otro que ha de ejercerla ó autorizarla, sino que presupone, aunque este artículo no lo diga, la necesaria condición de la subsistencia del matrimonio en su *normalidad*, al tiempo de disolverse por la muerte del cónyuge que otorgó semejante autorización al otro en las capitulaciones matrimoniales.

Esto quiere decir que ni la *separación de bienes*, cualquiera que sea la causa que la motive, es igual á la disolución por muerte, y según declara el art. 1.440 (1), «no autorizará á los cónyuges para ejercitar los derechos estipulados en el supuesto de la muerte de uno de ellos» — cual es el del caso del art. 831 — ni tampoco, por tanto, el *divorcio*, como una de las causas que producen aquella separación, pues aunque subsista el vínculo matrimonial, los efectos de aquél originan la separación de bienes, así como la disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales, y anulan todas las donaciones y promesas del inocente al culpable, con arreglo á los arts. 1.433, 1.434 y núms. 3.º y 4.º del 73, aparte de que mal se concibe la compatibilidad de la confianza y cordialidad que representa el supuesto en que se inspira el art. 831, con la situación

(1) Explicado en el núm. 12, cap. 22.º, t. V. 2.ª edic.

anormal que el divorcio engendra entre los cónyuges; ni menos, por último, en el caso de declaración de *nulidad del matrimonio*, porque falta el supuesto capital del mismo, y aunque el art. 72 dice que «la ejecutoria de nulidad producirá, respecto de los bienes del matrimonio, *los mismos efectos que la disolución por muerte*», no puede concordarse en modo alguno tal generalidad con la hipótesis del 831, que para su aplicación parte de la indispensable base positiva de la muerte efectiva y real y consiguiente sucesión hereditaria de uno de los cónyuges; hipótesis, que no se cumple en el caso de nulidad del matrimonio, además de que dicha nulidad arrastra la de las capitulaciones matrimoniales en que aquella facultad se otorgara.

Segunda. Pacto expreso en capitulaciones matrimoniales.

Se trata de una forma legal *solemne* y *única*, en la cual, precisamente, ha de constar la autorización de un cónyuge al otro, á que se refiere el art. 831, y no en otra forma alguna, para su validez. La razón de origen de este precepto, por su procedencia del Derecho foral, en que así se practica, explica lo exclusivo y excluyente de este elemento *formal*. La única duda que puede ofrecerse es la de, si se estimará cumplido este requisito indispensable de forma, no sólo mediante el otorgamiento en escritura pública ante notario, con arreglo al núm. 3.º del art. 1.280 y al art. 1.322, sino en el caso de autorizarse por secretario de Ayuntamiento, donde no hubiese notario, si los bienes aportados por los cónyuges no fueran inmuebles y el total no excediera de 2.500 pesetas. Algunos comentaristas se inclinan á la negativa, por entender que dicha autorización del art. 831 y el pacto en que se consigne en las capitulaciones matrimoniales, se refiere á distribución de los bienes del cónyuge difunto, cuya cuantía se ignora cuál será al tiempo de su muerte, siendo de presumir que sea mayor del referido tipo mínimo que figuró como aportación de ambos cónyuges en las capitulaciones matrimoniales, necesita tal pacto, para su validez, que éstas siempre sean autorizadas por notario y no por el secretario del Ayuntamiento, en el caso que el Código lo permite. No suscribimos á esta opinión, porque nos parece violenta la interpretación de la ley, ya que el art. 831 sólo exige que se consigne en capitulaciones matrimoniales válidas, y éstas lo son, según los casos, lo mismo autorizadas por uno que por otro testimonio de fe pública; además de que nunca se han fijado las solemnidades de las disposiciones testamentarias, cuya equivalencia jurídica tiene la autorización del art. 831, por razón de la cuantía que pueda resultar de la liquidación del caudal hereditario.

Es condición complementaria del requisito formal de las capitulaciones matrimoniales, el que se celebre y no se anule el matrimonio para el cual se otorgaron, á fin de que no caigan bajo la sanción del art. 1.326, de que «todo lo que se estipule en las capitulaciones ó contratos á

que, se refieren los artículos precedentes bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará nulo y sin efecto alguno en el caso de no contraerse».

Tercera. Fallecimiento AB INTESTATO del cónyuge autorizante al del otro cónyuge autorizado.

El primer extremo se reputa cumplido en cualquiera de los casos en los que el art. 912 del Código establece que la sucesión legítima tiene lugar, por inexistencia, nulidad ó invalidación del testamento, por no tener institución de heredero, en todo ó en parte de los bienes que correspondan al testador, por faltar la condición impuesta á la institución de heredero, ó morir éste antes que el testador, ó repudiar la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer, ó ser incapaz de suceder el heredero instituido.

