

pio de la naturaleza de la mejora hecha simplemente el ampliarse á los bienes futuros; se contempla único mejorado el que lo fue y sobrevivió, y como tal debe llevar enteramente el importe del tercio y quinto de cuanto deje su padre, sin diferencia, ni mas cuenta ni division.

22. Sin embargo de que en los contratos lucrativos no há lugar segun el derecho romano el de acrecer, se exceptúa de esta regla la donacion que haga el Soberano á dos ó mas juntamente, pues si despues de aceptada uno de los donatarios muere testado ó intestado sin dejar heredero, ó la repudia antes que se le haga ó despues de hecha, se acrece al otro, sin que por falta de herederos legítimos ni parientes recaiga en el fisco, como á no ser donacion del Soberano recaeria no habiéndolos; porque los beneficios, gracias y mercedes de los Principes se deben interpretar plenísimamente, con tal que no cedan en perjuicio de tercero (1).

23. En el citado capítulo 5.º título 2.º del libro 2.º párrafo 11, se dijo que es irrevocable la mejora del tercio por contrato entre vivos en cuatro casos: 1.º cuando el mejorante puso por sí mismo al mejorado en posesion de la cosa en que le consignó la mejora: 2.º cuando le entrega ante escribano la mejora de ella: 3.º cuando el contrato se celebró con un tercero, y medie causa onerosa (2): 4.º cuando el instrumento en que se hace se afirma y corrobora con juramento. Ofrécese ahora la dificultad que tambien se tocó aunque ligeramente en el mismo capítulo, párrafo 12, si cuando mejoran los padres á un hijo en tercio y quinto, se podrá tambien hacer irrevocable la mejora en cuanto á este respecto á que la ley citada al pie solo habla del tercio. Algunos dicen que aunque entreguen al mejorado la posesion de los bienes de la mejora, pueden revocarla por lo tocante al quinto, y disponer de él como si no la hubieran hecho: porque esta mejora es respectiva á los bienes presentes y futuros del mejorante, debiendo atenderse al valor que tienen al tiempo de su muerte, segun la ley 23 de Toro; y si valiera irrevocablemente, se imposibilitaria de testar el mejorante, puesto que hacia donacion de todos sus bienes, la cual, aunque sea solo de los presentes, está prohibida por la ley 69 de Toro: en cuya atencion aunque se haya prometido mejorar por causa onerosa á alguno de los hijos, no vale eficazmente la mejora en el quinto, como

1 Acerca del derecho de acrecer véase el capítulo 19, título 2, libro 2.

2 Estos tres casos se expresan en la ley 17 de Toro, § 1.º tit. 6.º lib. 10.º Nov. Rec.

en el tercio; y por lo mismo la irrevocabilidad de que trata expresamente la 17 inserta se limita á este, no habiendo sin motivo la ley omitido hablar de aquel. Otros dicen lo contrario en los casos en que el tercio no se puede revocar; y otros conciliando las opiniones resuelven: que si la mejora del quinto es hecha por causa onerosa con tercero, no se puede revocar, y que no haciéndose por ella, sí, á cuya opinion me inclino; excepto en lo tocante á la disposicion de su funeral, misas y descargos de su conciencia, pues en cuanto á estos creo que en todos casos es revocable, como ya he sentado en otra parte.

24. Si el padre ó la madre mejora á un hijo en el tercio de sus bienes señalándosele en cierta cosa sin expresar mas, y esta no equivale á su importe, parece por una parte que se deberá suplir de los demas bienes del mejorante lo que falte para el complemento del tercio, atendido el total liquido de la herencia; y por otra parece que el hijo se deberá contentar con la cosa ó linca señalada, entendiéndose que el testador no hizo la mejora en lo que faltase, por ser visto no haber querido mejorarle mas que en ella; de lo cual puede deducirse: lo primero, que si dicha cosa perece por caso fortuito, no se ha de suplir su valor de otros bienes: lo segundo, que si vale mas que el tercio, no debe llevarla toda en pago de este y del quinto, porque la voluntad del mejorante no fue mejorarle en mas que en el tercio, y asi el exceso se tendrá por parte de legítima, en cuyo concepto se le aplicará; y lo tercero, que si el mejorante adquirió despues mas bienes, y el valor de la cosa equivale al del tercio de todos, la llevará íntegra en pago de este solamente. Pero si el mejorante dijo que lo que faltase para completar el tercio se le supliere de los demas bienes, se deberá suplir. Sin embargo véase la distincion que se hace en el párrafo 2.º capítulo 4.º título 2.º libro 2.º

