

y quinto, se consideren por lo que valen los bienes del mejorante al tiempo de la muerte. [v. N. 8ª]

40. El espíritu de dicha ley 25 es, que las dotes, donaciones propter nuptias y las otras donaciones que los padres hubieren hecho á los hijos no sufran disminucion por las mejoras; empero no que aquellas no se traigan á colacion para computar estas, pues tanto seria esto como destruir lo prevenido por la Ley 23 ya citada. Para dar á este punto toda la claridad necesaria léase con detencion la doctrina de D. Sancho Llamas que copió en la nota. (\*\*\*) *La nota del núm. 15 corresponde á este lugar, y la de este á aquel.*

\*\*\* D. Sancho Llamas y Molina Comentario á ley 22 de Toro.

108. Me reservé examinar la duda de si despues de la pragmática de Madrid del año de 1534 será válido el pacto ó promesa que haga el padre á una hija por causa de matrimonio, de no mejorar á ninguno de sus hijos.

109. Gutierrez, *de jur. conf.*, parte 1ª, cap. 59, número 14, afirma que ninguno de los que habia visto habian tratado esta cuestion en términos espresos, y resuelve que la promesa de no mejorar á ninguno de los hijos, hecha por el padre á la hija en contemplacion del matrimonio, es nula y de ningun valor, por ser contra la disposicion de dicha pragmática de Madrid, que es la ley 1, tit. 2, lib. 5 de la Recopilacion.

110. Acevedo en el número 24 de la presente ley, sigue la opinion de Gutierrez, y dice que antes que este la publicase habian conferenciado los dos muchas veces privadamente la materia, pero en el Comentario á la ley 1, tit. 2 lib 5 de la Recopilacion número 6 espresamente afirma que aunque conferenció con su conuadadano Gutierrez en esta duda, nunca fué de su opinion, y abiertamente la impugna.

111. Matienzo en la glosa 1, á la ley 22, número 6 y 7, defiende que aun despues de la pragmática de Madrid es válida la promesa que el padre hace á la hija por causa de matrimonio de no mejorar á ninguno de sus hijos. Del mismo dictámen es Angulo en la ley 6, glosa 1, número 4, cuya opinion, á mi parecer, carece de toda duda por los fundamentos siguientes.

112. Dos son los fundamentos principales que deben servir de apoyo para resolver esta cuestion: uno es la peticion que hicieron las cortes de Madrid del año de 1534, sobre que recayó la pragmática, y el otro la resolucion de la misma pragmática.

113. La peticion de las cortes, que fué la 101, dice así: "otro sí, suplicamos á V. M. que las dotes que en estos reinos se dieron, no puedan ser mas de la legítima que le vernia á la dotada, si entonces se partieren los bienes del dotador, y que si de hecho mas se mandare ó recibiere público ó secreto, directi ó indirecte, por el mismo caso pase el derecho de la demasia á los herederos, esto sin perjuicio de lo capitulado y contratado hasta agora."

114. Por esta peticion se manifiesta que la solicitud de las cortes se di-

41. Cuando el padre ú otro ascendiente mejoran en el tercio

rigió á que la hija no sacase por razon de dote mayor parte que la que le podía corresponder por su legítima.

115. La pragmática, que es el otro fundamento, fijó su resolucion en prohibir que ninguno pueda dar ni prometer por vía de dote ni casamiento de hija tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni espresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que todo lo que demás de lo aquí contenido diere ó prometiére (segun dicho es), lo haya perdido y pierda, y porque en esto cesen todas fraudes, mandamos que todos los contratos, pactos y promisiones que se hicieren en fraude de lo susodicho, sean en sí ningunos y de ningun valor ni efecto. Hasta aquí la pragmática.

116. Para evitar equivocaciones y proceder con claridad, se ha de tener presente que la legítima de los hijos tiene dos acepciones ó significados, á saber, legítima larga y diminuta.

