

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 intervino 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

los dos párrafos antecedentes.

10. Lo propio debe hacerse cuando el padre que en vida había dado dote á una hija, ó capital á un hijo, le mejoró en disposición última para que nada tuviese que restituir; y este despues de haber callado mucho tiempo, conociendo luego que los bienes tienen mas valor del que se había figurado, pide que se haga la particion.

11. Resolucion del caso en que el testador no deja al hijo el tercio por via de mejora ó legado, sino en virtud de institucion, v. gr. si lega el quinto á su muger ó á otro, ó no disponiendo de él hace varias mandas en diferentes cláusulas, y despues en la de herederos dice: „y en el remanente de todos mis bienes, muebles, raices y derechos, instituyo por mis universales herederos á P. y F., mis hijos, excepto el tercio que mando le lleve ademas ó por via de mejora dicho P., y si es necesario le mejoro en él en la forma que mas haya lugar en derecho.”

12. Si hubiese dotado el padre á una hija en cierta cantidad, entregándosela en bienes muebles y dinero, si la herencia que dejó en bienes raices estuviere muchos años sin partir, no

llevará sin embargo mas frutos que los de aquella parte que le falte para completar su legitima, aun cuando alegue que fue perjudicada por no haber llevado cosa alguna en bienes raices.

13. Si el testador mejoró en cosa cierta, ó en el tercio ó tercio y quinto, consignando la mejora en bienes determinados, no llevará el mejorado como tal mas frutos que los que durante la proindivision produjeron ó rentaron las fincas señaladas.

14. Mejorando el padre ó la madre á uno de sus hijos en el tercio ó quinto, con señalamiento de cosa cierta, y asignando á otro su legitima en otra, aunque la de este produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas de los que su finca hubiere producido.

15, 16 y 17. Resolucion de otros casos.

18. Division de los frutos pendientes en los bienes en que consignó la mejora el testador cuando este fallece.

19. Siempre que el título de la mejora que se hace se reduce á no título, debe el mejorado restituir con frutos la finca ó cosa en que lo fue. Lo propio sucede en la condicional, que se desvanece por no cum-

plirse la condicion.

20. Si el título no se reduce verdaderamente á no título, sino que se revoca, se debe restituir la cosa donada sin frutos.

21 y 22. Continuacion de esto mismo.

23. Cuando los bienes de la mejora se entregaron al mejorado, y se revoca aquella por ingratitud, debe este restituir los frutos desde el dia en que comenzó á ser ingrato.

24. Lo propio milita cuando la donacion ó mejora entregada se revoca en el todo por haberse reservado el

mejorante la facultad de revocarla, es decir, que debe restituir los frutos desde el dia de la revocacion.

25, 26 y 27. Habiendo casado el padre á una hija de su primer matrimonio, cuya madre llevó bienes raices, y dádole en dote bienes muebles ó dinero, quedándose con los fructiferos de su madre, ¿si podrá muerto el reclamar dicha hija los bienes maternos con sus frutos desde el tiempo del matrimonio, restituyendo la dote?

1. **S**uelen ocurrir graves dificultades á los contadores en orden al modo de dividir legalmente los frutos de la mejora hecha en contrato ó en última voluntad, con tradicion ó consignacion de los bienes de su importe, ó sin estas. Y para que cuando se les ofrezca procedan con justificacion, trataré de este punto con la posible claridad.

2. Haciéndose la mejora irrevocablemente 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, porque desde entonces se trasfirió el dominio de aquellas; y lo mismo procede en la donacion hecha por causa onerosa con tercero, aunque no haya entrega (1). Pero si no se le entregaron las cosas en ellas contenidas, ni fue hecha por causa onerosa con tercero, no le corresponden los frutos hasta que muere el mejorante (2).

