

derecho individual de ser mejorados, cuando permiten la mejora del tercio¹.

21. Esta doctrina tiene lugar aunque en el pacto de tal se haya impuesto el gravámen de restitucion si no naciere mas que un hijo, ó sea hecha la mejora por contrato en cantidad irrevocable, ó el mejorado lo haya sido en última disposicion, habiendo muchos descendientes, pues si todos fallecieren, y al tiempo de la muerte del mejorante se hallare único, cesará el gravámen, y todos los bienes de sus ascendientes, (excepto el quinto) serán legítima suya: porque esta se debe regular segun el tiempo de la muerte; y como al de ella lo es, y no puede haber mejora por faltar sujeto en quien se verifique, y por no consumar ni surtir su efecto hasta entónces, por eso el gravámen se entiende no impuesto².

22. Si un padre mejora á su hijo único con la condicion de *si otro hijo ó hijos le naciesen*, será válida tambien la mejora y gravámen, porque el acto que no puede ser hecho puramente, se puede hacer con condicion³: por lo que si el hijo único fuere mejorado simplemente por sus padres, convalecen la mejora y gravámen luego que nace otro hijo, del mismo modo que si despues de nacido hubiera sido hecha; pues toda disposicion que siendo puramente hecha no tiene vigor, se entiende ordenada con la tácita condicion con que vale el acto⁴, y este cuando no puede valer puramente, se resuelve en condicion. Y lo mismo procede, aunque en la mejora no ponga la condicion referida, si le nacen despues mas hijos, porque es visto haberla hecho con la esperanza de procrearlos y en perjuicio suyo; y como hasta que fallece no tiene derecho á la mejora el mejorado, y al tiempo de su fallecimiento ya estan nacidos, convalece esta y queda firme⁵; pues el padre pudo revocarla, y respecto no haberlo hecho, quiso que subsistiese, y manifestó que tuvo mas aficion á aquel hijo que á los otros.

23. Tambien es válida la mejora del hijo único cuando el padre constituye mayorazgo irrevocable del tercio, entrega en vida á su hijo los bienes que lo importan, sin reservarse su usufruto, y este percibe sus frutos, los cuales equivalen al gravámen⁶. Y lo propio milita si la hace de tercio y quinto, con la condicion de que si el hijo no consintiere el gravámen del mayorazgo hecho en el ter-

1 Ley 11. tit. 4. Part. 6. Baez. *De non melior filiab.* cap. 9. n. 6.
2 Angul en dicha ley 1. glos. 10. n. 6 y 7. al fin. Cast lib. 3. *Controv.* cap. 13. n. 51. y sig.
3 Molin. dicho lib. 2. cap. 3. n. 7. y cap. 11. cit. 9.

4 Morquech. lib. y cap. cit. n. 9. Baez. dicho cap. 9. n. 60.
5 Baez. dicho cap. 9. n. 14. al 18. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 19. n. 2. al 4.
6 Molin. dicho lib. 2. y cap. 11. n. 4. Morquech. ibi. n. 12.

cio, no lleve el quinto, pues entónces ó deberá consentir el gravámen del tercio, ó perderá el quinto¹.

24. Las madres y abuelas, aunque no pueden mejorar á hijo ni descendiente alguno suyo por contrato sin licencia de su marido, tienen facultad de hacerlo estando viudas: y tambien cuando estan casadas, si sus bienes son libres de tal suerte que su marido no tiene el usufruto de ellos, pues teniéndolo, aunque será válida la mejora por lo tocante á su perfeccion y firmeza, y no se podrá revocar, siguiéndose su tradicion ó haciéndola por contrato ó causa onerosa con tercero; pero no en cuanto á privar á su marido de su usufruto, pues este debe quedarle para superar las cargas matrimoniales²; porque cuando alguno dona ó lega algo, se entiende donar y legar solamente el derecho que tiene en la cosa legada, salvo siempre el de otro³.