117. La legítima diminuta es el patrimonio del padre sacado del tercio y quinto, la que tambien se llama legítima necesaria, porque necesariamente se ha de dividir entre los hijos por iguales partes.

118. La larga es todo el patrimonio del padre, excepto la quinta parte de que puede disponer por su alma. En esta legítima se comprende el tercio, y por eso se llama en parte voluntaria, por la facultad que tiene el padre de disponer del dicho tercio en favor de cualquiera de sus hijos. Así lo sienta el Ayora en la parte 3, cuestion 27, número 88. Establecidos estos presupuestos, paso á proponer las razones de la opinion que me he propuesto seguir.

119. Por el pacto ó promesa que hace el padre á la hija de no mejorar á ninguno de sus hijos, ni mejora á la hija, ni esta consigue mas que su legítima, con que es claro que no contraviene á la resolucion de la pragmática, ni aun se desvia de conformarse con la peticion de las cortes:

120. Que por el pacto de no mejorar no salga la hija mejorada es tan evidente, que decir lo contrario seria incurrir en un absurdo vergonzoso, y una manifiesta contradiccion, porque implica que la promesa de no mejorar á ninguno de sus hijos sea mejora de alguno de ellos, asi como lo seria el decir que la promesa de no mejorar á ningun hijo era hacer mejora á alguno de ellos; que la promesa que hiciera el padre de no disponer del quinto en favor de los estraños era dejárselo á los mismos á quienes habia ofrecido no dárselo. Es pues, fuera de toda duda, que la promesa de no mejorar á ninguno de sus hijos que hace el padre, no puede ser mejora respecto de la hija, porque la promesa de no hacer un acto no puede ser ejecucion del mismo y de consiguiente no puede reputarse como opuesta y contraria á la pragmática. La misma cantidad recibe la hija en el caso de la promesa, que si no la hubiera y no hiciese la mejora.

121. La promesa que hace el padre á la hija de no mejorar á ninguno de sus hijos no le da mayor parte en su herencia que si le prometiera darle la legítima que le corresponderia si se hiciera entonces la particion y divi-

y quinto á distintas personas deberá sacarse primero el quinto, y despues el tercio, segun está dispuesto por una ley del estilo.

sion, es así que si entonces se hiciera la division sacaría la hija la legítima larga, que como se ha dicho comprende la parte del tercio que le correspondiera á prorata y por iguales partes con los demás coherederos, con que por la promesa de no mejorar no puede entenderse mejorada la hija.

122. Que no saldría mejorada la hija en el caso que le prometiera su padre darle aquella cantidad ó parte que le correspondiera si entonces se hiciese la division, es tan manifiesto como que esta fué la petición que las cortes hicieron á S. M.

123. Si la hija espresa y formalmente renunciase de poder ser mejorada, en virtud de esta renuncia no se inhabilitaria para percibir de la herencia del padre su legítima lata, como nadie lo duda, de que se convence que la legítima larga no es ni se reputa por mejora.

124. Veamos ahora las razones en que funda su opinion Gutierrez, que son tres.

125. La primera es porque la pragmática prohibe que la hija sea mejorada en tercio y quinto tácita ni espresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, y si valiera el pacto de no mejorar, resultaria la hija mejorada por lo menos tácitamente, respecto de aquella parte del tercio y quinto de que la podía privar su padre, quitándosela y dándosela á otro de los descendientes, y que lleva además de su legítima en virtud del pacto si se guardase igualdad entre los hijos, y concluye que no vale el pacto atendida la pragmática si despues se mejora á otro.

126. A esto se satisface con la doctrina establecida arriba, tomada del Ayora, por la que se ve que la parte del tercio que la hija percibe por igual con los otros coherederos, no es ni se llama mejora, sino legítima lata, de que no priva la pragmática; ni lo solicitaron las córtes, pues como se ha visto, su petición se redujo á que no se diera á las hijas por razon de dote mayor porcion que la que les podía corresponder, si entonces se hiciera la division de los bienes de su padre.