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 tambien á este los frutos de ellos desde que el donante ó mejorante fallece, porque como consta cuales son, empieza el mejorado en el instante en que se

1 *Tey Tradit.* 20. *Cod. de pact.* Angul. lib. 5. Tello en la 20 de Toro, num. 14. en la ley 4. glos. 6. num. 15. de *meliorat.* 2 Angul. ibi, num. 14. Matienz. num. 6. Matienz. en ella, glos. 3. num. 5. tit. 6.

verifica la muerte del mejorante á tener dominio en ellos, mediante el cual adquiere sus frutos. Pero si la mejora no se consignó en bienes algunos, ni por consiguiente fueron entregados estos al mejorado, se le deben únicamente los frutos desde la mora cometida por el heredero en hacerle la entrega de los que corresponden á la mejora; porque no habiéndosele trasferido su dominio desde el contrato, por la incertidumbre de los que se le aplicarian, pudo ser revocada la donacion hasta la muerte, y como se atiende á este tiempo para hacer la computacion de la cuota, empieza la traslacion de su dominio, y por consiguiente el derecho al percibo de los frutos, desde que se hace la aplicacion de aquella.

4. Cuando la mejora de cuota en contrato es hecha á hijo emancipado mayor de veinticinco años, si se le hizo entrega verdadera ó ficta, deberá percibir los frutos desde el tiempo de la demora, que es desde la litiscontestacion, y no antes, por la incertidumbre y falta de asignacion de bienes, que arguye buena fe; pues si la cosa es indivisible se puede pagar en dinero, y los frutos ó usuras de este no se deben sino desde la mora; y aunque sea divisible, no es cierta la parte de ella en que se ha de hacer la adjudicacion, por lo que no adquiere su dominio, ni por consiguiente derecho á sus frutos. Pero si fue hecha á hijo que estaba bajo la patria potestad, ó á menor, se le deben los frutos desde el tiempo de la tradicion, porque la ley favorece al menor (1), ademas de que el hijo que se halla en poder de su padre no puede pedir contra él ni moverle pleito (2).

5. Si la mejora de cierta cosa particular se hace en última voluntad sin tradicion, tocan los frutos al mejorado desde la muerte del testador, desde cuyo tiempo, y no antes, se le transfirió su dominio (3). Y aunque pareció que no debía percibirlos hasta que el heredero aceptase la herencia; le corresponden no obstante, por no ser necesaria segun ley (4) su adiccion ó aceptacion para la validacion del testamento y de todo lo que contenga, si consta de las solemnidades que la misma prescribe; pero si interviene entrega, le pertenecen desde que esta se le hace, porque desde entonces se le transfirió su dominio, por razon del cual los adquiere (5).

6. Lo mismo procede cuando fue hecha de cierta parte ó

1 Ley *In minore*. Cod. in quibus caus. restit.

2 Ley 2. tit. 2. Part. 3.

3 Ley 34. tit. 9. Part. 6. Com. lib. 1.

Var. cap. 12. num. 2.

4 Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

5 Matienz. en dicha ley 4. tit. 6. lib. 5. glos. 3. num. 5 y 7.

cuota de bienes, v. gr. tercia ó cuarta, en ultima disposicion, é intervino tradicion verdadera ó ficta de ella, ó asignacion de la cosa en que se habia de pagar; pero si faltó la entrega, se le deberán solamente los frutos desde la demora cometida por el heredero despues de la muerte del testador, porque como no hay tradicion ni señalamiento de bienes ciertos por donde se infiera haberse trasferido su dominio en el mejorado, y por otra parte la asignacion de la cuota en la universalidad de la herencia solo presta derecho á ella, mas no á bienes determinados, por la incertidumbre de los que se aplicarán al mejorado, puesto que la aplicacion es arbitraria en el juez cuando no hay asignacion; por eso tampoco debe haber frutos hasta que se haga la aplicacion, desde la cual empezarán, porque desde ella comienza la traslacion del dominio en los bienes aplicados. A mas de que esta cuota se puede pagar al legatario ó mejorado en bienes que no sean fructíferos, porque no está prohibido cuando es legado genérico, y asi quedará á eleccion del heredero el señalamiento de ellos, como por derecho comun se le permitia, pues siendo de los de la herencia, cumple con el precepto de la ley 20 de Toro, que asi lo ordena, y solo prohíbe que se pague en dinero (1).