25. Pero si el marido asiente á la mejora despues, ó si muerto este la confirma la viuda, será válida. Si esta no la confirma quedará ineficaz, por la razon general de que el tiempo no legítima lo que desde un principio es nulo. Tampoco servirá que la muger al tiempo de hacer la mejora renuncie la ley 55 de Toro, que es la que le obliga á pedir licencia á su marido, por cuanto las renunciaciones han de ser de lo favorable, y no de lo adverso.

26. Aunque puede el mejorante consignar la mejora en fincas determinadas, como se dijo en el párrafo 2^o, esta consignacion la ha de hacer por sí mismo, y no servirá que la encargue á otros, pues lo prohíbe la ley 19 de Toro, que es la 3. tit. 6. lib. 5. R. ó 3. tit. 6. lib. 10. N.: y la razon es, porque la facultad y declaracion de ánimo es cierto derecho personalísimo coherente á la persona del ascendiente, por lo que no se puede ceder ni cometer á otro⁴. Sin embargo esta prohibicion parece que no se extiende hasta impedir que se deje al mismo mejorado la libertad de escoger los bienes de su mejora, por dos razones: 1^o porque la ley citada usa de estas palabras, *á otra persona alguna*, sin hacer mencion del hijo mejorado, y por eso no es creible que quisiera comprenderlo; así como en la obligacion general no se incluyen las cosas que deben expresarse especialmente, por no ser verosímil que pensase en ellas el que se obligó⁵: 2^o la facultad expresada redundará en utilidad de los hijos, y por lo mismo se debe ampliar en su beneficio⁶.

1 Molin. ubi. supr. n. 8. Baez. dicho cap. 9. n. 21. Tengase presente acerca de la doctrina de este número, que hoy está prohibida la fundacion de mayorazgos, como se verá en el correspondiente lugar.—E.
2 Ley 25. tit. 11. Part. 4. Matienz. en la 2. tit. 6. lib. 5. glos. 1.
3 *Si domus.* 71. § *Si fundus.* y *Non quo-*

cumque. 28. § 1. ff. *de leg.* 1. Gom. ley 18. de Toro, n. 3. Cast. en ella, n. 2. Matienz. en dicha ley 2. tit. 6. y glos. 1. n. 2. y 3.
4 Gom. en la ley 19 de Toro, n. 2.
5 Arg. de la ley 5. t. 13. p. 5.
6 Sala *Ilustrac. al der.* lib. 2. tit. 6. n. 6.

27. Esta asignacion parece debe hacerse de suerte que los demas hijos no sean gravados en sus legítimas, ni por ella se les defrauden estas¹, como sucederia en caso de ser hecha la asignacion en todo lo mejor, mas fructífero y permanente, con presuncion de dolo por defraudar á los no mejorados; pero en este caso se debe reducir á albedrio de buen varon, y entenderse hecha la asignacion, no precisamente en todo lo referido y que lo peor sea para estos, sino en lo bueno y que quede tambien para ellos, por no ser justo que despues de ser mejorado el hijo, lleve los bienes mejores y fructíferos, y que sus hermanos despues de no serlo, quedándose con solo su legítima diminuta, lleven lo peor é infructífero. Si el testador manda que pueda el mejorado tomar de propia autoridad los bienes de su mejora, lo podrá hacer. Si prohíbe que la tome hasta que los testamentarios cumplan sus disposiciones, tambien será obedecida su voluntad, en cuanto no sea contra derecho.

28. Si el testador ha señalado en bienes determinados la mejora de tercio y quinto, ó del uno de estos solo, se ha de entregar al mejorado ó legatario (ya sea legítimo ó extraño) en los propios bienes en que se la señaló, y no en dinero. Lo cual se entiende, excepto que estos no puedan dividirse cómodamente, v. g. cuando naturalmente no admiten division, porque por la naturaleza tienen sus fines destinados, sin los cuales el individuo no puede subsistir, á la manera del ciervo, el caballo &c., ó cuando no se puede hacer la division sin daño de los mismos bienes, como sucede en el horno, molino, nave y otras cosas semejantes, pues en estos casos se le puede dar en dinero, para evitar que con la division sea dura y nociva la seperacion. Y si no la señaló, se ha de dar en la parte de hacienda que dejare. Así lo ordena la ley 20 de Toro, que es la 4 tit. 6 lib. 5 R., ó 4 tit. 6 lib. 10 N., la cual reforma el derecho comun en cuanto disponia que tuviese el heredero facultad de pagar los legados en dinero².