25. En el mismo capítulo 4.º párrafo 4.º se dijo que el padre no podia mejorar á la hija por razon de dote, y en el capítulo 3.º título 2.º del libro 1.º párrafo 18, se expresó la cantidad que segun sus haberes ó rentas podrán dar los padres á sus hijas en dote. Por lo que hace al tiempo á que se ha de atender para ver si cabe la dote en legítima de la hija, opinan algunos autores que esta puede elegir el de la donacion de aquella, ó el de la muerte del donante; pero yo soy de parecer que se debe atender á este último tiempo, y que si unidos con la dote entregada los bienes efectivos que deja, y son legítima de sus hijos excepto el quinto, excediese aquella al importe de su legítima

tima completa, debe restituir el exceso que haya: en primer lugar, porque la dote se da y anticipa en cuenta de la legitima que le puede tocar, y esta se debe considerar al tiempo de la muerte del donante, que es cuando regularmente se dividen sus bienes, despues de la cual ni se aumentan ni disminuyen, ni hasta entonces tiene accion á pedirla, ni su padre obligacion á dársela ni anticipársela: en segundo lugar, porque si aumentándose las facultades del donante puede pedir la hija el suplemento de su legitima, y se le deberá dar; tambien disminuyéndose ó no cabiendo en ella tanta dote por nacer despues mas hijos, debe sufrir su disminucion y entenderse dotada entonces, pues quien está á la utilidad debe estar á la pérdida, y la dote se entiende dada con la condicion de que quepa en su legitima cuando se dividan los bienes de su padre, que es cuando se le debe esta; y en tercer lugar, porque la ley ó pragmática inserta corrige la 29 de Toro, y se estableció para que los demas hijos no fuesen perjudicados en sus legitimas, haciéndose de peor condicion que la dotada, ni el padre se empobreciese por su prodigalidad, y permitiéndose la eleccion seria inutil su establecimiento, puesto que por un medio indirecto se originarian los daños que ocasionaban la indiscrecion de los padres y el abuso de la permission de dicha ley 29, los cuales quiso precaver y evitar en lo futuro la pragmática. No obsta alegar lo que se practica con las arras, porque hay notable diferencia de un caso á otro, la cual consiste en que en este contrato procede el novio arreglado á la ley que se lo permite, no cede su promesa en perjuicio de tercero, nunca excede esta ni debe exceder de la décima parte, y si ofrece cantidad determinada no puede pretender mas la novia, por muy rico que el novio se haga durante su matrimonio, y asi su adquisicion es absoluta, perfecta é irrevocable; pero en el presente caso se viola la ley prohibitiva, resulta perjuicio á los hermanos de la dotada, y esta puede pedir el suplemento de su legitima, si se aumenta el caudal de su padre; y aunque el ánimo de este no haya sido el de mejorarla, se la mejora con permitirle la eleccion, por la cual son perjudicados sus hermanos; y la pragmática no solo prohibe que el padre la mejore, sino que manda que no se entienda mejorada tácita ni expresamente. Tampoco obsta alegar que de hacer la restitucion resultará engañado el novio, porque este antes de pensar en casarse debe tener con que sostener las cargas matrimoniales, y no fiarse en que la novia le mantendrá, pues la dote no es para alimentarse, sino para que la muger halle con quien

