

TITULO VI.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO
Y QUINTO, LEGADOS, FIDEICOMISOS,
LEY FALCIDIA, Y DE LOS CODICILOS.

Tit. 6. lib. 5. de la Recop. tit. 9. P. 6.

1. De las legítimas de los hijos y de los padres; y cómo pueden disponer unos y otros de sus bienes.
2. Qué mejora se saca primero, la del tercio ó la del quinto.
3. Dónde pueden hacerse las mejoras, y cuándo son revocables ó irrevocables: y de las promesas de mejorar ó no mejorar.
4. De qué bienes se sacan las mejoras y los legados.
5. Sobre el señalamiento de bienes en que han de satisfacerse las mejoras.
6. 7. Cómo deben imputarse las donaciones que hacen los padres á sus hijos; y la diferencia que hay en ello entre varones y hembras.
8. 9. Tres exemplos que explican la doctrina antecedente.
10. 11. 12. Cosas que no se llevan á cola-

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 337.

- cion, y ni aun se imputan en mejoras en las divisiones de las herencias.
13. Qué sea legado, y quiénes y á quiénes puede legarse.
 14. 15. Del legado de las cosas ajenas y de las empeñadas; y qué deba decirse cuando el testador legare la escritura y cosas no existentes.
 16. Del legado de las cosas que están fuera del comercio, y de las incorporales.
 17. Del legado general.
 18. Qué deba decirse cuando el testador erró en el nombre de la persona ó de la cosa.
 19. 20. Del legado que se hace con causa ó con modo; cuándo pasa al legatario el dominio de la cosa legada, y se le deben sus frutos: y qué ha de decirse cuando se lega á dos una misma cosa.
 21. 22. Cuándo se extinguen los legados.
 23. Cuándo se lega dos veces una cosa.
 24. Dónde se puede pedir la cosa legada.
 25. 26. De la ley Falcidia.
 27. 28. De los Fideicomisos.
 29. De los Codicilos.
- I** ES digno de tenerse muy presente en España el asunto de mejoras de
Tomo. I. 46

tercio y quinto, porque apenas hay testamento de padres entre hijos que no las contenga. En él conviene saber ante todas cosas, que todos los bienes de los padres son legítima de sus hijos, á excepcion de su quinta parte, que hablando substantivamente, solemos llamar el *quinto*, el cual, y no mas pueden dexar por su alma, y á quien les parezca, *l. 12. tit. 6. lib. 5. de la Recop. (28. de Toro)*. Y de los padres son legítima todos los bienes de su hijo que no tiene descendientes, á excepcion del *tercio*, del cual, y no de mas, tienen libertad de disponer, como quisieren, *l. 1. tit. 8. d. lib. 5. (6. de Toro)*. Pero aunque el padre (entiéndase siempre lo mismo de la madre) solo pueda dexar el quinto á estraños, tiene libertad para dexar el tercio á uno ó muchos de sus hijos, segun quisiere, y aun á sus nietos, aunque á estos les viva su padre, *l. 2. d. tit. 6. (18. de Toro)*. Y aun añaden Molina de *Hispan. primog. lib. 2. cap. 11. n. 5.* y Covarr. *lib. 1. var. cap. 19. n. 4. vers. Obiter*, que en el caso de tener un padre solamente un hijo, y de él uno ó muchos nietos, podrá dar el tercio al nieto que le pareciere, cuya opinion nos parece

bien, sin embargo de tener la contraria Antonio Gomez en *d. l. 18. de Toro*, por la razon en que la funda el mismo Covarr., que el tercio no es legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos en comun respecto de los estraños, en quanto no puede dexarse á estos, habiendo descendientes, que es la única prohibicion que tiene el padre testador.