29. Pero es de advertir que cuando la hacienda no tiene cómoda division por alguna de las razones expuestas en el párrafo antecedente, no estan obligados los no mejorados á dar precisamente en dinero el tercio ó quinto á los que lo son, porque no les compele á ellos la ley, ántes bien lo deja á su arbitrio y voluntad, respecto que no dice que *deben*, sino que *puedan*; y así la pagarán en dinero ó en otros bienes de la herencia segun quisieren, como cuando se la señala, sin que el mejorado tenga accion á pedir que se le dé indispensablemente en dinero³.

1 Covarr. in cap. *Reymaldus*. § 2. n. 5. al fin. de *testam.* Mat. ley 3. dicho tit. 6. lib. 5. glos. 1. n. 2.

2 Gom. lib. 1. Var. cap. 12 n. 21.

3 Gom. en la 20 de Toro. n. fin. vers. *Sed advert.*

30. Pero cuando la mejora recae en herederos extraños á falta de legítimos, el mejorado debe llevar indistintamente su mejora en los bienes que dejó el testador, y el heredero no tiene derecho á elegir; porque si teniendo descendientes, y dejando el quinto á extraño, debe hacerlo este en los propios bienes del testador, como dice la ley, con superior razon siendo todos extraños lo deberá llevar, pues para el caso lo mismo es que sea el quinto, que el cuarto, tercio, ú otra cuota ó parte de bienes. A mas de que cuando hay algunos casos de ley nueva, la disposicion de esta en uno se entiende y amplía á los demas⁴.

31. Aunque la legítima de los hijos y descendientes legítimos no puede ser gravada ni aun con condicion por sus padres⁵, si estos dejaren á algunos mas porcion que la que por ella les corresponde, se les permite poner en el exceso condiciones posibles y honestas⁶. Y respecto no ser legítima rigurosa de todos el tercio, si sus padres lo dejaren á alguno ó algunos, podian imponer en él para siempre ó por tiempo señalado á su arbitrio, en contrato ó en última voluntad, sin distinguir de cuarta ni quinta generacion, el gravámen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso, y no otro alguno en propiedad ni usufruto, con los vínculos, sumisiones y sustituciones que les pareciere, con tal que fuese con arreglo á las disposiciones legales⁷. Pero en el quinto no solo pueden poner el gravámen referido, sino otro cualquiera posible y honesto, y hacer lo que quisieren de él, sin estar obligados á observar el orden y llamamientos expresados, porque es suyo privativo, ninguna ley les precisa á ello, ni sus descendientes tienen el mas leve derecho á que se lo deje⁸.

32. Si el padre mejora á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes por última voluntad, y le impone el gravámen de restituirlo á otro hijo ó descendientes en época determinada, y despues en el artículo de la muerte hace simplemente las mismas mejoras en favor de otro hijo, quedará removido el gravámen impuesto al primero, porque en el hecho mismo de no haberlo expresado, se entiende haber sido su voluntad removerlo⁹.

33. Será mejora tácita de un hijo emancipado el que su padre le entregue cierta cantidad de dinero para que plante viña ú olivar en suelo suyo ó fabrique edificio, y tambien cuando compra alguna cosa en nombre del hijo y se la entrega⁷.