127. El mismo Gutierrez reconoce en este fundamento de su opinion que la hija por el pacto de no mejorar no se entiende mejorada cuando además del pacto requiere que despues se haga mejora á otro hijo: dice al fin del párrafo *Igitur non valet pactum hoc atenta dicta lex de Madrid, si postea fiat melioratio*, con lo que manifiesta que si despues de haber prometido el padre á la hija no mejorar á ninguno de sus hijos, mejorase á alguno de ellos, en tal caso, si por el pacto de no mejorar retenia la hija la parte del tercio que la cabia por su legítima lata, llevaria ó sacaria mayor porcion de la herencia de su padre que los otros hijos que habian sido privados de su parte del tercio por la mejora hecha despues, no pudiendo dudarse que el sacar un coheredero mayor parte de la herencia que los otros, es ser mejorado en aquella parte que saca de mas.

128. El pretender Gutierrez que en este caso hay mejora contra la pragmática es una confesion tácita y virtual de que no basta que el padre pro-

(11.) Empero como esta disposicion está dada en favor del testador este puede renunciar su beneficio, y mandar que se saque el tercio y despues el quinto: pues segun la R. 275. *Quilibet potest jure principaliter pro se introducto renunciari.*

### Del derecho de ácrecer entre los mejorados.

42. Mejorando el padre ó la madre en última voluntad en el tercio y quinto de sus bienes á dos ó mas hijos, si el uno de ellos falleciere ó repudiare su parte, ó por otro motivo dejare de percibirla, se acrece á los demás mejorados, quienes dividirán entre sí la mejora íntegra como si hubieran sido solos [12].

meta á la hija no mejorar á ninguno de sus hijos, para que ella se repunte mejorada en contravencion á la pragmática, si no hace despues mejora formal y espresa á alguno de sus hijos.

11 LEY 214 del Estilo.—Que primero se ha de sacar la quinta parte para el alma, que el tercio.

Sobre la Ley que comienza: Ningun hombre que hobiere hijos, que es en el Fuero de las leyes, en el titulo de las Mandas, en el capitulo pero si quisiere mejorar á alguno de sus hijos, o de sus nietos, puedelo mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta parte sobredicha. Y es a saber sobre esta quinta parte, y sobre esta tercia parte, quando no hay otro Fuero, ni costumbre que sea contra la Ley que sacan primero por razon del alma, y quinto de quanto hobiere, y mandarlo ha a quien quisiere: y de todo lo al que finca mejorar a alguno de sus hijos, y mandarle ha el tercio, y así se usa esta Ley.

12 LEY 33 Tit 9 P. 6.—Como vale la manda que es fecha á muchos, e en que manera la deuen partir.

A vno o a muchos puede ser fecha manda de vna casa. E quando la fazen a muchos, quier sea fecha a todos ayuntadamente, o a cada vno por sí, vale la manda, e deuenla partir todos entre sí igualmente. E si por auentura, alguno dellos muriere en ante que el testador, o, biuiendo, renunciase su parte; o acaesciese otra razon alguna por que non la ouiesse aquel a quien fuera mandada; estonce acrecerse y a aquella parte a todos los otros; a quien fuesse mandado, como sobredicho es. E tal manda se faria ayuntadamente en esta manera, como si dixesse el testador: Mando a fulano, e a fulana,

43. Cuando el testador mejora á dos hijos suyos en distintas cláusulas, por ejemplo, mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de mis bienes: y en otra, mejoro á mi hijo Juan en el tercio y quinto de mis bienes: si el uno fallece ó repudia su parte, ó hay otro motivo por el que no debe llevarla, se acrece al otro. Lo mismo sucede cuando la mejora se ha hecho en una misma cláusula en los términos puestos. (v. N.º ant.)

