

Es circunstancia que, conjuntamente con las demás establecidas en el art. 831, determina la capacidad legal del cónyuge superstite para usar de la autorización del art. 831 que le concedió el premuerto, la de que al ejercerla «no haya contraído nuevas nupcias»; lo cual significa tan sólo que continúe viudo al *tiempo* de hacer la distribución de bienes del cónyuge difunto ó mejora en ellos á favor de los hijos comunes de ambos, pero no de modo alguno que constituya una prohibición para contraerlas *después* de usada aquella facultad y cumplido aquel encargo, ni nada que se le parezca á semejante condición establecida por el art. 793, como una de las que pueden afectar á la institución de heredero cuando se impone por el difunto consorte al viudo ó viuda ó por los ascendientes ó descendientes de aquél; porque esta circunstancia de viudez simultánea al ejercicio de esa facultad y cumplimiento de ese cometido especial, tiene su natural fundamento en la garantía moral que representa y que asegura el buen uso que racionalmente es de esperar se haga de tal excepcional autorización por el cónyuge sobreviviente que permanece viudo al tiempo de hacerla, padre ó madre de aquellos hijos comunes en quienes ha de recaer, en el natural cariño é interés que le merezcan, de igual origen é intensidad que el que inspiraran al difunto y sin concurrencia con otro alguno semejante ni análogo, mientras que si hubiera celebrado nuevas nupcias y sobrevenido prole de éstas, podría quebrantarse, por lo menos, esta racional presunción.

Cierto es que, aun existiendo proles de dos matrimonios, el Código autoriza, como en el caso del art. 972, para que el viudo del primero pueda mejorar á cualquiera de los hijos ó descendientes procedentes del mismo en los bienes reservables; pero esto más confirma que destruye los fundamentos de la doctrina anterior y no necesita de aquella garantía moral de la falta de nuevas nupcias que exige el art. 831, puesto que el caso del 872 arranca de un acto de voluntad del que hace la mejora y no del uso de una facultad delegada por el otro, y además se refiere á bienes propios que disfruta, aunque tengan el título de *reservables*, y no á bienes ajenos, en los que se le faculta para distribuir ó mejorar.

Sexta. Que el uso de la autorización del 831 se realice sin perjuicio de las legítimas ó de las mejoras hechas en vida por el finado ó cónyuge premuerto.

Esta parte final del art. 831 representa el *régimen especial* que para el caso establece y la esfera de acción en que el mismo ha de desenvolverse, determinado por tres factores, á saber: la *ley*, según la cual ha de respetarse como intangible la porción legítima de los hijos, propiamente tal, corta ó estricta, consistente en la tercera parte de los bienes hereditarios, y sobre ésta ni el causante, padre ó madre premuertos, ni el cónyuge superstite, á nombre de la autorización especial del 831, pueden

hacer ni disponer nada que menoscabe su integridad, y por esto, es eso lo primero que ha de dejarse á salvo en el uso de aquella autorización, siendo nulo todo lo que se intente en contrario, la *voluntad* del cónyuge premuerto en cuanto á las mejoras que en vida hubiere ordenado en favor de alguno ó algunos de los hijos comunes, cualquiera que sea la forma ó especie de la misma, incluso la promesa de mejorar, lo cual constituye la segunda limitación á que ha de sujetarse el ejercicio de la facultad extraordinaria á que se refiere el art. 831, y la *voluntad* del cónyuge viudo sobreviviente para distribuir á su prudente arbitrio los bienes del difunto entre los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y mejoras antes indicadas.

Son dos las aplicaciones que de tal autorización puede hacer únicamente el cónyuge superstite, dejando á salvo las legítimas que por ley corresponden á los hijos, ó sea previa la división por iguales partes entre ellos del tercio destinado á legítima, y asimismo las mejoras ordenadas en vida por el padre ó madre en favor de alguno de los hijos comunes, aplicar, si quiere, á quien de ellos le plazca, y por título de mejora, lo que quede de dicho tercio no empleado en mejoras por el cónyuge premuerto, ó el total de dicho tercio, si no se había ordenado ninguna en vida de aquél, y, por último, *distribuir* ó aplicar, según le parezca, á su prudente arbitrio, es decir, *libremente*, ya que aquellas palabras no significan medida, tasa ni tipo de distribución, sino fórmula de equidad presumida por la ley en el padre ó madre que distribuyen, y que no admite contradicción posible, el tercio restante de libre disposición, entre los hijos comunes, en cualquiera proporción y cantidad.