1 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 21. vers. *Advertend. tamen est.*

2 L. 17. al fin. tit. 1. ley 11. tit. 4. y leyes 4. y 7. tit. 11. part. 6.

3 Dicha ley 11. tit. 4. part. 6.

4 L. 11. tit. 6. lib. 5. R. y 11. tit. 6. lib. 10. N.

5 Avendaño en la ley 27 de Toro. Angul. en dicha ley 11. gl. 3 y 16.

6 Cast. en la ley 27 de Toro. n. 11. vers. *Sed quaero.*

7 Masc. conclus. 554, na. 52 y 53. vol. 2. *De probat.*

34. Lo mismo procede si su madre lo redime del cautiverio¹; ó si no teniendo ni administrando bienes suyos le da alimentos; pues se presume que lo practica movida de piedad y con ánimo de hacerle donacion², cuya presuncion es por razon de la sangre y conjuncion de personas, y por favor de los alimentos, en los cuales se considera grande equidad y estudio de los padres para que sus hijos no perezcan: así no se les deben imputar en su legítima estas y otras donaciones semejantes, sino estimarse por mejorados en ellas hasta en lo que permite la ley, no constando lo contrario de la voluntad del donante, de lo cual se trata mas latamente en el punto de las colaciones.

35. Se entiende que hay mejora, cuando el padre testando entre hijos, nombra á uno ó mas por sus universales herederos, preteriendo absolutamente, ó injustamente exheredando á los restantes, ó instituyendo á todos, pero dejando á alguno ó algunos menor parte de herencia que la que por sus legítimas debe corresponderles; en cuyo caso aquel hijo ó hijos instituidos por universales herederos, no solo percibirán su legítima, sino que se conceptuarán mejorados en el tercio y quinto, si el testamento contiene la *cláusula codicilar*, cuyos efectos se explican en su capítulo correspondiente, y la solemnidad de testigos que prefine la ley, y no de otra suerte: y los preteridos, ya sean los que á la sazón viven, ó los que viviendo su padre nacen despues de la institucion, y no fueron nombrados específica ni genéricamente, ó los injustamente exheredados ó perjudicados en su legítima, percibirán únicamente esta diminuta, porque su padre careció de potestad para privarles de ella, gravársela y desfalcársela³; pues la cláusula codicilar hace que el testamento valga del modo que por derecho pueda valer, que segun el nuestro es el expuesto, sobre lo cual he visto caso práctico así resuelto; pero nombrándolos, aunque no sea sino genéricamente, no procederá lo explicado.

36. Si el padre ó la madre estando poseyendo alguna finca con el gravámen de no enagenarla, y con obligacion de restituirla á cualquiera de sus hijos, mejorasen á alguno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleciesen sin hacer la restitucion ni mencionar la finca, no llevará en ella el mejorado la parte que le cabria en la mejora, sino que por igual se repartirá entre todos. La razon es porque la mejora se extiende en los bienes propios del mejorante, y la finca no lo era: ademas la omision de su restitucion individual hace que se presuma que quiso se distribuyese entre todos, pues el grava-

1 Decio consil. 628. n. 8. Alciat. regul. 1. praesumpt. 32. n. 2. Menoch. *De arbitr.* cas. 88. n. 29.

2 L. penult. tit. 12. part. 5.

3 Gom. en la ley 3. de Toro, n. 86.

do á restituir indistintamente á alguno de su familia, puede hacer la restitucion á dos ó mas individuos de ella¹.

37. El mejorado en tercio ó quinto puede repudiar la herencia y aceptar la mejora, satisfaciendo primero de prorata las deudas del difunto, y quedando obligado en los mismos términos á las que pue- dan aparecer en lo sucesivo²; pero en la deduccion de la mejora se ha de atender al valor de los bienes á la muerte del testador, y no al que tenían en el tiempo en que fué mejorado³.

38. Mejorando el padre ó la madre por última disposicion en el tercio y quinto de sus bienes á dos ó mas hijos, si el uno de ellos fallece ó repudia su parte, ó por otro motivo deja de llevarla, se acrece á los demas mejorados; por lo que dividirán entre sí la mejora íntegra, como si solos lo hubieran sido, porque fueron conjuntos en la cosa y palabras, pues lo mismo se observa en los legados⁴.