44. Si el padre ó madre mejorare en contrato irrevocable á dos hijos en el tercio y quinto de todos sus bienes, entregándoles la escritura de mejora, y los mejorados la aceptaren, y despues viviendo el padre, falleciese sin sucesion uno de ellos; aunque el que sobrevive pretenda la parte de su hermano muerto no la llevará sino que volverá al padre como heredero de su hijo.

#### De los frutos de la mejora.

45. Los frutos de la mejora hecha en vida, revocable ó irrevocablemente, de cosas ciertas y determinadas, pertenecen al mejorado desde que se le entregó la posesion de ellas; pero si no se verificó la entrega ni fué hecha la mejora por causa onerosa, no le corresponden los frutos hasta la muerte del testador. En el caso de no haberse consignado la mejora ni de consiguiente entregado los bienes al mejorado, únicamente se le deben los frutos desde que el heredero ha sido moroso en hacer la entrega de los que corresponden á la mejora.

46. Si el testador mejorase á alguno de sus hijos y muriese dejando bienes que produzcan fruto despues de su fallecimiento, solo percibirá el mejorado el importe de la mejora, y no se le dará en razon de esta mayor parte de frutos: 1º Porque cuando no hay designacion ni entrega de bienes, solo corresponde al mejorado los frutos desde la adjudicacion: 2º porque aunque los frutos son aumento de herencia, esto se entiende de los que el testador deja pendientes en las fincas fructíferas, ó recojidos en sus trojes mas no de los que nacen despues de su muerte. 3º porque para la adquisicion de frutos es necesario el dominio abso-

tantos marauedis, o tal cosa, nombrandolos todos, vno a vno señaladamente, cuantos fuessen aquellos a quien lo mandasse. El apartadamente se faria la manda de vna cosa a muchos, como si dixesse: Mando a fulano tal mi viña; e despues desso digesse en aquel mismo testamento, que mandaua aquella misma viña a otro, e despues a otro, nombrando cada vno dellos por si, ca estonce, todos la deuen partir entre si egualmente, como dicho es.

luto y verdadero en la cosa que los produce, y el mejorado no lo tiene específico durante la proindivision, por falta de designacion y entrega, sino general é indistinto, como los demás herederos.

47. Para concluir esta leccion diremos: que hay casos en que el mejorado está obligado á restituir con los frutos percibidos la cosa en que se le mejoró siendo revocada la mejora, y son: 1º Cuando se hizo la donacion por causa de muerte por estar suspensa y sin efecto mientras vive el testador: 2º cuando se hizo bajo de condicion y esta no se cumplió: 3º cuando es nulo el título en que consiste la mejora porque se revoca, se debe restituir la cosa pero no los frutos: (13) 4º cuando la revocacion de la mejora se hizo por ingratitud, si los bienes habian sido entregados, solo restituirá los frutos percibidos desde el dia de la ingratitud: 5º cuando hecha la mejora y entregada la cosa, se revoca en virtud del derecho que se reservó el mejorante de hacer la revocacion; mas esto se entiende de los percibidos despues de la revocacion y no de los adquiridos con anterioridad á esta.

13 LEY 8 Tit 4 P. 5.—De las donaciones que se mueueen los omes a fazer, por razon que non han hijos, como non valen despues que los han,

Mueuense los omes á las vegadas á fazer donaciones, porque no han hijos ni han esperanza de los auer. E porende dezimos que si alguno, por tal razan diesse á otro todo lo suyo, o gran partida dello, que si despues ouiesse fijo, o fija, de su muger legitima, con que casasse despues que luego que los ha, es reuocada porende la donacion, e non deue valer en ninguna manera. E si por auentura alguno que ouiesse hijos legitimos, quisiesse facer donacion á otro, puedelo fazer en tal manera, que todavia finque en saluo á los hijos la su parte legitima, tambien en vida de su padre, como despues de la su muerte. E la parte legitima es, segun dize en el Titulo del establecimiento de los herederos. E si el padre fiziere mayor donacion, puedenla reuocar los hijos, fasta en la quantia de la su parte legitima.