Sin embargo, aunque la frase de «á su prudente arbitrio» parece que da al padre ó madre sobrevivientes un margen omnímodo de libertad ilimitada, y por consiguiente, hasta el extremo de poder aplicar todo el tercio de libre disposición á uno solo de los hijos, tenemos por indudable que el pensamiento del art. 831 no consiente esta solución, ya se atiende á que esas preferencias en favor de uno ó de varios con exclusión de los demás pueden quedar satisfechas con las mejoras, ya al significado del verbo *distribuir*, que sólo puede entenderse cumplido cuando todos los hijos, en más ó en menos, participen del tercio de libre disposición.

Respecto de esta parte de la herencia es de la que hay una plena *delegación* de la libertad de testar, ó de disponer, que tenía el cónyuge premuerto y autorizante, y en la que subroga, en el caso del art. 831, al superstite, si bien con una limitación virtual que nace del indicado verbo *distribuir*. Pero como el supuesto de dicho artículo es el del fallecimiento *abintestato* del cónyuge premuerto autorizante, resulta con ello sustituido el orden legal de la sucesión intestada de la línea recta descendente, regulado por los arts. 930 á 934, y derogado el criterio de *partes iguales* entre los hijos, que establece el 932.

Esta autorización del art. 831 puede otorgarse dentro de los términos generales del mismo, ó más ó menos regulada por la voluntad del cónyuge que la otorga, en la forma que determinen las capitulaciones matrimoniales en que se ha de consignar; y en este último caso han de cumplirse estrictamente las reglas que allí se establezcan. Entre ellas puede ser una la del tiempo ó plazo en que haya de cumplir el cónyuge viudo el encargo, y en el caso de no haberse determinado nada sobre el particular, habrá que estar, por analogía, á las disposiciones generales de las leyes y reglamentos, ya respecto del impuesto de derechos reales, ya del plazo legal del albaceazgo, según los arts. 904 á 906, cuyo término máximo común ordinario podrá llegar á dos años.

La nulidad de esta autorización, además de las causas generales que la producen en cuanto le sean aplicables, tiene como específicas aquellas que son antitéticas de las peculiares para su validez y fines privados, como son el conferir el encargo aunque se contraigan segundas nupcias por el cónyuge superstite, extenderle en perjuicio de legítimas ó de mejoras hechas en vida del finado, ó autorizar la distribución del tercio de libre disposición entre otras personas que no sean los hijos comunes, como pactos ilícitos que no caben entre los lícitos que permite el 1.316 en relación con el 1.255, que puedan establecerse en las capitulaciones matrimoniales.

La rescisión sobreviene siempre que se falta á las condiciones legales del encargo ó se incurre de hecho por el cónyuge autorizado en cualquiera de las de nulidad antes referidas.

Las acciones de nulidad, y rescisión de la partición, en la que existan causas que la motiven, durarán cuatro años, á tenor de lo dispuesto en los arts. 1.299 y 1.301, en relación con el 1.073; pero no será aplicable el recurso de rescisión, por lesión, de la partición, que establecen los arts. 1.074 y 1.076, cualquiera que sea la proporción y cuantía con que el cónyuge superstite haya distribuído entre los hijos comunes, suyos y del premuerto, el tercio de bienes de libre disposición.

Deja de subsistir también la autorización del art. 831, por no hacer uso de ella debidamente ó en el tiempo legal en que pudo hacerlo el cónyuge superstite, y no es transmisible á persona alguna; procediendo, entonces, aplicar las reglas de la sucesión intestada á la del cónyuge premuerto, padre ó madre, que la otorgó, salvo el respeto á las mejoras que en vida pudiera haber ordenado en favor de cualquiera de sus hijos.

Como especialidad, que no altera los términos generales de la doctrina, puede añadirse en este punto, la de que el art. 972 autoriza al padre ó madre, segunda vez casado, para mejorar en los bienes reservables á cualquiera de los hijos del primer matrimonio.

b. Quiénes pueden ser mejorados.