Del examen de las causas anteriores resultan dos observaciones:

1.^a Que lo mismo en el caso de inexistencia que en el de nulidad ó invalidación del testamento del cónyuge autorizante, según el art. 831, la sucesión intestada, cualquiera que sea el tiempo que después de su muerte transcurra hasta que recaiga la sentencia firme declarando la nulidad ó la invalidación del testamento, se retrotraerá á la fecha de su fallecimiento para todos los efectos de la aplicación de aquél, con arreglo al art. 657, á cuyo tenor los derechos á la sucesión de una persona se transmiten á la fecha de su muerte.

2.^a Que dicho *ab intestato* puede ser *total* ó *parcial*, según que no exista ó no subsista disposición testamentaria que rijan la sucesión de que se trate; ó según que exista una incompleta que no comprenda reglas y aplicaciones bastantes para la sucesión en todo el caudal hereditario, en cuyo caso la sucesión legítima tendrá lugar únicamente en cuanto á los bienes de que no hubiese dispuesto el testador, que es á la vez intestado respecto de los mismos.

En ambas situaciones tendrá aplicación total ó parcial, respectivamente, la autorización que, según el art. 831, hubiera otorgado el cónyuge premuerto al superstite, á los efectos de distribuir á su prudente arbitrio los bienes del difunto en su totalidad ó en la parte que no dispuso de ellos, y mejorar en los mismos, si es que la disposición parcial que hizo lo permite ó hasta donde lo permita, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el difunto.

Cuarta. Supervivencia, al fallecimiento del cónyuge premuerto, de varios hijos comunes.

Que éstos sean varios, y no uno solo, ó sea la nota de pluralidad, la hacen indispensable los fines de la autorización de un cónyuge á otro en capitulaciones matrimoniales que, según el art. 831, son aquellos dos: *distribuir* á su prudente arbitrio los bienes del difunto y *mejorar* en ellos á los hijos comunes, puesto que no cabe distribución ni mejora sino cuando los hijos sean varios.

Más dudas ofrecen las palabras *hijos comunes*, entre los cuales ha de hacerse la distribución, en los que ha de recaer la mejora, hecha por un cónyuge, autorizado por otro en capitulaciones matrimoniales, según el art. 831.

Si se atiende al origen foral de este precepto y su práctica, principalmente en Cataluña, á que se habla de *mejoras* y á que el artículo forma parte de la sección del Código que de ellas trata y al concepto legal de mejoras que es aplicable lo mismo á los hijos que á los descendientes, así como al principio jurídico convertido en norma de jurisprudencia (1), según el Derecho anterior al Código, de que la palabra *hijos*, en materia de sucesiones, comprende generalmente á los *descendientes*, y aunque, dentro del Código mismo, los arts. 924 y 925 sancionan el derecho de representación, si bien están escritos para la sucesión intestada, y en este caso la distribución ó mejora á los hijos comunes de los bienes del difunto, hecha por el cónyuge sobreviviente en virtud de la autorización que el premuerto le otorgara en las capitulaciones matrimoniales, equivale más á una forma de sucesión testada *indirecta*, si bien, por otra parte, la base de aplicación del art. 831 es el supuesto del fallecimiento *ab intestato* del cónyuge premuerto, pudiera entenderse que en la frase *hijos comunes*, del art. 831, han de considerarse incluidos los nietos y demás descendientes comunes ó procedentes del matrimonio, en cuyas capitulaciones se otorgó á un cónyuge por el otro la autorización del art. 831.

Si se tiene en cuenta que, á pesar de su inmediación respecto de otros, como los 823, 825, 828, 833 y hasta el 808, que todos ellos usan las palabras hijos y descendientes, refiriéndose á las mejoras, éste art. 831, emplea tan sólo la palabra hijos y suprime la de descendientes, debiendo suponer en el legislador la debida deliberación en la dicción que emplea y dado el carácter excepcionalísimo del mismo, no deja de ser violento y poco recomendable darle este sentido extensivo, tan sólo por aquellas generales razones contra su manifiesto tenor literal.

Nosotros, pesadas unas y otras consideraciones, creemos más prudente mantener su inteligencia y aplicación exclusivamente respecto de los hijos comunes, como reza su letra, pero no de los demás descendientes, mientras no recaiga al menos una declaración de la jurisprudencia que lo autorice.

Quinta. Que el cónyuge superstite continúe viudo ó no haya contraído nuevas nupcias.

(1) Sents. 23 Diciembre 1858 y 31 Marzo 1873, insertas en el t. II de esta obra, núm. 17, cap. 10.º, 2.ª edic.; á cuyas citas de jurisprudencia añadimos en la nota 2 esta observación: «Creemos, sin embargo, que esta doctrina no puede aceptarse como incondicional sin graves riesgos de error, y que el fijar el alcance de la palabra *hijos*, habrá de deducirse principalmente del espíritu y letra de las cláusulas.»