APENDICE

A LA LECCION DECIMA NOVENA.

CODIGO CIVIL.

LIBRO CUARTO.

TITULO SEGUNDO.

CAPITULO VI.

De las mejoras.

Art. 3515. Es nula toda disposicion del testador que tenga por objeto disminuir la legitima de sus herederos forzosos, en provecho de alguno ó algunos de ellos.

3516. La ley, salvo lo dispuesto en el artículo 3497, no consiente mas alteracion en las legítimas asignadas en el capítulo 4º á los herederos forzosos, que la que resulta de la aplicacion total ó parcial que á uno de ellos haga el testador de su parte de libre disposicion. El testador que hace esta aplicacion á favor de herederos forzosos, se dice que mejora.

3517. Ninguna donacion por contrato entre vivos, sea simple ó por causa onerosa, en favor de herederos forzosos, se reputa mejora si el donante no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar.

3518. La promesa de mejorar hecha en escritura pública, y aceptada por aquel á quien se hace, equivale á mejora.

3519. Si la promesa fuere de no mejorar, y se hiciere en escritura pública, será nula toda mejora hecha en contravencion á ella.

3520. El aumento que el testador hace á la legitima de al-

guno de los herederos forzosos, se reputará mejora, aun cuando en el testamento no se le diese ese nombre.

3521. La mejora puede ser señalada por el que la hace, en cosa cierta; y es válida, si el precio de la cosa no excede de la parte libre.

3522. Cuando la mejora no hubiere sido señalada en cosa cierta, será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose en lo que puedan tener lugar, los artículos 4071 y 4072.

3523. A nadie puede cometer el testador la facultad de mejorar, ni la de señalar la cosa ó cantidad en que haya de consistir la mejora.

TITULO QUINTO.

CAPITULO III.

Del derecho de acrecer.

3914. Derecho de acrecer es el que la ley concede á un heredero para agregar á su porcion hereditaria la que debia corresponder á otro heredero.

3915. Para que en las herencias por testamento tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere:

1º Que dos ó mas sean llamados á una misma herencia ó á una misma porcion de ella, sin especial designacion de partes:

2º Que uno de los llamados muera antes que el testador, renuncie la herencia ó sea incapaz de recibirla.

3916. No se entenderá que están designadas las partes, sino cuando el testador haya mandado expresamente que se dividan ó las haya designado con señales físicas; mas la frase *por mitad ó partes iguales*, ú otras, que aunque designan parte alícuota, no fijan esta numéricamente, ó por señales que hagan á cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado no excluyen el derecho de acrecer.

3917. Si la falta del coheredero acaece despues de haber aceptado la herencia, no hay lugar al derecho de acrecer; y su parte se trasmite á sus herederos, salvo lo prevenido en el artículo 3922.

3918. Si los herederos son forzosos, el derecho de acrecer solo tiene lugar cuando la parte de libre disposicion se deja á dos ó mas de ellos ó á alguno de ellos y á un extraño.

3919. La mejora que se deja á un solo heredero forzoso, ó á varios sin el requisito que se exige en la fraccion 1ª del artículo 3915, acrece á los demás coherederos.

3920. Los herederos á quienes acrece la parte caduca, su-

ceden en todos los derechos y obligaciones que tendria el que no quiso ó no pudo recibir la herencia.

3921. Los herederos solo pueden repudiar la porcion que acrece á la suya, renunciando la herencia; á no ser que sean herederos forzosos.

3922. Cuando conforme á la ley deba tener lugar; el derecho de acrecer entre los llamados conjuntamente á un usufructo, la porcion del que falte, acrecerá siempre al otro, aunque falte despues de haber aceptado y aunque haya estado en posesion de su parte de usufructo.

3923. Lo dispuesto en los artículos 3915, 3916, 3917, 3920, 3921 y 3922, se observará igualmente en los legados.

3924. Cuando los legatarios no se hallen en el caso de la fraccion 1ª del artículo 3915, pero sí en alguno de los señalados en la fraccion 2ª, el legado acrecerá á los herederos.