Por la explicación, ya hecha, de la Base *décimosexta*, segundo párrafo,

y de los arts. 823, sobre todo del 808 y demás concordantes que de los examinados hasta aquí, puede afirmarse que sólo los *hijos y descendientes legítimos* pueden ser mejorados por el padre ó ascendiente mejorado. Dentro de esta regla indudable para juristas y Tribunales que han estudiado y aplicado el Código, con alguna singularísima excepción (1), el único problema que se ha planteado, con discrepancia de opiniones, entre los comentaristas (2), y que se ha resuelto en el sentido afirmativo por algún Centro oficial técnico (3), y de igual manera, por el Tribunal Supremo (4), es el de si podían ser mejorados los nietos por el abuelo en vida de los hijos de éste y padres de aquéllos.

(1) Falcón, Código civil español, t. III, pág. 221, que, sin fundamento bastante, á nuestro juicio, opina que puede ordenarse la mejora en favor de hijos ó descendientes naturales, con perjuicio de los legítimos, y trata de justificarlo diciendo: «como que de intento no usa el Código, en el 823, de la palabra *legítimos*, como lo usa en otros casos»; remitiéndonos, en contradicción de este criterio, á lo expuesto en los números 33 y 36 de este capítulo.

(2) Opinaron por la afirmativa los escritores siguientes:

Alcubilla, Dic., t. VII, 5.^a edic., pág. 1.030, nota, y apénd. de 1896, suplemento.

Manresa, Código civil, 2.^a edic., t. VI, pág. 374.

Falcón, ob. cit., págs. 221, t. III.

López R. Gómez, *Derecho de sucesión*, t. I, pág. 656.

Q. M. Scavola, Código civil, t. XIV, págs. 434 y sigs.

Galindo y Escosura, *Comentarios á la ley Hipotecaria*, t. I, pág. 409, 4.^a edic.

Morell y Terry, *Revista de Legislación*, t. 83, págs. 262 y sigs.

Opinaron por la negativa los escritores siguientes:

Navarro Amandi, Código civil reformado, t. III, pág. 319.

Ramos, *De las sucesiones*, t. II, pág. 82.

G. Caminero, *Tratado teórico práctico sobre partición de herencias*, pág. 152.

Lozano de Sicilia, en su monografía *Interpretación del art. 834 del Código civil*, págs. 104 y sigs.

González Revollar, *Revista de Legislación*, t. 104, págs. 407 á 433 y 523 á 539, y t. 105, págs. 5 á 18.

(3) La Dirección general de los Registros, en su Resolución de 15 de Junio de 1898, publicada en la *Gaceta* de 2 de Julio siguiente, en la cual se considera que «en ninguno de los preceptos del Código civil que tratan de la facultad reconocida á los testadores y descendientes legítimos, se dispone que sólo puede ejercerse dicha facultad en favor de los últimos, cuando reúnan el carácter de herederos forzosos ó legítimos».

Que «en la hipótesis de que no según la letra de la ley, sino según el pensamiento genuino del legislador, los testadores sólo pueden usar de la facultad de mejorar á sus descendientes legítimos, cuando éstos reúnan el carácter de herederos legítimos, tampoco sería nula la mejora hecha por N. N. en favor de sus nietos, porque, con arreglo al art. 743 del mismo Código, las disposiciones testamentarias sólo son ineficaces en los casos expresamente prevenidos en el mismo, y entre éstos no se encuentra la mejora hecha á los nietos que no son herederos forzosos, ó sea, viviendo sus padres».

(4) En sentencia de 19 de Diciembre de 1903, cuyas declaraciones se transcriben en las tres finales del núm. 28 de este capítulo.

Á este caso se refiere, sin duda, el siguiente pasaje:

«Sobre el extremo de las mejoras, este Supremo Tribunal ha tenido que resolver una cuestión de verdadera importancia, originada en cierta falta de precisión de los

Estáemos confesar, en primer término, que venimos á opinar ahora gener esta cuestión, con cierto prejuicio, á que nos impulsan también los precedentes, puesto que esa sentencia del Supremo, que resolvió por primera vez este tema, fué pronunciada á instancia de parte patrocinada por nosotros, como Letrados, en cierto recurso de casación, y de conformidad con los fundamentos que creímos entonces procedente exponer á la consideración de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo.