casarse, y para ayudar á mantenerse á sí misma y á sus hijos, fuera de que quien contrae con otro, debe cerciorarse de su condicion, y todos tienen obligacion de saber el derecho (1), excepto cinco clases de personas, que son: el pupilo, el soldado, la muger, el pastor y el aldeano (2), á los cuales se dispensa en lo tocante á testamentos, contratos y otras disposiciones puramente civiles, y no en lo criminal (3). Asi pues, pareceme que la opinion contraria debe tener lugar solo en dos casos. El uno es cuando al tiempo de casar el padre á su hija ó dotarla cabe la dote en la legitima completa, que atendidos los bienes que tiene le corresponderia, si entonces se dividieran, y ella renuncia el incremento de esta por el que puedan tener los paternos, contentándose con su dote por todo su haber, y obligándose con juramento á no pretender nunca el suplemento de aquella; porque en este caso, por no ser excesiva la dote al tiempo de su donacion ú oferta, y privarse la hija del beneficio que puede seguirse si se aumentan las facultades de su padre, cediéndole á sus hermanos, no será justo que padezca detrimento por la decadencia de fortuna de aquel, ni por tener posteriormente mas hijos, pues siendo todo esto contingente, hay igualdad entre ella y sus hermanos. El otro caso es cuando le cabia la dote al tiempo de darse ú ofrecerse, y le cabe al de la muerte de su padre, y solo por mejorar este á alguno de los demas hijos resulta ser inoficiosa ú excesiva; pues no parece justo que esta disposicion paterna le perjudique ni obligue á restituir lo que poseyó legitimamente é hizo suyo por caberla en ambos tiempos.

26. Como regularmente cuando hay mejora de tercio y quinto entre los descendientes legítimos del testador, se nombra primero el tercio que el quinto, parece que segun el orden de las palabras de la disposicion y comun estilo de hablar, se debe bajar primero el tercio; pero lo contrario ha de decirse no habiendo entrega de los bienes de la mejora; y asi el quinto dejado en un mismo testamento ó contrato, se debe deducir ante todas cosas del cuerpo de la herencia efectiva por favor del alma del mejorante, ya porque el quinto es la única parte de la herencia que el ascendiente tiene para disponer á su arbitrio en virtud de la ley 28 de Toro; ya porque si se saca antes el tercio, se grava al descendiente y al legatario ó mejorado del quinto, no dispone del de todos sus bienes, como se lo permite la ley, é importa la tercera parte menos que sacándose primero

1 Ley 16, y penult. tit. 1. Part. 1.

tit. 14. Part. 5.

2 Leyes cit. y ult. tit. 1. Part. 1, y 31.

3 Ley 1. tit. 2. lib. 3. Nov. Rec.

que el tercio; y últimamente porque así lo dispone la ley 214 del Estilo, que declarando otra del Fuero Real (1) dice: *y es á saber sobre esta quinta parte y sobre esta tercera parte, cuando no hay otro fuero ni costumbre que sea contra la ley, que sacan primero por razon del alma y quinto de cuanto obiere, y mandarlo há á quien quisiere: y de todo lo al que finca mejorar á alguno de sus hijos, y mandarle há el tercio; y así se usa esta ley, y se observa regularmente en los reinos de Castilla, lo cual procede aunque el contrato sea irrevocable; pues por esto únicamente adquirió derecho el mejorado á no poder ya dejar de serlo, mas no á que el tercio se deduzca primero que el quinto, y así su importe, como existente entre los bienes del mejorante, se contempla donado en disposicion última confirmada con su muerte. El modo de girar la cuenta es hacer un cuerpo de todo el caudal del difunto, deducir de él todas las deudas, sacar luego de lo líquido la quinta parte, bajar del residuo el tercio, y dividir el resto en tantas partes iguales quantos son los herederos, incluso el mejorado ó mejorados si también lo son, pues no siéndolo, v. gr. por ser nietos, que no entran á heredar á causa de vivir su padre ó madre, se dividirá tan solamente entre los instituidos por tales. Pero es de advertir al partididor, que cuando el testador deja á su favor deudas cobrables, dudosas y fallidas, ó de cualquiera de estas clases, y bienes fructíferos é infructíferos; y mejora indistintamente en el tercio de todos los suyos ó en el quinto ó en ambos á alguno ó algunos de sus herederos, deben sacar mejora, hacer prorrateo y liquidacion de cada una de estas especies, de modo que cada interesado lleve en ellas lo que le corresponda, y aplicarle proporcionalmente su parte segun la voluntad del testador, con lo cual procederá justificadamente, y ninguno será perjudicado. Pero cuando es un descendiente solo el mejorado en tercio y quinto, y bajando este de cualquiera suerte caben en él los gastos funerales, misas y legados, lo mismo es deducirle antes que despues del tercio, porque como el residuo de aquel se agrega á este, percibe el mejorado lo mismo, y en nada se le perjudica: todo lo cual se observa comunmente en la-práctica, y se ha ejecutoriado repetidas veces.*