3925. El testador puede prohibir ó modificar como quiera el derecho de acrecer, salvas las legítimas.

3926. En las herencias sin testamento se observará lo prevenido en los artículos 3848, 3849 y 3851.

## LECCION VIGESIMA.

# DE LA DESHEREDACION.

Que sea, como deba hacerse, por quiénes y á quiénes.

1 Desheredacion es un acto por el que se priva al heredero forzoso del derecho que la ley le da en cierta parte de los bienes del testador. [1.] La desheredacion debe hacerse nombrando

1 LEY 1 Tit. 7 P. 6.—Que cosa es Desheredamiento.

Desheredar es cosa, que tuelle a ome el derecho que auia de heredar los bienes de su padre, o de su auuelo, o dotro qualquier quel tenga por parentesco. E esto seria, como si el testador dixesse: Desheredo mio fijo; o, Mando que sea estraño de todos mis bienes, porque tal yerro me fizo. E esso mismo seria, si tales palabras dixesse contra su nieto, o contra otro qualquier, que le deuiesse heredar de derecho.

al desheredado por su nombre y apellido, ó por otro señal cierta y verbal que no deje duda de su persona, ya sea varon ó hembra, ya esté ó no en poder del testador. (2.) Debe hacerse del todo de los bienes y sin condicion y de lo contrario no valdrá; tampoco valdrá la que haga un testador genéricamente, como si dice, desheredo á mi hijo, sin señalar cual teniendo varios, pero si no tiene mas que uno será válida la desheredacion. (la misma N.)

2. Todos los que tiene derecho de testar pueden desheredar á sus herederos forzosos; y por lo tanto, es preciso que entre estos y el testador no medie otra persona. (v. N. 1ª) Como la desheredacion se ha de fundar en alguna causa justa, es consiguiente que los menores de diez años y medio, no pueden ser desheredados, por reputarseles incapaces de dolo ó malicia, y por lo tanto de pena. [3.]

2 LEY 3 Tit. 7 P. 6.—Como deue ser fecho el desheredamiento.

Ciertamente, nombrándolo por su nome, o por sobre nome, o por otra señal cierta, deue el testador desheredar a qualquiera de los que descien den del por la liña derecha, quando lo quiere fazer, quier sea varon, o quier sea muger, o sea en su poder, o non, de manera que ciertamente pueda saber, qual es aquel que deshereda. Pero manera y a, en que desheredaria el testador alguno de los que descendiessen del, non nombrandol por su nome. E esto seria, como si el testador ouiesse vn fijo tan solamente, e dixesse: Désheredo mio fijo. Ca assaz se entiende, que desheredado es, pues que non ha mas de aquel fijo. Mas si ouiere mas hijos, non seria desheredado ningun dellos por tales palabras. Otrou dezimos, que quando el testador ha vn fijo tan solamente; a quien quiere desheredar, e dizele mal, que lo puede fazer diziendo assi: El malo, o el ladron, e el matador, que non mere ce ser llamado mio fijo, desheredelo por tal yerro que me fizo; ca tal desheredacion como esta tanto vale, como si lo nombrasse señaladamente, quando le desheredasse. E qualquier a quien desheredassen, deue ser desheredado sin ninguna condicion, e de toda la heredad lo deue desheredar, e non de vna cosa tan solamente; e si assi non lo fiziessen non valdria.

3 LEY 2 Tit. 7 P. 6.—Quien puede desheredar, e a quien.

Todo ome que pueda fazer testamento, ha poder de desheredar a otri de sus bienes. Pero si el testamento en que fuesse alguno desheredado, se rompiese por alguna derecha razon, o lo reuocasse aquel que lo fizo, o se desatasse por razon que los herederos que eran escritos en el, non quisies sen entrar la heredad del testador; estonce, el que fuesse desheredado en