Ha sido esta sentencia objeto de muy inteligente y prolija impugnación en un trabajo doctrinal sumamente apreciable (1), en el cual se ha alegado cuanto era dable, en contradicción al criterio del Supremo, y en defensa de la opinión opuesta á la solución de la sentencia (2), y por nuestra parte hemos otorgado al mismo la mayor atención y el más pro-

arts. 823 y 824 del referido Cuerpo legal, cual es la de si hoy, después de su publicación, pueden los abuelos mejorar sus nietos con detrimento de la legítima lata de los padres de éstos. Ciertamente es que dichos artículos no consignan determinadamente y de la manera expuesta dicha facultad; que si nuestra legislación actual careciera de antecedentes acerca de esta materia, podría sostenerse sin gran violencia que al decir el art. 823 que 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, se refería á los descendientes de algún hijo fallecido, mas no á los descendientes de los hijos vivos; pero esta Sala ha entendido, en su sentir fundadamente, que ni existe razón legal ni moral para establecer y admitir semejante diferencia; que sobre no haberla, consideraciones de familia, necesidad de atender al orden de la misma y al porvenir de los nietos, cuando haya motivo para dudar del buen comportamiento del padre, aconsejarían el reconocimiento de la facultad más amplia en favor del abuelo; y que, á mayor abundamiento, estas consideraciones tienen un apoyo fortísimo en los precedentes de la legislación castellana, en la jurisprudencia de este mismo Supremo Tribunal, en la tendencia del Código, en el sentido antes expuesto, en lo que el proyecto de 1851 preceptuaba, y en la orientación que para la reforma de nuestras instituciones jurídicas habia de seguirse y observarse, según la ley de bases. Con efecto: la ley 18 de Toro reconoció expresamente dicha facultad en los términos expuestos, resolviendo las dudas y controversia que sobre el alcance de las leyes del Fuero Juzgo y del Fuero Real, habian sometido sus expositores y comentadores, sin que la jurisprudencia haya vacilado sobre este extremo; así se consignó terminantemente en el proyecto del Código de 1851, y como la citada ley de Bases de 11 de Mayo de 1888 recomendaba que la reforma y ordenación de la legislación antigua se hiciera procurando recoger el sentido y capital pensamiento del Derecho histórico, explicado por la jurisprudencia, teniendo en cuenta el proyecto de 1851, todo contribuía, si alguna vacilación pudiera haber, á explicar é interpretar los arts. 823 y 824 de la manera relacionada, tan conforme además con la razón y fundamento moral de la facultad atribuida á los abuelos, con la tendencia del legislador de dar mayor ensanche á la libertad de testar, y con el principio tan conocido de que donde la ley no distingue no se deben establecer distinciones, como no distingue tampoco el art. 782, que, al hablar de las sustituciones fideicomisarias, expresa en absoluto el precepto de que si recayesen sobre el tercio destinado á la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.—*Memoria anual del Tribunal Supremo de 1904.*

(1) De nuestro distinguido compañero y antes muy querido y aventajado discípulo, Sr. González Revollar.

(2) Por cuya razón recomendamos con encarecimiento su lectura.

fundo respeto al parecer de este ilustrado escritor, en prueba de lo cual, y porque la índole de este libro y la extensión de aquél no permiten abrir una polémica bien circunstanciada de todos y cada uno de los aspectos de su analítico discurso, hemos de limitarnos á declarar que por los fundamentos en que basamos entonces nuestra opinión y estimó la sentencia, por los de la mayoría de los escritores citados que participan de ella, y porque la lectura y meditación de los en que descansa la ilustrada opinión contraria no ha logrado modificar la nuestra, seguimos manteniendo la afirmativa de que los nietos pueden ser mejorados, según el Código, por el abuelo, concurriendo á la sucesión de éste con sus hijos, padres de aquéllos.

En muy abreviada síntesis, apenas necesaria después de aquellos antecedentes, nos limitamos á recapitular, aun á riesgo de que parezca mera reiteración de doctrina, acerca de este punto, las conclusiones ú observaciones siguientes:

