

prohibicion de hacer irrevocable el quinto en la forma expuesta. Si no medió causa onerosa con tercero, podrá revocarle en el todo.

13. Si el padre mejoró en el tercio y quinto de sus bienes á un hijo, y despues edificó ó compró una capilla para su entierro y el de su familia, dotándola con renta y con el cargo de que anual y perpetuamente se celebrase en ella cierto número de misas, señalando y aplicando bienes para esta renta, debe distinguirse sobre si se han de deducir del quinto ó del cuerpo de la herencia los gastos de la capilla y cargas de misas. Se sacarán del segundo los gastos que el padre hizo en edificar ó comprar la capilla y sus ornamentos si no estan satisfechos, porque no son gastos funerarios, y porque el padre puede enagenar todos sus bienes en vida por título oneroso, y consumirlos, aunque sus hijos lo resistan, y nada les quede que heredar, sin estar obligado á comprar cosa útil y fructífera que aumente su patrimonio, por bastar que sea honorífica; y solo podrán quejarse caso que la enagenacion haya sido por título lucrativo; pues de lo contrario se seguiria que tampoco podria comprar el oficio de regidor ni otro público que es honorífico, y ninguna utilidad produce; pero la renta de la capellanía para la celebracion de misas se deducirá del quinto, porque es un legado pio, y como las expensas que se hacen en ello son en bien del alma, segun la ley 30 de Toro se deben sacar del quinto.

14. Legando el testador á muger ó á un hijo el quinto de sus bienes, y consignándosele en cierto fundo que le valia, dice Ayora que el legatario no llevará el fundo íntegro ni todos los frutos que durante la comunión de la herencia produjo, sino que se deben bajar primero de él los gastos del funeral, misas y legados pios y graciosos, y que el residuo será lo que se le aplique en el fundo, llevando á proporcion los frutos que este residuo haya producido, aunque el legatario del quinto quiera pagarlo todo de sus bienes. Mas esta opinion me desagrada respecto á este último punto, porque habiéndole señalado el testador el quinto, como pudo señalársele, se le transfirió su dominio incontinenti que falleció, y desde entónces le tocan los frutos que produjo, por ser legado específico¹; en cuya atencion solo me adhiero á su dictámen en el caso de que los herederos satisfagan de sus bienes los mencionados gastos, en el cual se le aplicará el resto en el fundo, no pagándoselos el legatario, y á proporcion llevará los frutos ó rentas que durante la comunión haya redituado, porque los herederos carecieron de su dinero en todo este tiempo, sin haber tenido obligacion de suplirle por el legatario, y será justo que se compensen.

1 LL. 34 y 48 tit. 6 part. 6.

15. Si el padre, condenado en vida por sentencia á dar alimentos á un hijo natural mientras viviere, dejase hijos legítimos, y á uno de estos ó á un extraño legase el quinto, ó dispusiese de él por su alma, podria decirse que del cuerpo de su caudal se han de deducir dichos alimentos, sean los necesarios ó la cantidad asignada en la sentencia, por ser deuda contra la herencia; mas sin embargo debe pagarlos el legatario del quinto, y de él han de deducirse, así los dados al hijo en vida de su padre, como los que se le den despues de muerto; porque todo lo mas es legítima de los hijos legítimos, la cual no debe gravarse, como deduciéndose del cuerpo del caudal se gravaria; pues aunque el padre contrajo esta obligacion en vida, como la condenacion ó sentencia no muda la causa del débito, que es la de alimentos, y el hijo natural, habiéndolos legítimos, debe ser alimentado del quinto, y no de las legítimas de estos, ni tiene derecho á mas, segun las leyes 9 y 10 de Toro; por esto se ha de atender á la causa que motiva su deduccion, que son los alimentos.

CAPITULO III.

De la division de los bienes del testador entre sus descendientes legítimos cuando mejoró á alguno de ellos.