2. Quando el padre dexa á alguno de sus hijos el tercio ó el quinto de sus bienes, se dice, que les mejora, y de ahí viene, que el *tit. 6. del lib. 5. de la Recopil.* tiene la inscripcion: *De las mejoras de Tercio y Quinto*; porque con efecto los hace de mejor condicion que á los otros, en quanto á la sucesion. Si hiciere ambas mejoras, se sacará primero la del quinto, *l. 214. del Estilo*, que está en observancia, y parece haberse esto introducido á favor del alma del testador, como dice Gomez en la *ley 17. de Toro n. 2.* Pero exceptúa bien Angulo de *meliorat.* en la *ley 9. glosa 2. n. 45.* el caso en que el testador tuviese hecha de antemano irrevocablemente la mejora del tercio; porque entónces la del quinto habria de sacarse del patrimonio que le res-

taba al testador despues de extraida la del tercio. Y la misma antelacion de sacarse ántes la mejora del tercio, tendrá generalmente lugar, como advierte Cifuentes en la *ley 25. de Toro, cerca del fin*, siempre que el testador lo quiere así; porque estando instituído por favor del alma del mismo testador, que se saque ántes el quinto, que el tercio, por ser de este modo mayor, puede renunciar este favor.

3 Los padres pueden hacer estas mejoras en testamento, ó por contrato entre vivos. Si las hicieren del modo primero, las pueden variar hasta que mueran; porque hasta entónces pueden variar el testamento, como hemos visto. Y lo mismo debe decirse si las hubiesen hecho por contrato entre vivos, sino es que hubiesen entregado la posesion de las cosas que abrazan las mejoras al mismo mejorado ó á su procurador, ó á lo ménos en lugar de la posesion la escritura que contiene la mejora delante de escribano, ó finalmente sino es que la mejora se hubiese hecho por causa onerosa con otro tercero, como de matrimonio, ú otra semejante. Porque en estos casos solo podrá revocarse cuando el

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 341.
padre se hubiese reservado derecho para ello, ó sucediere alguna de aquellas causas, en que segun nuestras leyes pueden revocarse las donaciones perfectas, hechas con arreglo á derecho, *l. 1. d. tit. 6. (17. de Toro)*. Y en quanto á promesas de mejorar ó no mejorar, establece la *ley 6. del mismo tit. 6. (22. de Toro)* estar obligado á cumplir la promesa el padre, que con escritura pública prometió á alguno de sus descendientes, que á ninguno mejoraria, y que si mejorara á alguno no valdria: como asimismo, que tambien habrá de cumplir la promesa el que la hizo á alguno de sus descendientes, de que le mejoraria por casamiento ú otra causa onerosa; y si no hiciera la mejora, se dará por hecha pasados los dias de su vida. Se exceptúa de esto último la promesa que el padre hizo á la hija por causa de dote ó matrimonio, como luego veremos.

4 Estas mejoras se regulan por lo que valen los bienes del padre al tiempo de su muerte, y no al en que se hicieron, *l. 7. d. tit. 6. (23. de Toro)*. Y de ahí se toma la razon de no sacarse las mejoras de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las

otras donaciones que los hijos traxeren á colacion y particion, segun lo previene la *ley 9. d. tit. 6. (25. de Toro)*; porque estas saliéron ya del patrimonio del padre quando se otorgáron. Y en la misma razon se funda la *ley 5. de d. tit. 6. (21. de Toro)* en quanto dice, que los mejorados sufran á prorata la obligacion de pagar las deudas del difunto, por la bien sabida regla de no decirse bienes, sino lo que sobrare despues de haberse pagado las deudas. (1). La razon de los legados y gastos del entierro es muy diferente, porque no siendo deuda que debia el difunto, ni disminuuya sus bienes, sí solo carga que impone el mismo testador, se han de satisfacer de solo el quinto, *l. 13. d. tit. 6. (30. de Toro)*. Ni puede dexar de ser así, porque no pudiendo el padre imponer gravámen á la legitima de sus hijos, *l. 11. tit. 4. P. 6. (2)*, y siéndolo todos sus bienes, á excepcion del quinto, como hemos dicho, es preciso se saquen de él estos gastos. Pero debemos advertir aquí la especial doctrina de la *ley*

(1) *L. 39. §. 1. de verb. sign.*

(2) *L. 32. C. de inof. testam.*

11. d. tit. 6. (27. de Toro), que permite á los padres imponer gravámen de restitucion á la legitima de sus hijos en el siguiente órden: I A favor de sus descendientes legítimos. II De los ilegítimos que tengan derecho de suceder. III De los ascendientes. IV De los parientes. V y último de los estraños. Cuya imposicion de gravámen perpetuo cesa en el dia por la *cédula del año 1789.* que explicamos mas abaxo en el *tit. sig. n. 2.*