1.^a Que, según dejamos dicho en tesis general, el negar á los ascendientes la facultad de mejorar á los descendientes de cualquier grado, mientras la ley expresamente no lo prohibiera, y mucho más cuando explicita ó implícitamente lo permitiere, era tanto como desnaturalizar el *concepto legal* de la mejora y su característica de ser una porción detraída de la legítima, ó sea su condición *mixta* de legítima y mejora que respectivamente puede tener, según que no use ó use el ascendiente de la facultad de mejorar; y mientras no fuera precepto expreso de la ley que el concepto de mejora no tuviera aplicación más que á los que en la sucesión de que se tratara acreditaran y percibieran también legítima y no la condición genérica de legitimarios, como descendientes legítimos de cualquier grado, aunque no fueran ellos los llamados á suceder á título de legítima por existir otros de grado más próximo, siquiera pudiera ser lo ordinario ó más frecuente que la legítima y la mejora se aplicaran entre hijos ó descendientes de igual grado que concurrieran á la sucesión, toda vez que, aun siendo esto lo más probable y tal vez más racional, necesitaba establecerse por la ley la restricción de modo expreso; y en tanto que así no fuese, pugnaba abiertamente con el sentido legal de la mejora, cuyos elementos personales, mejorante y mejorado, no son otros en aquélla que los *ascendientes* y los *descendientes*, de modo indistinto y general, sin prelación alguna expresa para la mejora, cuando lo es como parte de la legítima de que se detrae por la voluntad del ascendiente que quiere mejorar, de la misma manera que la ley la tiene establecida para la legítima en favor de los descendientes de mejor grado que sobrevivan para que sucedan *in capita*, y de los de grado posterior, procedentes de otros de grado preferente, é igual á aquéllos para que concurren con los sobrevivientes de igual grado del premuerto, en representación de éste, y sucedan *in stirpes*.

2.^a Que según el espíritu que presidió á la formación del actual Código, tal cual se consigna en la 1.^a de la ley de 11 de Mayo de 1888, y que no fué otro sino el de «tomar por base el proyecto de 1851 en cuanto se halle contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio, sin otro alcance y propósito que el de regularizar, armonizar y aclarar el espíritu de nuestras leyes...» y siendo de todo punto indudable que tanto el Derecho vigente anterior al Código civil, ó sea la ley 18.^a de las de Toro — cualquiera que fuese la diferente inteligencia que se pudiera atribuir á la del Fuero Real (1) —, como en el art. 654 del proyecto de Código civil de 1851 se reconocía á los padres y ascendientes la facultad de mejorar en favor de *cualquiera de sus hijos y descendientes*, es legítima deducción de toda evidencia que el sentido del Código, en lo que á esta cuestión se refiere, mientras del texto de su articulado no resultare expresamente otra cosa, habrá de ser el mismo que informaba la legislación anterior y el referido proyecto de 1851, ya que, además, de la regulación de las mejoras, según el Código, no puede deducirse de ningún modo la intención del legislador en opuesto sentido, y mucho menos cuando en los preliminares de su formación y deliberaciones de la Comisión de Códigos respecto de éstos, de las diferentes fórmulas de cuantía de legítimas, mejoras y parte libre para la sucesión de ascendientes por descendientes que se propusieron, discutieron y votaron, resulta manifiesto el propósito del legislador de ampliar la libertad del ascendiente para testar, siendo, por tanto, ilógico é incongruente, con tales precedentes, que en este caso se interpretaran las disposiciones del Código con semejante restricción, ya que si el legislador lo hubiera querido lo hubiera dicho, y, al no decirlo, no cabe admitir soluciones opuestas á todos los precedentes legales y de formación que inspiraron la mente con que fué concebida esta materia.

3.^a Que estudiando detenidamente los arts. 823, 824 y 782 del Código civil, debidamente interpretados, como lo hace el tercero de los considerandos de la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de Diciembre de 1903, y según resulta de las explicaciones de los mismos, que dejamos hechas (2), no puede menos de predominar la confusión de que el espíritu de aquellos textos no es otro que el de mantener en este punto el concepto *clásico*, y si no se quiere que lo sea el *vigente* antes del Código, á partir de la ley 18.^a de las de Toro, de la mejora en nuestras leyes, y, por tanto, el de reconocer á los descendientes el derecho á ser mejorados por el ascendiente, aun viviendo los padres de aquéllos, puesto que no hay un sólo precepto en el Código que afirme el derecho *privativo* de los hijos á la mejora con exclusión de los descendientes de

(1) Núm. 11 de este capítulo.