- 1 Teniendo el padre ó la madre dos ó mas hijos, pueden mejorar en contrato ó en última disposicion á cualquiera ó cualesquiera de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres.
- 2 Este tercio y quinto ha de ser uno en vida y muerte en todos casos; y si siendo muchos los mejorados no señala el mejorante á cada uno la parte ó cuota que ha de percibir de la mejora, deberá dividirse esta igualmente entre todos.
- 3 Compete esta facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos, aun en el caso de que siendo el padre rico y la muger segunda pobre, se deba dar á esta la cuarta marital que la ley le concede.
- 4 Si el testador solo tiene un hijo ó descendiente, no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, ni de consiguiente imponerle gravámen en él, excepto en los casos que allí se expresan.
- 5 La mejora se puede consignar en bienes ciertos, para que se satisfaga de ellos su importe despues de la muerte del mejorante, con tal que el valor del tercio no exceda del de la tercera parte de sus bienes en dicho tiempo.
- 6 Si el padre del testador le hubiere dejado una finca con la condicion de que despues de la muerte de este hubiese de pasar á su hijo mayor, nieto de dicho padre, se debe adjudicar al nieto, y no imputársele en su legítima.
- 7 Habiendo dejado el testador al nieto un fundo para cuando *tuviere hijos*, si ántes de verificarse esta condicion ó de tenerlos, se dividieron los bienes de su padre entre él y sus hermanos, incluyéndole en la particion, podrá sin embargo el nieto, verificándose despues la condicion, pedir el fundo dividido ya y entregado.
- 8 Limitacion de la doctrina sentada en

- el párrafo anterior.
- 9 Haciendo el padre en su testamento ó en otra disposicion última algun legado á su hijo ó descendiente, é instituyéndole heredero con los demas, se debe tener este legado por mejora, como si se hubiese hecho donacion en contrato.
- 10 Procede lo referido, no solo cuando le instituye heredero igualmente con los demas, sino tambien aunque le instituya simplemente, porque esta simple institucion se estima hecha en iguales partes.
- 11 De lo dicho en los dos párrafos anteriores se deduce que si el testador no dispone del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero esta en el tercio y quinto, y si excede al importe de ambos, ha de aplicase al legatario el exceso en cuenta de su legítima; pero si el testador dispone de dicho quinto, se le imputará en el tercio, y el sobrante, si le hubiese, en su legítima.
- 12 Cuando el padre dice en su testamento que un hijo suyo le quitó cierta cantidad, ó que él se la dió para casarse ó para otro objeto, mandando que se le impute en su legítima, y el hijo lo negare, ¿valdrá la asercion del padre?
- 13 Si el padre dice: Mejoro á Juan y Diego, mis hijos, en tanta cantidad que mi hijo Pedro me quitó; aunque esta asercion paterna no conste por otro medio que por su mera confesion, no obstante valdrá la mejora.
- 14 15 y 16 Donando el padre en vida simplemente y entregando á un hijo alguna finca, se considera este mejorado tácitamente. ¿Si esta donacion que se tiene por mejora se ha de imputar en el tercio ó en el quinto, y de cuál se ha de entender primero, en el caso de que su valor no alcance á completar el de ambos?
- 17 Donando y entregando el padre la heredad ó finca al hijo para casarse, si muere ántes que su padre
- sin dejar hijos, y en vida la vendió entregándola al comprador, no podrán los coherederos reivindicarla de este en la parte en que excedió á su legítima y mejoras, porque el hijo se hizo verdadero dueño, y como tal pudo enagenarla.
- 18 Si poseyendo el padre ó la madre alguna finca con el gravámen de no enagenarla y de restituirla á alguno de sus hijos despues de su muerte, mejoró al uno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleció sin hacer la restitution ni mencion de la finca, no llevará el hijo mejorado como tal parte alguna de ella.
- 19 Si muerta la madre que mejoró á alguno de sus hijos hubiere poseído el padre como su administrador legítimo todos los bienes en comun, y con el transcurso del tiempo se aumentaron naturalmente, recibirá este aumento la mejora.
- 20 y 21 Cuando dos ó mas hijos fueron mejorados por contrato irrevocable, y se les entregó la escritura de mejora, si uno de ellos fallece, vuelve al padre la mitad de ella como único heredero de su hijo; y cuando muera el mismo padre, ¿será dicha mitad para el mejorado que sobrevivió.
- 22 Aunque en los contratos lucrativos no há lugar segun el derecho romano el derecho de acrecer, se exceptúa de esta regla la donacion que haga el soberano á dos ó mas juntamente.
- 23 ¿Si podrá hacerse irrevocable la mejora del quinto, como se hace la del tercio por contrato entre vivos?
- 24 Si el padre ó la madre mejorase á un hijo en el tercio de sus bienes, señalándosele en cosa cierta, y esta no equivale á su importe, ¿deberá suplirse de los demas bienes del mejorante lo que falte para el complemento del tercio?
- 25 No se puede mejorar á la hija por razon de dote, y tiempo que se ha de mirar para ver si cabe esta en