27. Dudan algunos como ha de deducirse el tercio cuando el testador mejora en el de sus bienes á un hijo, y lega á otro ó á un extraño el quinto, porque si se saca primero este con arre-

1 Ley 9. tit. 15. lib. 3.

glo á la ley del Estilo, y del resto de sus bienes aquel, no se verifica ser mejorado en el de todos, sino en el del residuo; ni cumplirse la voluntad del testador, que es arreglada á la ley de Toro, la cual le permite disminuir la legítima de algunos de sus descendientes en el tercio íntegro y aplicarle á los otros; y por lo mismo parece debe deducirse el quinto, y luego sacarse el tercio de todo el importe del caudal del testador, como si el quinto no se hubiera deducido. Pero esta vana ficcion y sutileza de bajar el quinto, y suponer que no se ha bajado para sacar el tercio íntegro, se funda en un supuesto falso; porque aunque la ley de Toro permite al testador disminuir la legítima y mejorar á algunos de sus descendientes en el tercio de todos sus bienes, debe entenderse no disponiendo del quinto; pues si dispone ha de ser del residuo, que es la legítima que se le permite disminuir, y lo demas seria sacarlo del caudal que ya no hay existente; y con una ficcion aerea perjudican á los no mejorados, lo cual ni se manda ni se infiere de ninguna ley. En este supuesto para evitar dudas y disputas prevendrá el escribano al testador: *que mande deducir el tercio de lo que quede de sus bienes despues de separado el quinto, como se practica, y si no que se saque antes que este.*

28. Si el testador manda que se deduzca primero el tercio, se deducirá, porque como se le permite disponer del quinto á su arbitrio, está en su mano no hacer uso de la ley del Estilo establecida en favor suyo, y si deja tantas mandas graciosas que no caben en el quinto, se ha de mirar qué parte legó mas de lo que podia, v. gr. si es cuarta, quinta, sexta &c. y luego prorratear el resto (bajados antes los gastos de su funeral, misas y legados pios) entre todos los legatarios y el del quinto, sacando de cada legado la parte que le corresponde, atendida su cantidad ó importe, y de esta suerte será justa la deducción; pero esto se limita en los legados específicos, los cuales no deben entrar en el prorrateo, sino darse íntegros á los legatarios, porque estos los hacen suyos incontinenti que muere el testador, y como conocidos son de mejor condicion que los genéricos, aunque algunos dicen lo contrario.

29. Lo dicho en el párrafo 26 procede también cuando la mejora se hace en dos instrumentos, v. gr. parte en testamento ó contrato, y parte en codicilo, sean uno solo, dos ó mas los descendientes mejorados en ellos, pues de cualquiera suerte se ha de deducir primero el quinto; bien que si es uno solo el mejorado en ambos, lo propio es sacar este antes ó despues que

aquel, como se demuestra haciendo la cuenta. Por ejemplo asiende el caudal liquido partible á quince, si se saca primero el quinto, importa tres y quedan doce, de los cuales el tercio son cuatro, de suerte que por tercio y quinto, bajando primero este le tocan siete; y si se baja antes el tercio, serán cinco y quedan diez, de los cuales el quinto son dos, por manera que le tocan los mismos siete.

30. Lo expuesto se limita cuando el mejorante manda que el tercio se deduzca antes que el quinto, sean dos los mejorados, sea uno solo, ó disponga á favor de uno de sus descendientes del tercio, y á favor de otro, de extraño, ó por su alma del quinto; pues entonces se observará su mandato segun se dijo en el párrafo 28, porque la deducción previa del quinto se ha establecido á su favor para que tenga mas que disponer por su alma, ó en lo que quisiere, y asi puede renunciar este beneficio á favor del mejorado en el tercio.