(2) Núm. 36, letra *b* de este capítulo.

grados ulteriores, y, por consiguiente, se debe entender permitido lo que no está prohibido por la ley, sino, además, generalmente establecido en favor de los *descendientes*, sin distinción de grado ni prelación alguna, únicamente establecida por el Código por razón de grado en la descendencia, más bien de modo implícito que explícito, respecto de la legítima corta en la sucesión testada — núm. 1.^o, arts. 807, 813, párrafo 1.^o, 814 y 815 — y de modo explícito y terminante en la sucesión intestada por el art. 921, al establecer que «en las herencias el pariente más próximo excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos que deba tener lugar», con arreglo á los arts. 924 y 929.

4.^a Que esta solución, á la que por las razones expuestas y otras que se sobreentienden, inclinamos nuestra opinión, no significa que consideremos, sino muy imperfecta, y hasta incongruente entre sus diferentes textos, la dicción legal empleada por el Código civil en esta materia de mejoras y sus afines, sobre todo de las legítimas, de las donaciones y de la colación, según ya tenemos dicho repetidamente, y ocasionada, por tanto, á todo género de lícitas dudas y de fundados problemas de interpretación; ni, mucho menos, que desconozcamos la racional legitimidad con que se puede sostener opinión contraria y la valía indudable de los argumentos, aun dentro del terreno de la exégesis directa de los textos que pueden invocarse en apoyo de solución contraria, como lo hace algún inteligente escritor ya citado (1).

Cierto es que pueden ser mejorados también los legitimados por subsiguiente matrimonio, puesto que el art. 122 (2) dice disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos, y lo mismo los nacidos que los póstumos, con el criterio legal del art. 29 de considerarles como nacidos en todo lo que les sea favorable, siempre que nazcan con las condiciones señaladas para considerarles como viables por el art. 30.

Ningún sólido fundamento puede tener, según ya dejamos indicado (3), la duda de, si pueden ser mejorados los hijos naturales y los legitimados por concesión Real, pues si bien algunos escritores (4) se inclinan á la afirmativa, porque entienden que la ley no hace distinción alguna, la generalidad opina lo contrario, como nosotros, fundándose,

(1) El Sr. González Revollar, principalmente en la segunda parte de su notable trabajo, publicado en la *Revista de Legislación*, t. 104, pág. 523 y sigs., y en la tercera del mismo, t. 105, págs. 5 á 16.

(2) Del cual son precedentes las declaraciones de la jurisprudencia en sentencia de 17 Junio 1861, 12 Noviembre 1864, 4 Octubre 1866, 11 Junio 1875, 2 Junio 1891 y 9 Octubre 1906, que establecen la doctrina de que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio son considerados como los legítimos para todos los efectos civiles, y lo mismo en sucesión que en fideicomiso, mientras no sean expresa y terminantemente excluidos.

(3) Núm. 36, letra *b*, de este capítulo.

(4) Falcón, ob. cit., t. III, pág. 220, y Ramos, *De las sucesiones*, t. II, pág. 22.

no tan sólo en el precedente de nuestro Derecho tradicional, que nunca admitió esta aplicación en la mejora, y en la calificación de *legítimos* para hijos y descendientes que hayan de ser objeto de ella, que figura en muchos textos del Código, ya que no en todos, por lamentable descuido de redacción, ya observada, sino teniendo en cuenta lo dispuesto en la Base *décimosexta* y en los arts. 808 y 823, al decirse que podrá disponerse de una de las *dos terceras partes*, que se llama mejora, lo cual equivale á afirmar que no cabe sean mejorados más que los hijos y descendientes legítimos, ya que al referirse á esos dos tercios de legítimas sólo puede entenderse que es á ellos á quienes únicamente corresponde. Así lo confirma el art. 833, que habla del hijo ó descendiente legítimo mejorado, y aun el mismo 840, al establecer la legítima de los hijos naturales, la determina por la mitad de la cuota á cada uno de los hijos legítimos no mejorados; siendo de notar, por último, que no hay una sola palabra en ninguno de los artículos consagrados á las mejoras que mencione los naturales. Hasta el lugar de esta Sección en el Código es un argumento decisivo, pues coloca las *mejoras* después de las *legítimas* de los hijos y descendientes legítimos, y aunque allí enumera también á los naturales y á otros legitimarios, antes de regular la legítima de los naturales, á partir del art. 840, y antes, también, de ocuparse de la legítima del cónyuge viudo desde el 834, reglamenta la materia de mejoras desde el 823 al 833, ambos inclusive, lo cual es una nueva prueba de que el legislador ha querido referir las mejoras á los hijos y descendientes legítimos, considerándola como complemento y excepción de la materia especial de la legítima de éstos, no de ningunos otros herederos forzosos, que acrediten derecho á legítima (1).