- su legítima.
- 26 hasta el 31 Cuando hay mejora de tercio y quinto, ¿cómo deberá el contador hacer la deduccion de uno y otro?
- 32 Para hacer la deduccion del tercio entero ó de la parte que señale el testador al mejorado, se ha de tener consideracion á lo que valen sus bienes cuando muere: ¿y por qué razon?
- 33 Lo propio se entiende de cualquiera donacion de cosa ó cantidad hecha simplemente á un hijo, porque tiene fuerza de mejora.
- 34 y 35 Si el padre mejora en alguna disposicion última á un hijo en el tercio de sus bienes, y no dispone del quinto, ¿cuál de los dos se ha de bajar primero, y cómo ha de hacerse la deduccion, caso que los
- gastos del funeral, misas y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de este despues de deducidos?
- 36 ¿Qué deberá hacerse si el padre ó la madre mejoró en última disposicion á un hijo en el tercio de sus bienes, mandando que pagase de él los gastos de su funeral, misas y legados, sin haber dispuesto del quinto?
- 37 Cuando el padre mejoró en el tercio de sus bienes á un descendiente suyo, y á otro en el quinto, ordenando que el primero pagase los gastos de su entierro y demas expresados, deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto de los bienes del mejorante, y no mas.

1. **E**n el libro 1.º tit. 2.º capítulo 3.º, párrafos 13 y 14, se dijo que, segun la ley 28 de Toro (8 tit. 20 lib. 10. Nov. Rec.), los ascendientes, teniendo legítimos descendientes, solo pueden disponer de la quinta parte de sus bienes, pues las otras cuatro forman la legítima de dichos descendientes¹. Sin embargo no siempre son dichas cuatro partes la legítima precisa y necesaria de todos los hijos y descendientes legítimos del testador; porque teniendo el padre ó la madre dos ó mas, pueden mejorar en contrato ó en última disposicion á cualquiera ó á cualesquiera de ellos en el tercio y quinto de su hacienda libre en propiedad y usufruto adquirida por cualquier título², y los demas percibirán su legítima disminuida, segun se dijo en el libro 1.º título 2.º capítulo 4.º donde se trató de las mejoras, reservando para este lugar lo que pareció tenia mas estrecho enlace con la division del caudal hereditario.

2. Este tercio y quinto ha de ser solamente uno en vida y muerte en todos casos; y si siendo muchos los mejorados no señala á cada uno la parte ó cuota que ha de percibir de la mejora, debe di-

¹ Por derecho antiguo civil solo correspondia á los descendientes la cuarta parte libre de los bienes de sus ascendientes, y si no se la dejaban entera, podian pedir suplemento. Despues por las Auténticas y por las leyes de Partida se mandó que la legítima fuese la tercera parte si los hijos eran cuatro ó ménos, y si cinco ó mas, la mitad (L. 17 tit. 1 part. 6.). Posteriormente las leyes del Fuero Real permitieron

á los ascendientes disponer de un quinto en vida y de otro en muerte, y estas se corrigieron por la de Toro, que prohibió á los ascendientes disponer mas que de un quinto de sus bienes en ambos tiempos. (Leyes 9 tit. 5 de legados, y 7 tit. 12 de donaciones, lib. 3 del Fuero Real y 28 de Toro.)