39. Lo propio milita cuando son conjuntos solamente en la cosa: v. g. si dice el testador: *Mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de mis bienes: ó lego tal heredad*, y luego dice tambien: *Mejoro á mi hijo Juan en el tercio y quinto de mis bienes, ó le lego la misma heredad*: ó cuando lo son en las palabras, v. g. si dice: *Mejoro ó lego á mis hijos Pedro y Juan en el tercio y quinto de mis bienes por partes iguales*; pues en todos estos casos si el uno fallece ó repudia su parte, ó interviene otro motivo por el cual no deben llevarla, se acrece al otro⁵.

40. Y si los mejoró por contrato en sanidad, se ha de distinguir: ó fué revocable ó irrevocable la mejora: si fué revocable, sin entregarles la posesion de los bienes de su importe ni escritura en que se hizo, ha lugar tambien el derecho de acrecer entre ellos, porque esta mejora es á manera de legado, y en cierto modo retiene la naturaleza de hecha en testamento ó en otra última voluntad, por poderse revocar hasta la muerte, con la cual, y no ántes, se confirma⁶; pues aunque por derecho comun no ha lugar el de acrecer en los contratos lucrativos⁷, porque en ellos se hace interpretacion estricta, y en las últimas voluntades lata⁸, y segun el mismo derecho y el de las Partidas⁹, solo ciertas personas podían estipular por otro; pero hoy como por la ley estipulada¹⁰ están corregidas en esta parte ambas de

1 Ayor. part. 2. q. 27.

2 L. 5. tit. 6. lib. 5. R., ó 5. tit. 6. lib. 10. N.

3 LL. 7. tit. 6. lib. 5. R., ó 7. tit. 6. lib. 10. N.

4 L. 33. tit. 9. part. 6.

5 LL. cit. Morq. *De divis.* lib. 3. cap. 10. n. 1. al 3.

6 Palac. Rub. en la ley 44. de Toro n. 2.

7 Greg. Lop. en la 43. tit. 5. part. 5. gl. 5.

8 L. Si mihi et tertio. ff. *De verbor. obligat.*

ley Aquam. ff. *quemadmodum servitutes amit-*

tant. L. Si duo patroni. ff. *De jure jurand.*

9 L. In testam. ff. *De regul. jur.* L. Quid-

quid astringendo. ff. *De verbor. obligation.*

10 L. 7. tit. 11. part. 5. L. *Stipulatio ista. §.*

Alteri. ff. *De verbor. obligat.* y § *Si quis*

alium. Institut. *De inutil. stipulat.*

10 L. 2. tit. 16. lib. 5. R., ó 1. tit. 1. lib. 10. N.

rechos, y segun ella puede uno prometer por otro¹, debe tener lugar el de acrecer en la mejora referida, pues en los contratos lo tiene², y principalmente concurriendo, como en este caso concurren, el afecto y amor del padre, que obran mucho acerca de este derecho³. Por lo que si el testador lega cierta cantidad en dote á dos ó mas hijas juntamente, muerta la una, ha lugar el derecho de acrecer á favor de la viva: y así la llevará íntegra, como si todo se la hubiera legado, pues esto proviene de la voluntad del testador, el cual se presume que así lo hubiera hecho y mandado⁴.

41. Pero si el padre ó madre mejoraren por contrato irrevocable en sanidad á dos ó mas 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 falleciere sin sucesion uno de ellos (por cuya razon recaerá toda su hacienda en su padre, como su legítimo y único heredero segun la ley 6 de Toro), aunque el que sobreviva pretenda la parte de su hermano muerto, no la llevará, porque cuando la herencia ó mejora se acepta, no tiene lugar el derecho de acrecer, pues este por razon de la parte vacante y presunta voluntad del testador se introdujo: y como por la tradicion de la escritura y su aceptacion se transfirió con igualdad en los hijos mejorados la posesion y dominio de los bienes de la mejora, cada uno consigue su porcion, y por tanto cesa el derecho de acrecer, excepto en el usufruto⁵; por eso no debe el que sobrevive llevar mas que la parte que aceptó, que es la mitad de la mejora, pues la otra mitad se hizo del padre en virtud de dicha ley.