31. Tambien se limita cuando en contrato irrevocable, ó por causa onerosa, como casamiento, hizo mejora del tercio á favor de un descendiente legitimo con entrega de los bienes ó de su posesion verdadera ó ficta, y en disposicion última del quinto á favor de otro, de un extraño, ó dispuso de este en otros fines; como tambien cuando se pactó entre los interesados, segun puede hacerse, que la donacion surtiese su efecto antes de la muerte del donante: pues en estos casos se deducirá primero el tercio y disminuirá el quinto, porque mucho antes que el legatario de este adquiriese derecho á él, el mejorado en el tercio le tenia adquirido á su importe en el de todos los bienes del mejorante; por cuya razon careció de facultad para legar quinto de parte del tercio que tocaba enteramente al mejorado en él, y asi para el efecto de deducirse se ha de considerar como una deuda contra el caudal del mejorante ó donante: lo cual procede aunque el instrumento revocable en que se donó ó legó el quinto se otorgue antes que el irrevocable del tercio, porque este inmediatamente surtió su efecto, y aquel no, hasta que se confirmó con la muerte del otorgante, desde la cual empieza á tener vigor por no poderle ya revocar.

32. Mas para hacer la deducción del tercio entero ó de la parte de el que señale el testador al mejorado, se ha de tener consideracion á lo que valen sus bienes cuando muere, y no á lo que valian cuando hizo la mejora (1); porque el tercio es le-

1 Ley 23 de Toro, que es la 7. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

gitima, y el valor de esta se atiende al tiempo de la muerte y no en vida; por lo que si cuando el testador la hizo tenia pocos bienes, y al tiempo que fallece tiene muchos, se deducirá y pagará el tercio al mejorado del importe de estos; y si por el contrario tiene pocos, percibirá menos, aunque entonces tuviese muchos, pues no hay eleccion de tiempos, háyase entregado en vida el todo ó parte de la mejora al mejorado, ó nada; y solo habiendo habido entrega se unirá su importe al caudal partible, y hecho todo un cuerpo se deducirá de ello la mejora, y verá si cabe ó no, ó tiene mas que haber en cuenta de ella.

33. Lo mismo milita en cualquiera donacion de cosa ó cantidad hecha simplemente á un hijo ó descendiente, porque tiene fuerza de mejora, y el donatario se entiende mejorado en ella segun la ley 26 de Toro, sea válida cuando se hace, ó inválida hasta que se confirme con la muerte del donante, no mandando este al tiempo de hacerla que la colacione, pues si lo manda entonces, siendo irrevocable, ó despues si es revocable, no hay mejora, y se deberá recibir en cuenta de legitima.

34. Mejorando el padre en alguna disposicion última á un hijo ó descendiente legitimo en el tercio de sus bienes, y no disponiendo del quinto, puede dudarse cual se ha de bajar primero, y como se ha de hacer la deducción, caso que los gastos del funeral, misas y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de este despues de deducidos. Por ejemplo deja el padre quince mil ducados, y los gastos y legados referidos importan mil. Parece que segun la ley del Estito, que se halla en observancia en los reinos de Castilla, se debe bajar primero el quinto que son tres mil; sacar de los doce mil restantes el tercio, que importa cuatro mil, aplicarle al mejorado en él; y luego dividir los dos mil que sobran del quinto, bajados los mil, importe de los legados, gastos funerarios y misas; y en resto de la herencia entre todos los herederos igualmente, incluso el mejorado.

35. Pero con esta deducción sale perjudicado gravemente el mejorado, y asi primero se ha de sacar en dicho caso el tercio del remanente del quinto para él, que son seiscientos sesenta y seis ducados, siete reales y un tercio de otro; luego de los doce mil bajar tambien y aplicarle los cuatro mil del tercio; y unidos el resto de él que son ocho mil, y el del quinto que asiende á mil ochocientos treinta y tres ducados, tres reales y dos tercios, dividirlos igualmente entre todos los herederos, entrando el mejorado: porque el testador por el hecho de haber

mejorado á su hijo en el tercio de todos sus bienes, por poder disponer libremente tan solo de los del quinto, y no haber dispuesto de este como podia hacerlo, es visto haber querido que llevase de él el tercio, asi como de los demas bienes que son legitima de sus hijos; pues de lo contrario no se le dejaba nada de lo suyo, sino solamente de lo que era legitima, ni se cumplia su voluntad, la cual no fue únicamente mejorarle en el tercio de los bienes que dejaba bajado el quinto, sino tambien en el de los suyos privativos, que son el residuo de este.