² L. 9 cit. y leyes 17 y 18 de Toro, que son la 1 y 2 tit. 6 lib. 10 N. R.

vidirse igualmente entre todos, porque no puede haber mas que una; á cuya consecuencia, sin embargo de que los padres perciban frutos de los bienes de sus hijos, no pueden dejarles otra mejora de aquellos, como tampoco de su propiedad.

3. Compete esta facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos, aunque sean procreados en diversos matrimonios, segun se dijo en dicho capítulo 3.º del libro 1.º párrafo 19, y aun en caso de que siendo el padre rico y la muger segunda pobre se deba dar á esta la cuarta marital que la ley le concede. Asimismo, no obstante que la viuda ha de llevar esta cuarta, podrá el testador disponer del tercio que le concede la ley 6.ª de Toro en perjuicio de su padre ó ascendiente, porque hay la misma razon en una legítima que en otra; y porque las deudas, sean legales ó convencionales, como que no son herencias ni bienes del difunto, se deben deducir ántes que se proceda á la division de los propios de este. Esta facultad de mejorar se extiende tambien á los abuelos respecto de sus nietos, como puede verse en el mismo capítulo y párrafo 19.

4. Pero si el testador solo tiene un hijo ó descendiente no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, ni de consiguiente imponerle gravámen en él, excepto en los casos siguientes: 1.º cuando el hijo mayor de veinte y cinco años consiente expresamente el gravámen que su padre le impuso en el tercio jurando no reclamarlo: 2.º si calla toda su vida y pesée los bienes treinta años por muerte de su padre, ó mientras vive, sin reclamar la vinculacion y gravámen: 3.º si el padre le mejora con la condicion de si le naciere otro hijo ó hijos, pues convalecen la mejora y gravámen luego que nace alguno; y lo mismo procede aunque en la mejora no ponga dicha condicion, si le nacen despues mas hijos: 4.º si el padre constituye mayorazgo irrevocable del tercio, entrega en vida á su hijo los bienes que le componen sin reservarse su usufruto, y este percibe sus frutos que equivalen al gravámen; de lo cual se trató en el citado capítulo 3.º párrafos 20 al 24. Acerca de la facultad que tienen las madres y abuelas de mejorar, véanse los párrafos 24 y 25 del mismo capítulo.

5. La mejora se puede consignar en bienes ciertos y determinados para que se satisfaga en ellos su importe despues de la muerte del mejorante (segun se dijo en el mismo capítulo, párrafo 2.º), con tal que el valor del tercio no exceda del de la tercera parte de sus bienes en dicho tiempo. Así que, habiendo consignacion sin entrega de cosa alguna, se ha de atender para el cabimiento del tercio al valor de los bienes que el mejorante tiene cuando fallece, y

1 L. 9 cit.

2 L. 19 de Toro, que es la 3 tit. 6 lib. 10 N. R.

no al que tenian cuando hizo la mejora, sean muchos ó pocos en cualquiera de los dos tiempos. Si el mejorante hiciese la asignacion en los mejores y mas fructíferos bienes, de suerte que sean gravados los demas hijos en sus legítimas, se hará lo que se dijo en el citado capítulo 3.º párrafo 27; y en los siguientes 28 y 29 se expresaron los términos en que debe hacerse la entrega al mejorado, ya cuando el testador haya asignado en bienes determinados la mejora, ya en el caso de no haber hecho tal asignacion.