42. Si los padres hicieren donacion por testamento de alguna cantidad ó finca á cualquiera de sus hijos sin emplear la palabra *mejora*, se entiende mejorado en aquella, si no excediere del tercio y quinto, pues si excediere se le descontará en parte de su herencia, como queda dicho⁶. Lo mismo sucederá si la donacion fué *inter vivos*, siempre que no se hable de ella en el testamento, pues si en él expresan los testadores en su respectivo caso, que lo que le donaron se traiga á colacion y particion á cuenta de su legítima, se entenderá que no quisieron mejorarle.

43. Las mejoras de tercio y quinto son válidas, aunque el testamento del que las hizo se rescinda por pretericion ú omision, ó bien por desheredacion, del mismo modo que se ha dicho acer-

¹ Rodrig. Suar. en la ley *Quoniam in prioribus*. q. 8. col. 4. Cod. *De inoff. testam.* Covar lib. 1. *Var.* cap. 14. n. 13. Greg. Lop. en la 7. tit. 11. part. 5. gl. 1 y 2. en la 48. tit. 5. part. dicha gl. 1.
² Gutier. in *Repet.* leg. unic. Cod. *Quando non petentium partes*. n. 86. Ayllon. ad Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. n. 8.

³ Men. lib. 4. *praesumpt.* 149. al fin.
⁴ Palac. Rub. in cap. *Per vestras* § 24. n. 8. Men. *praesumpt.* 149. al fin lib. 4.
⁵ Greg. Lop. en la ley 33. tit. 9. part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. n. 6.
⁶ L. 10. tit. 6. lib. 5. R. ó 10. tit. 6. lib. 10. N.

ca de otras disposiciones que tienen siempre valor como últimas voluntades¹.

44. Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura *inter vivos* á alguno de los legítimos descendientes, y á otro por testamento ó última voluntad, y no dispone del tercio, serán válidas ambas mejoras, sin embargo de que la ley 28 de Toro prohíbe á los ascendientes mandar mas de un quinto en vida y muerte². La razon es porque si tiene facultad para mejorar á alguno ó algunos de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres, claro es que debe tenerla para disponer de los dos quintos, los cuales componen menor cantidad que el quinto y tercio, redundando el exceso en beneficio de los otros herederos, cuya legítima respectiva recibe aumento y no gravámen³.

45. Si mejora únicamente en el tercio á alguno ó algunos de sus descendientes legítimos, mandando que el mejorado pague algunas mandas ú otros gastos, y no ha dispuesto del quinto, estará obligado este á sufrir dicho gravámen hasta la cantidad del quinto, y no mas, porque el exceso es parte del tercio, y este legítima de los coherederos, á que no se ha de tocar en detrimento suyo.

46. Si los bienes del tercio y quinto se entregaron en vida al mejorado en uno y otro, tendrá este obligacion de pagar los gastos del funeral y misas, pero no los legados que dejó dispuestos el testador, porque no tuvo libertad de dejar ninguno. Pero si al tiempo de la donacion impuso al mejorado *inter vivos* en tercio y quinto la condicion de pagar los legados de su testamento, tendrá que cumplirla hasta donde alcance el quinto, y no mas. Se advierte que si los mejorados son muchos, y el testador no expresa entre ellos diferencia alguna, debe distribuirse igualmente entre todos la mejora.

¹ L. 8. tit. 6. lib. 5. R. ó 8. tit. 6. lib. 10. N. | ³ Mat. en la ley 12. tit. 6. lib. 5. R.

² Gom. en la ley 17. de Toro n. 22.

CAPITULO V.

De la revocacion de las mejoras.

¹ Los padres pueden por su sola voluntad revocar la mejora del tercio, ya sea hecha entre vivos ó en testamento, hasta su muerte.
² La revocacion se hace por medio de palabra ó por hechos, cual es

la enagenacion.
³ Se presume revocada la mejora, cuando el mejorante se desapropia de la finca ó alhaja en que consiste, á ménos que sea por urgencia ó causa onerosa.