IV. ELEMENTOS REALES.

38. Á este punto se refieren las especies de mejoras, por razón del *objeto*, de que tratan: el art. 829, de mejora en cosa determinada; el 832, de mejora sin determinación de bienes; el 972, de mejora en bienes reservables; y los arts. 813, 824 y 835, de mejora en bienes libres ó gravados, ó sin gravamen ó con él; todos ya explicados en el lugar correspondiente (2).

V. ELEMENTOS FORMALES.

39. Los arts. 828, 825, 826, 827, 829 y 831, ya explicados (3), se refieren á las distintas formas de ordenar las mejoras y á sus especies, por contrato y por testamento, promesa de mejorar y no mejorar, promesas revocables y no revocables, y autorizaciones de un cónyuge á otro para mejorar en capitulaciones matrimoniales.

VI. CONTENIDO DE LAS MEJORAS.

- (1) El Código de Guatemala admite la mejora de los hijos naturales.
 (2) Núm. 35 de este capítulo.
 (3) *Idem* 5 *id.*

40. Los efectos de las mejoras, como los de la institución de heredero, atendida la naturaleza jurídica similar que las hemos reconocido (1), pueden ser distribuídos y considerados en los dos grupos en que aquéllos lo fueron, *primarios* y *secundarios*.

A. *Efectos primarios*.— Éstos, á su vez, se pueden referir bien á la forma en que la mejora se ordenó, bien al número de mejorados.

Los efectos *primarios* se distinguen también en *comunes* á toda clase de mejoras, cualquiera que sea la forma en que se hayan ordenado; y *especiales*, según la en que resulte establecida la mejora y el número de los mejorados.

a. Son efectos *primarios comunes*: 1.º, la sucesión á título universal de heredero del mejorado en los bienes ó porción en que consiste la mejora, con las consiguientes responsabilidades proporcionales en las *deudas hereditarias*.

Aunque existía el precedente del Derecho anterior (2), que resolvía afirmativamente este extremo, no contiene el Código ningún precepto expreso sobre el particular; pero no creemos dudosa la procedencia de aplicación á este punto del criterio legal del art. 818, en cuanto establece que, «para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaran á la muerte del testador, *con deducción de las deudas y cargas*, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento; y que al valor líquido que los bienes hereditarios tuvieren, se agregará el que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiere hecho»; es decir, que el mejorado responde de la parte proporcional á la cantidad de la mejora respecto del resto de la legítima, de las deudas hereditarias que pesan sobre los dos tercios de la legítima larga, de la cual se ha de distraer la mejora, destinando á ella uno de los dos, pero no de las *testamentarias*, que son cargo del tercio de libre disposición (3), puesto que la ley no habría querido hacer de mejor condición al mejorado que á los demás legitimarios, por lo cual es evidente que del caudal hereditario han de deducirse, al hacerse su liquidación, las deudas y obligaciones del difunto, fijando exactamente el haber líquido de la herencia, haciéndose entonces la distribución de ésta en los tres tercios que el Código determina, importando poco que hasta el mejorado haya recibido en vida del finado los bienes en que consistiera la mejora,

(1) Núms. 16 y 32 de este capítulo.

(2) L. 21.ª de las de Toro; 5.ª, tít. 6.º, lib. X, Nov. Rec.

(3) Art. 840, que no satisface plenamente esta necesidad para todos los casos, sino sólo cuando se trata del pago de las legítimas de los hijos naturales, con cargo de la cual, y por deducción previa del tercio de libre disposición con que aquél ha de verificarse, se imputan los gastos de entierro y funeral, que forman parte, pero no son todas las que se llaman *deudas testamentarias*. Véase explicación del art. 1.084 y referencias á esta doctrina en el cap. 28.º de este tomo.

por lo mismo que el tercio destinado á ella no será el valor que los mismos representen, sino el que resulte de la liquidación, deducidas que sean las deudas y cargas de carácter hereditario, ya que el mejorado no podrá recibir más que lo que permite la ley, ó sea el tercio destinado á mejora, después de fijado el líquido del caudal hereditario al tiempo de hacerse la partición.