6. Si el padre del testador le hubiere dejado una finca ó heredad con la condicion de que despues de la muerte del mismo testador habia de pasar á su hijo mayor nieto de su padre, se debe adjudicar al nieto, y no imputársele en su legítima paterna, porque el abuelo tuvo facultad para mejorarle, sustituirle y gravarle á la restitution, y el nieto recibe de él y no de su padre el fundo; por lo que no se debe conceptuar finca del testador, ni hacer mérito de él en la particion de sus bienes.

7. Habiendo dejado al nieto un fundo *para cuando tuviese hijos*, si ántes de verificarse esta condicion ó de tenerlos se dividieron los bienes de su padre entre él y sus herederos ó coherederos, incluyéndole en la particion y prometiendo todos haberla por firme, podrá sin embargo el nieto, verificándose despues la condicion, pedir el fundo dividido ya y entregado, aunque haya hecho juramento de no contravenir nunca á la particion; porque por la de los bienes comunes no se entiende remitido ni renunciado el fideicomiso condicional, aun cuando se tenga noticia de él, y se diga en la misma particion que el uno remite y cede al otro todos los derechos que tiene y espera tener, y lo que se le dejó en testamento.

8. Pero esto se limita: lo primero, cuando se purificó el fideicomiso, muerto el padre, porque si se dividiese despues entre los hermanos, se perjudicaria al nieto por la renuncia y remision; y lo segundo, si en la division se pusieron palabras amplias y eficaces, como si dijeron: „Que de las cosas divididas ninguno habia de poder repetir ni exigir jamas del otro coheredero cosa ni parte alguna, aunque por derecho le tocara y pudiese tocar, porque lo renunciaba todo, y se lo condonaba mutuamente para siempre;” pues entónces se presume que el nieto quiso dividir y renunció el fideicomiso, teniendo noticia de este y haciendo constar que la tenia, y no de otra suerte, en atencion á que por general y amplia que sea la renuncia, de ninguno se presume que ha renunciado el derecho que ignora tener.

9. Haciendo el padre en su testamento ó en otra disposicion última algun legado á su hijo ó descendiente, é instituyéndole heredero igualmente con los demas, aunque algunos dicen que este le-

gado se le ha de imputar en parte de legítima, porque en duda mas parece que quiere pagar el débito que hacer donacion; se debe sin embargo tener por mejora, como si se hubiera hecho donacion en contrato¹, porque el legado es una especie de donacion², y toda donacion de padre ó madre ha de conceptuarse mejora, segun lo dispone expresamente la ley 26 de Toro³, que dice: *Si el padre ó la madre en testamento ó en otra cualquier última voluntad ó por otro algun contrato entre vivos hicieron alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio ó en el quinto, entiéndese que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto y legítima de lo que debían haber de los bienes de su padre, madre y abuelos, y no en mas.* Además, si el padre hubiese querido que se imputase el legado al hijo en su legítima, lo hubiera expresado, y por no haberlo hecho, y si instituido al legatario heredero con los demas, es visto que quiso mejorale.

10. Procede lo referido, no solo cuando le instituye heredero igualmente con los demas, sino tambien aunque le instituya simplemente, porque esta simple institucion se estima hecha en iguales partes⁴. Tambien procede no solamente con el hijo varon ú otro descendiente, sino asimismo en la hija ó nieta; pues aunque no puede ser mejorada en contrato por razon de dote ni casamiento, segun la ley⁵, sí puede serlo en testamento ú otra última voluntad.

11. De lo expuesto se deduce que si el testador no dispone del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero esta en el tercio y quinto; y si excede al importe de ambos, ha de aplicarse al legatario el exceso en cuenta de la legítima que le corresponde de los bienes del testador; y si dispone de él, se le imputará en el tercio, y el sobrante, si lo hubiere, en su legítima; pues lo contrario es opuesto á lo resuelto en la ley 26 de Toro, cuya inteligencia en la forma explicada está comunmente recibida, mayormente cuando se debe observar el órden de las palabras, constando de ellas el espíritu y mente de la ley.