7. Dejando el testador descendientes legítimos, todos mayores de veinticinco años, y bienes muebles, semovientes y otros fructíferos é infructíferos, y mejorando por contrato ó última disposicion á algun descendiente suyo legitimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto indistintamente, sin entregárselos ni aun consignárselos, si se tarda un año ó mas en evacuar la particion (como frecuentemente suele suceder), á causa de haber que liquidar cuentas, cobrar créditos, ó por otro motivo que no dependa del mejorado; parece que deberá llevar desde la muerte de su padre no solo el importe de la mejora, sino tambien los frutos, réditos ó pensiones líquidas de los bienes fructíferos ó redevibles, á proporcion de su haber, y no igualmente como los demas herederos. Lo primero, porque los frutos aumentan la herencia, y por consiguiente el haber respectivo de cada partícipe, segun la voluntad del instituyente. Lo segundo, porque el mejorado está obligado á pagar las deudas de este á prorata de lo que le toca (2), por lo que asi como sufre el gravamen debe percibir la utilidad. Lo tercero, porque en el

1 Matienz. ibi, num. 7 y 8. Tell. en la Ley 20 de Toro, num. 16. y en la 26. num. 8. Ayor. part. 1. cap. 6. num. 13 al 16.

2 Ley 21 de Toro, que es la 5. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

instante que se verificó ser heredero, y aceptó la herencia, se le transfirió proindiviso el dominio de los bienes de esta, y por consiguiente el de los frutos de aquella parte como accesorios; y por haber permitido la proindivision, ó no haberse podido dividir la herencia, no es visto haber renunciado los frutos que como mejorado le competen; fuera de que se convertiría en su detrimento la proindivision, cuando á haberse hecho al instante la particion, se habria utilizado de sus frutos todo el tiempo que medió. Lo cuarto, porque del propio modo que si mientras los bienes estuvieron proindiviso se hubiera menoscabado la herencia, correria la misma suerte la mejora; asi tambien habiendo tenido aquella incremento con los frutos, debe tenerlo esta tambien. Y lo quinto, porque mientras dura la proindivision subsisten los bienes en compañía, y asi cada socio debe llevar de los frutos ó utilidades de esta lo correspondiente al fondo que en ella puso ó le dejaron, que es el haber respectivo de la herencia y mejora.

8. Por las razones expuestas en el párrafo anterior parece indudable á primera vista que los frutos deben dividirse á proporcion del haber de cada partícipe. Sin embargo creo que en el caso propuesto se han de dividir con igualdad, y no á prorata entre todos los herederos, sean legítimos ó extraños, los frutos líquidos que hayan producido los bienes hereditarios durante la comunión, deduciendo y separando de la herencia ante todas cosas la mejora para el mejorado, uniendo luego al residuo de aquella el total y líquido importe de los frutos, y hechas estas dos partidas un cuerpo, dividiéndole igualmente entre los herederos, incluso el mejorado, como si todo fuera herencia: en primer lugar, por lo expuesto en el párrafo 6: en segundo lugar, porque aunque es constante que los frutos aumentan la herencia, esto se entiende de los que el testador deja pendientes en las fincas fructíferas, ó recogidos en sus trojes ó paneras, que son parte de ella, mas no de los que nacen despues de su muerte, pues solo son y se llaman herencia los bienes que le pertenecen al tiempo de morir, por cuanto no puede hacer suyos los adquiridos ó nacidos despues de su fallecimiento, como que ya no existe, y asi tampoco puede hacer mejora en ellos: en tercer lugar, porque de estar obligado á pagar las deudas á prorata de lo que le toca por la mejora, no se deduce que deba percibir frutos de ella, pues hasta que se pagan no la hay, ni tampoco herencia, por cuya razon se bajan y deben bajar antes que todo, y de consiguiente nada paga ni se le desfalca, puesto