Así lo confirma, en términos generales, el art. 1.035, al preceptuar que, «el heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, á una sucesión, deberá traer á la masa hereditaria los bienes ó valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación ú otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición»; con la excepción del 1.036 de que, «la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente, ó si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por *inoficiosa*». Esta calidad de donación se regula por el art. 636 (1), al decir, «no obstante lo dispuesto en el art. 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar ó recibir por testamento»; y la donación será *inoficiosa* en lo que exceda de esta medida.

Según queda dicho (2), la ley 25.^a de las de Toro, dispone que las mejoras de tercio y de quinto no se sacarán 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 bienes relictos por el ascendiente; pero al no ser reproducida ni en todo ni en parte esta disposición de la ley de Toro, ha de entenderse que ha sido modificado en este punto el Derecho anterior y, por analogía, habrá que estar á lo dispuesto en el Código —respecto de este punto de colación de dotes, donaciones *propter nuptias* y otras donaciones colacionables en el tiempo en que se hubieren hecho—; de lo cual resulta que el Código se inspira en un criterio contrario al de las leyes precedentes.

Son complemento, también, los arts. 647 al 656 (3), respecto de la reducción y revocación de donaciones, y el 654 en sus referencias al 636, antes mencionado, y al 820 y 821, relativos á la reducción de las donaciones, hechas á los hijos, que no tengan el concepto de mejora y que, según el 819, «se computarán en su legítima».

Lo son, igualmente, los arts. 1.045, 1.046 y 1.047, al disponer: el 1.045, que no han de traerse á colación y partición las mismas cosas donadas ó dadas en dote, sino el *valor* que tenían al tiempo de la donación ó dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio, «y que el aumento ó

(1) Núms. 38 y 51, cap. 22.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) Núm. 11 de este capítulo.

(3) Núm. 12 de este capítulo.

deterioro posterior y aun su pérdida total, casual ó culpable, será á cargo y riesgo ó beneficio del donatario», si bien la verdadera dificultad en la práctica consistirá en cómo se valoran retrospectivamente esos bienes, si se calcula el aumento ó deterioro, refiriéndose, al través de más ó menos tiempo, al valor que tuvieron en el que las donación ó dote fueron otorgadas; el 1.046, que la dote ó donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos», y «la hecha por uno solo, se colacionará en su herencia», y el 1.047, que «el donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiere recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad».

2.º La validez de las mejoras, aun en el caso de preterición, puesto que, según el art. 814, «la preterición de uno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, ó sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean *inoficiosas*»; y claro es que, también, en el caso de preterición del viudo y viuda, pues ésta ni siquiera anula la institución.

3.º La aplicación al tercio destinado á mejora de la porción hereditaria asignada en usufructo al cónyuge viudo, cuando existían descendientes, por el precepto terminante del art. 835, que establece esa responsabilidad especial para dicho tercio destinado á mejora.

4.º Según el artículo 833, «el hijo ó descendiente legítimo mejorado podrá renunciar la herencia y admitir la mejora». Este artículo tiene su precedente en la ley 21.^a de las de Toro, mucho más explícita que el Código, según queda dicho (1), porque en lugar de limitarse, como éste, á la simple declaración de la posibilidad legal ó del derecho del mejorado á renunciar la herencia y admitir la mejora, estableció que en tal caso quedaría afecta á las responsabilidades del pago de las deudas hereditarias en la parte que á prorrata correspondiera á la mejora, atendida la que representara en el conjunto del Debe y Haber hereditario, al cual fueran imputables tales deudas, cargas y obligaciones, lo mismo las conocidas y deducidas oportunamente al tiempo de hacerse la liquidación de la partición; que las conocidas después y antes ignoradas, cuyo pago había de prorratearse, según sus respectivas participaciones, entre los coherederos mejorados y no mejorados, siendo imputables á éstos en la parte correspondiente, aunque renunciaran la herencia y admitieran tan sólo la mejora.

Esta omisión en el texto, del art. 833, no debe entenderse que constituye una rectificación del criterio legal expuesto según el Derecho anterior, el cual subsiste como consecuencia de otros artículos, tales como los 818, 1.084 y demás concordantes relativos á la deducción y pago de

(1) Núm. 15 de de este capítulo.