5 Está permitido á los padres señalar las mejoras que hiciere en la cosa cierta ó parte de su herencia que quisieren; pero no el poder cometer á otra persona esta facultad, *l. 3. d. tit. 6. (19. de Toro)*, que no admite, á nuestro dictámen, la restriccion de *Azev. en d. l. 3. n. 32.* y *Angulo de meliorat. l. 3. glosa 4. n. 1.*, de que debe entenderse de la comision general, pretendiendo poder tener lugar la especial; porque debiéron haber observado, que dicha *ley 3.* tuvo los mismos Autores, y fué establecida en el mismo tiempo y ciudad de Toro, que la *5. tit. 4. d. lib. 5. de la Recop. (31. de Toro)*; y de consiguiente, que si la intencion de sus Auto-

344. LIBRO II. TITULO VI.
res hubiese sido, que se pudiese conceder facultad especial para señalar los bienes de las mejoras, lo habrían expresado así, como lo hicieron en la citada ley 5. hablando de la facultad de mejorar, desheredar, y otras. Pero juzgamos no alcanzar esta prohibicion á impedir al padre que pueda cometer al mismo hijo que mejora, el que pueda señalar ó escoger los bienes en que haya de consistir la mejora, y así vemos practicarse. Fundamos esta opinion en dos razones: I Dicha ley 3. cuando prohíbe poderse cometer la facultad de señalar, usa de las palabras generales: *A otra persona alguna*, sin hacer la menor mencion del hijo mejorado, en quien podia haber mayor dificultad; y por ello no es creíble quisiese incluirle en la prohibicion general; puesto que en la obligacion general no se comprehenden las cosas, que por no ser verosímil pensase en ellas el que se obligó, necesitan de mencion especial, l. 5. tit. 13. P. 5. (1), lo que con algunos símiles prueba Barbosa en el axioma 106. II Porque la facultad de señalar bienes en que con-

(1) L. 6. de pignor.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO YQUINTO. 345.
siste la mejora, se versa en utilidad de los mismos hijos, y de consiguiente se debe ampliar en beneficio de ellos. Y cuando hubiere señalamiento de bienes, en ellos deberán pagarse las mejoras, ó en parte de la herencia del difunto, si no hubiese señalamiento, sin que les sea permitido á los demas descendientes del testador pagarlas en dinero efectivo, sino es que la cosa no tuviere cómoda division, l. 4. d. tit. 6. (20. de Toro). Y podrá el mejorado admitir las mejoras, aunque renunciare la herencia, pagando á prorata las deudas del difunto, l. 5. d. tit. 6. (21. de Toro); pues deben sufrir esta carga, como diximos arriba n. 4., y tambien quedan válidas cuando se rompe ó anula el testamento por pretericion ó exheredacion, como insinuamos en el n. ult. al fin del título antecedente.

6 Si el padre hiciere donacion simple á alguno de sus hijos, se entiende que les mejora, aunque no lo exprese, y se imputa y aplica la donacion primeramente al tercio, despues al quinto, y lo que sobrare á la legítima, l. 10. d. tit. 6. (26 de Toro). Pero si la donacion fuere por causa, se cuenta primero por legítima, despues se

346. LIBRO II. TITULO VI.
aplica al tercio, y últimamente al quinto. Y qualquiera donacion que exceda estos cotos de legítima y las mejoras de tercio y quinto, es en cuanto al exceso inoficiosa, y debe restituirse á los demas interesados; por que ningun hijo puede recibir mas de la herencia de su padre, *l. 3. tit. 8. d. lib. 5. (29. de Toro)*. Puede verse á Azev. en *d. l. 10. n. 26.* y á Covar. in *cap. Reynaldus §. 2. n. 16. et seqq.*, que concilian de esta manera las citadas *leyes 26. 29. de Toro*, que á algunos han parecido contrarias. Y adviértase, como muy digno de saberse en este particular, que ningun padre puede dar ni prometer por via de dote ni casamiento á su hija tercio ni quinto de sus bienes, ni puede esta entenderse tácita ni expresamente mejorada por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que lo que mas diere ò prometiere, lo haya perdido ó pierda, *l. 1. tit. 2. lib. 5. de la Recop.*, que suele llamarse la *Pragmática de Madrid*, por haberse establecido allí en el año 1534.