36. Si el padre ó la madre mejoró en disposicion última á un descendiente legitimo en el tercio de sus bienes mandando que pagase de él los gastos de su funeral, misas y legados, y no disponiendo en ninguna manera del quinto, deberá satisfacerlo todo del tercio hasta en lo que alcance el quinto, y no mas; y únicamente se entenderá mejorado en el exceso de uno á otro.

37. Lo mismo ha de decirse cuando el padre mejoró en el tercio de sus bienes á un descendiente suyo, y á otro en el quinto, ordenando que el mejorado en el primero satisficiera por sí solo los gastos de su entierro y demas expresados, ó que entregase para ellos al mejorado en el segundo la mitad del tercio; pues deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto entero de los bienes del mejorante, y no mas, entendiéndose que mejoró ó distribuyó el tercio entre los dos, dejando mayor porcion de este al del quinto que á él. La cuenta se hará de esta suerte: v. gr. asciende toda la herencia líquida partible á veinte mil reales, cuyo quinto son cuatro mil, y cuyo tercio, bajados estos, importa cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio de otro. En este caso deberá expender hasta en los cuatro mil de los cinco mil trescientos treinta y tres del tercio, y no mas, aunque importen mas los legados y gastos referidos, y se entenderá mejorado en los mil trescientos treinta y tres y un tercio restantes, que juntos con los cuatro mil del quinto componen los cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio del tercio total de la herencia, y asi no se grava la legitima en cosa alguna. Y si le manda entregar al del quinto la mitad del tercio, y esta no alcanza para los gastos y demas cosas que hubiere dispuesto, deberá suplirlo el del quinto hasta en lo que falte para completar la quinta parte de los bienes del testador, y no mas, incluyendo lo entregado por el mejorado en el tercio; y se conceptuará mejorado en el residuo, como en parte de tercio.

## CAPITULO CUARTO.

*De la division de frutos de la mejora y donacion hecha en contrato ó en última disposicion: cuando pertenecen ó no al mejorado ó donatario, ya esten ó no pendientes en la finca consignada; y si este debe ó no restituirtos en caso de revocarla el testador.*

- §. 1. Dificultades que suelen ocurrir en orden al modo de dividir legalmente los frutos de la mejora.
2. Haciéndose irrevocablemente la mejora en contrato y en cosas ciertas y señaladas, ó aunque sea revocablemente si no se revocó, antes bien se entregó al mejorado su posesion verdadera ó ficta, le pertenecen los frutos desde su entrega; pero si no se le entregaron las cosas contenidas en ella, ni fue hecha por causa onerosa con tercero, no le corresponden los frutos hasta que muere el mejorante.
3. Si la mejora en contrato fue hecha de una parte ó cuota de bienes ciertos y señalados por el mejorante, pero no fueron entregados al mejorado, se deben á este los frutos desde la muerte de aquel.
4. Cuando la mejora de cuota en contrato se hizo á un hijo emancipado mayor de veinticinco años, deberá percibir los frutos desde el tiempo de la demora, que es desde la contestacion del pleito.
5. Si la mejora de cierta cosa particular se hace en última disposicion sin entrega, tocan los frutos al mejorado desde la muerte del testador; pero si interviene entrega, le pertenecen desde que esta se hace.
6. Lo mismo procede cuando la mejora se hizo de cierta parte ó cuota de bienes, é interviene entrega verdadera ó ficta; pero si faltó esta, se le deberán solamente los frutos desde la demora cometida por el heredero despues de la muerte del testador.
- 7 y 8. ¿Como deberán dividirse los frutos cuando el testador deja descendientes legítimos, todos mayores de veinticinco años, y bienes fructíferos é infructíferos, mejoró por contrato ó en última disposicion á uno de dichos descendientes en el tercio ó en el tercio y quinto, sin entregárselos, y se tarda un año ó mas en evacuar la particion?
9. Si todos los herederos son menores, se practicará lo mismo que acerca de los mayores se ha dicho en