que en lo ageno no puede mejorarle el testador: en cuarto lugar, porque el haber permitido la comunión no le da el mas leve título ni derecho para la percepcion de frutos, como mejorado, y antes bien por su silencio es visto que no los quiso, y que se contentó con los que le tocasen como á heredero; pues de lo contrario hubiera protestado no se le causase perjuicio en ellos é instado á que se hiciese la particion en el estado en que se hallaba la herencia; y si no tuvo culpa en que esta se dividiese tampoco la tuvieron los coherederos: en quinto lugar, porque para la adquisicion de frutos es indispensable el dominio absoluto, verdadero é indubitado en la cosa que los produce, como ya se ha dicho; y el mejorado en ninguna de la herencia le tiene específico por falta de tradicion y consignacion, sino universal é indistinto en todas y cada una, como los demas herederos, y por ignorarse cuales se le aplicarán, á causa de ser esto arbitrario en el juez, y deberse deducir primero, segun la ley 30 de Toro, los gastos de su funeral, misas y legados que tal vez consumirán todo el quinto, no puede estimarse cuantos frutos han producido; en cuya atencion tampoco tendrá derecho á ellos como mejorado, sino igualmente como heredero: en sexto lugar, porque aunque es cierto que menoscabándose la herencia durante la comunión se menoscaba tambien la mejora, no lo es que aumentándose aquella con los frutos debe aumentarse tambien esta, pues es falso el supuesto del aumento de herencia, á causa de que los frutos producidos despues de la muerte del testador no son parte de la que dejó, sino de sus herederos, por manera que no se llaman caudal paterno ó materno, sino solamente partible ó comun de todos, y asi como bienes propios de ellos en comun, se deben dividir con igualdad entre todos; y en séptimo lugar, porque no hay entre ellos la sociedad que se aparenta, ni por el hecho de hallarse los bienes proindiviso se entiende haberla si no se expresa; pues para que se estime tácitamente contraida ó renovada entre los hermanos, es preciso que concurren los tres requisitos expresados en el libro 1, tit. 2, capitulo 8, párrafo 29; y en el presente caso no solo no concurren, sino que falta el unánime consentimiento de todos, que es otro requisito, sin el cual no la hay (1), por cuanto cada uno desea que se evacue á la mayor brevedad la particion para percibir lo que le corresponde.

9. Si todos los herederos son menores, se practicará lo mis-

1 Ley 1. tit. 10. Part. 5.  
T. VI.

mo que entre los mayores, porque militan las mismas razones; y si el mejorado goza de privilegio, tambien gozan de él los coherederos: si por estar impedido por su menor edad de acelerar la particion, no debe perjudicarle la demora que hubo en evacuarla, tambien lo estuvieron aquellos; y ademas el primero trata de adquirir lucro de bienes que no son privativa y absolutamente suyos, y los segundos tratan de evitar el daño que se les sigue de que el que no tiene mas dominio que ellos en los bienes partibles perciba mas frutos. Y si es menor el mejorado y los demas mayores, debe observarse lo propio; aunque en este caso, y aun en el precedente, si la particion no se evacuó por culpa ó morosidad culpable de su tutor, y no de otra suerte, podrá reconvenirle para que se le indemnice del daño que se le originó en estar privado de los frutos que podian haberle producido los bienes redituables que se le aplicasen en pago de su mejora, si se hubiese evacuado prontamente la particion, como pudo y debió haberse hecho. Me ha parecido conveniente extenderme en la explicacion de estos casos porque muchos se confunden en su resolucion.