7 No prohibe esta ley á los padres que mejoren á sus hijas en testamento, como no lo hagan con respecto á la dote en frau-

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 347.
de de ella, como lo prueba Azevedo comentándola latamente, y explicando las dudas que sobre ella pueden ocurrir. En el *n. 6. y siguientes* exámina con fervor la cuestion muy probable por ambas partes, de si vale ó no la promesa que el padre dotante hace á su hija y marido de ella, que no mejorará á ninguno de sus otros hijos. Apoya con muchas razones la opinion afirmativa que defiende, y refiere estar por la contraria su amigo y conciudadano Gutierrez, fundado en otras varias. Inclina mos á la de este Autor, principalmente por la poderosa razon, de que siendo el vivo espíritu de dicha *ley 1.* en todas sus partes, el coartar los excesos en las dotes, deben interpretarse todas las dudas sobre su inteligencia, ántes con estrechez, que con amplitud. La ventaja que tienen los varones sobre las hembras, de que las donaciones *propter nuptias* les pueden aprovechar para mejoras, cuando á las mugeres no les pueden servir á este fin sus dotes; las compensan estas muy bien, en que las dotes que se las dieran ó prometieren, quedan preservadas del vicio de inoficiosas, con tal que quepan en los bienes del padre,

segun la estimacion que tenian en el tiempo en que las dió ó prometió, ó en el de su muerte, segun escogieren las mismas hijas dotadas; y en las demas donaciones se ha de atender precisamente al tiempo de la muerte, *d. l. 3. tit. 8. lib. 5. de la Recop. (29 de Toro).*

8 Pongamos tres exemplos, que abrazando casi toda la doctrina que hemos sentado, den mas cómoda instruccion: I. Un padre dexó tres hijos, Pedro, Juan y Diego, mejorado en el tercio á Pedro, y á Juan en el quinto. Tenia 1700 pesos: debia 200: legó 100 y en su entierro se gastaron 50. Ante todo se pagarán las deudas, y con esta baxa quedarán 1500, de los cuales tocarán á Juan 300 por su quinto, y de los restantes 1200 pertenecerán á Pedro 400 por el tercio: y los 800 sobrantes se dividirán en tres partes iguales entre los tres. Y solo Juan pagará los legados y gastos del entierro por razon de quinto; de suerte que de este, solo le quedarán 150. Si en este exemplo tuviere el testador un nieto, podrá dexarle las mejoras, y dexándole la del quinto, habria de pagar los legados y gastos del entierro. II. exemplo:

El mismo padre ademas de lo referido en el primer exemplo, tuvo una hija, á la que dió en dote 400. El quinto y el tercio serán el mismo, porque no se pueden sacar de los 400 dotales. Se acumularán pues ó unirán estos 400 pesos á los 800 que quedan despues de extraidos el quinto y el tercio, y saldrá un cúmulo de 1200, que debiendo dividirse en cuatro partes iguales, tocarán á cada uno 300. Y por quanto la hija tenia ya recibidos 400 habrá de restituir 100, por ser la dote en este exceso inoficiosa; sino es que escogiere elegir el tiempo en que se dió ó prometió la dote, en el qual era tan cuantioso el patrimonio del dotante, que podia bastar para dicha dote: en cuyo caso retendria los 400 dotales, y los restantes 800 se dividirian igualmente entre sus hermanos.

9 III. exemplo: El mismo padre no habiendo dexado mas hijos, que los tres referidos en el I. exemplo, habia hecho á Pedro una donacion simple de 1000 y á Juan otra por causa de 300 Pedro se entenderá mejorado en los 1000, de modo que los imputará en el tercio, quinto y legitima. Y en atencion á que las mejoras di-