10. Lo propio milita cuando el padre que en vida habia dado dote á una hija, ó capital á un hijo, la mejoró ó le mejoró en disposicion última para que no tuviese que restituir, y este mejorado, considerando tal vez que nada tenia que tomar, calla algunos años, y conociendo luego que los bienes tienen mucho valor, pide se haga la particion, y se le aplique lo que le falta con los frutos de su mejora; pues ninguno llevará por esta razon, y sí solo por lo que le falte para completar su haber como mejorado.

11. Pero supongamos que el testador no deja al hijo el tercio por via de mejora ó legado, sino por via de institucion, como si lega el quinto á su muger ó á otro, ó no disponiendo de él hace varias mandas en diferentes cláusulas, y despues en la de herederos dice: «y en el remanente de todos mis bienes muebles, raices y derechos instituyo por mis universales herederos á Pedro, Juan y Diego, mis hijos, excepto el tercio que mando le lleve ademas, ó por via de mejora, dicho Pedro; y si es necesario, le mejoro en él en la forma que mas haya lugar en derecho &c.» En este caso afirma Ayora que el mejorado llevará la parte de los frutos correspondientes al tercio, y despues participará igualmente con sus hermanos, fundando la razon de diferencia en que en el primer caso el mejorado tuvo el tercio como legado, y á los legatarios no pertenece el aumento ni disminu-

cion de la herencia, sino á los herederos; y en este tocándole por derecho de institucion mas que á los otros hermanos, y perteneciendo á los herederos los frutos cogidos despues, debe llevar como uno de ellos los correspondientes á su haber, arreglado á la institucion, puesto que las palabras del testador proferidas de un modo producen un efecto, y proferidas de otro otro diverso. Mas sin embargo, yo dudo de la verdad de esta opinion, porque de cualquiera suerte que le deje el tercio, siempre es mejora; y aun juzgo que lo mismo debe proceder, ya se le deje y le perciba como heredero, ya como legatario (\*).

12. Si hubiese dotado el padre á una hija en cierta cantidad entregándosela en bienes muebles y dinero cuando se casó, y muriese él despues, si la herencia que dejó en bienes raices estuvo muchos años sin partir, y al tiempo de su division pretende dicha hija le den sus hermanos la parte de herencia que la toca, con los frutos de ella íntegros, á cuyo fin colacionará todo lo que recibió en dote; no llevará sin embargo mas frutos que los de aquella parte que le falte para completar su legitima; y si la dote importa tanto quanto el todo de esta, nada llevará de la herencia, porque ya la tiene recibida, ni por consiguiente de sus frutos, porque estos tocan á sus hermanos como producto de sus legítimas. De nada les servirá alegar que fue perjudicada por no haber llevado cosa alguna en bienes raices; porque ademas de haberse contentado con los que se la entregaron, no pudo compeler á su padre á que de ellos la dotase; pues es arbitrario en él el dejar á sus hijos la legitima en los que quiera, con tal que no los grave en ella ni en su importe (1).

13. Si el testador mejora en cosa cierta ó en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto, á uno de sus hijos, consignando la mejora en bienes determinados, que atendido su liquido caudal no exceden del valor de ella, no llevará el mejorado, como tal mas frutos que los que durante la proindivision produjeron ó rentaron las fincas señaladas, ya sean muchos ó pocos, los cuales se separarán del total cúmulo para su aplicacion, y de ellos se llevará cuenta; porque por la consignacion se

\* Parece bien fundada la opinion de Ayora, pues en el caso propuesto el tercio, sin dejar de ser mejora, es parte de herencia, y en ningun modo puede llamarse legado: de suerte que viene á ser lo mismo que si un testador á falta de legítimos instituyese en partes desiguales varios herederos extranos, en cuyo caso nadie

dudará que se les deben aplicar con arreglo á sus porciones hereditarias los frutos percibidos despues de la muerte del testador. Esta reflexion debe tenerse presente para resolver los casos anteriores y otros semejantes. *Febrero reformado.*

1. Ayor. part. 2. quæst. 28.