350. OTRO LIBRO II. TITULO VI. UNO
en solamente respecto al patrimonio del difunto al tiempo de su muerte, que según hemos visto solo importaba 1500, será el tercio y quinto el mismo que en los dos anteriores exemplos. Se excuatará pues la division en la manera siguiente: De los 1500, patrimonio del difunto, tocan á Pedro 700 por su quinto y tercio; y á los 800 restantes se acumularán 1300: importe de las dos donaciones, y saldrá el cúmulo de 2100, y dividido este en partes iguales; importará 700 la legítima de cada uno de los tres hijos. Según esto de los 1500, importe del patrimonio del padre, se darán 400 á Pedro, que juntos con los 1000 que tenía por su donacion, forman su total haber de 1400, esto es, 700 por mejoras, y otros tantos por legítima. A Juan se le darán otros 400, que unidos á los 300 que tiene por su donacion, la forman la legítima de 700 que le corresponde. Y á Diego se le darán los 700, resto del patrimonio del difunto, que son su legítima.
10 Con lo que hemos dicho hasta aquí, está á la vista casi todo lo que debe tenerse presente para dividir entre hijos una herencia paterna. Solo falta examinar las

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 351.
dudas que puede haber sobre si los hijos deben llevar á colacion para executarse ciertos bienes que tienen, ó gastos que por ellos han hecho sus padres, lo que vamos á manifestar. Es constante no deberse llevar á colacion por los hijos, los bienes que hubieren recibido de sus padres en razon de mejoras; porque la colacion está instituida para guardarse la igualdad entre los hijos, y las mejoras la destruyen. Pero las dotes, donaciones *propter nuptias*, ú otra causa que los hijos han recibido de sus padres, y no pertenecen á mejoras, es preciso las lleven á colacion, para que aumentado con ellas el patrimonio del padre, se pueda dividir con igualdad entre ellos; bien que si los hijos que las recibieron, se quisieren apartar de la herencia, lo podrán hacer; salvo que si fueren inoficiosas, habrán de tornar á los demás herederos el exceso en que fueren, *d. l. 3. tit. 8. lib. 5. de la Recop. (29. de Toro)*. Y asimismo ha de llevar el hijo á colacion y particion el peculio profecticio que tuviere, *l. 3. tit. 15. P. 6.*; pero no el castrense; ni quasi castrense, ni el adventicio; porque estos le quedan libres para sí, sin derecho alguno

352. LIBRO II. TITULO VI.
de sus hermanos à ellos, l. 5. d. tit. 15.

11 Tambien queda para solo el hijo, sin obligacion de llevarlo á colacion, lo que el padre hubiere gastado en darle estudios, ó armarle caballero, y los libros que le dió para aprender alguna ciencia, l. 3. tit. 4. P. 5. d. l. 5.; Pero quieren nuestros intérpretes, que lo haya de imputar y tener á cuenta de mejoras, à exemplo de lo que hemos dicho de la donacion simple: lo que nos parece no ser conforme al contexto de d. l. 5.; porque ademas de no permitirlo aquellas palabras: *No gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*, exclusivas de toda imputacion, vemos compararse en ella estos gastos al peculio castrense ó cuasi castrense exénto en un todo de imputarse. Y aunque pudiera admitirse esta opinion en quanto á los libros, en el caso de que en sí ò equivalente existieren en poder del mismo hijo, porque aumentan su patrimonio, y puede considerarse que los tiene el hijo por donacion simple; no tiene esto lugar en los gastos del estudio, que deben reputarse alimentos ya consumidos, que no amentan el patrimonio, y de los alimentos no hay imputacion.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO. 353.

12 Y por la misma razon de no aumentar el patrimonio, los Doctorados ú otros grados de las Universidades, ú otras cualesquiera dignidades que no tienen salario, ni otros frutos civiles, si que por lo contrario son una especie de carga de honor; somos tambien de dictámen, que lo gastado por el padre en la consecucion de estos grados ú oficios, no lo debe imputar el hijo, ni aun en cuenta de mejoras, si que ántes bien, lo que se deba por esta razon, se deberá pagar de la comun herencia del padre, como lo pensó el celeberrimo Jurisconsulto Papiniano (1). Y en verdad, si la cosa se mira á fondo ¿qué otra cosa es el grado de la Universidad, que: *Premio y testimonio de idoneidad en asunto de ciencias, que uno se ha adquirido con sus propios sudores y vigiliass, en beneficio de la Republica?* ¿Y quién no juzgará ser una cosa incivil y vergonzosa, pretender los demas hijos, que su hermano así condecorado impute en parte suya el dinero expendido por este testimonio, que ya se consumió? Dirémos pues, que si un hijo condecorado así,

(1) L. 1. §. 16. de collat.
Tom. I.