12. Si el testador dijo en su testamento: „Mi hijo Pedro me quitó cien doblones, ó á mi hijo Pedro dí cien doblones cuando se casó, ó para ciertas cosas: mando que los traiga á particion con sus hermanos, y se le imputen en su legítima;” y el hijo niega haber re-

1 L. 10 tit. 6 lib. 10 N. R.
2 L. 1 tit. 9 part. 6.
3 L. 10 citada.

4 L. 17 tit. 3 part. 6.
5 L. 6 tit. 3 lib. 10 N. R.

cibido de su padre, ó quitádole los cien doblones, y no hay mas prueba que la confesion de su padre, si este no mejoró á los demas hijos, valdrá aquella hasta en lo que alcancen el tercio y quinto á favor del hijo, porque en estos puede gravar á algunos de sus herederos legítimos: lo cual procede, aunque no sea cierta su asercion, porque la demostracion falsa no vicia el legado de cantidad ó cosa cierta hecho á los hijos¹; y si los mejoró en el tercio y quinto, no valdrá ni se deberá estar á ella, en perjuicio de la legítima del hijo que niega la sustraccion ó recepcion de la cantidad que dice su padre², y así deberá percibir su legítima entera (*).

13. Pero si dice: „Mejoro á Juan y Diego, mis hijos, en tanta cantidad que mi hijo Pedro me quitó;” y esta asercion paterna no consta por otro medio que por su mera confesion, aunque parece que será de ningun momento la mejora, porque no se hizo de nada, puesto que no se acredita legalmente su certidumbre (al modo que si dijese: „Lego á Francisco ciento, que Antonio me debe;” será inútil este legado no haciéndose constar el débito); no obstante vale la mejora, porque hay diferencia entre los dos casos; pues cuando las palabras del testador se dirigen al heredero, como si dice: „Lego á Pedro ciento que le debo,” parece que su voluntad es gravarle para que dé aquello que lega; mas cuando habla de tercera persona, como en el último caso de Francisco y Antonio, no es visto que quiere gravarle á dar lo que expresa (**).

14. Donando en vida simplemente, y entregando el padre á un hijo algun fundo, se contempla mejorado tácitamente en él; por lo que si su valor excede al tercio y quinto del que incluyéndole tienen los bienes del donante cuando fallece, ha de llevar el exceso en cuenta de la legítima, y si excede tambien á esta, debe restituirla

1 Véase el cap. 18 tit. 2 lib. 2 § 16.

2 L. 3 tit. 14 part. 3.

(*) Si hubiese dicho Febrero que en los casos expresados no vale la asercion del padre negándola el hijo, se hubiera explicado mejor y en ménos palabras. Con mas claridad se explica la ley 3 citada, que así por esto, como porque merece leerse, voy á copiar. *Tan grande es el amor que há el padre con su fijo, maguer sea de ganancia (aunque sea ilegítimo), que va buscando carreras (medios ó trazas), porque le pueda dar mas en su testamento que mandan las leyes deste nuestro libro. E esto seria cuando alguno deja á tal fijo, quanto le otorga el derecho que le puede dejar. E en ese mismo testamento dice, que manda á sus herederos que tornen á aquel su fijo tantos maravedis que le diera fulano, pariente del mozo, en poridad (secreto) que los guardasse por él: é otrosí, que le tornasen tantos maravedis que él recibiera de los frutos de tal heredamiento del mozo, ó de su madre, ó man-*

dase escribir en el testamento otras palabras semejantes de estas, en que mandase dar al mozo mas de lo que las leyes mandan, decimos: que los herederos no son tenudos de pagar mas que lo que el derecho de este nuestro libro manda que pueda mandar el padre á tal fijo, é que en las palabras que dijo demas de aquello, que no debe de ser creído. Cu sospecharon los sabios antiguos que hicieron las leyes, que quando el padre usa de tales palabras en su testamento, que lo face por engañar la ley é por sabor (deseo) que ha de facer algo á sus fijos, é non porque sea así. Pero si tal fijo pudiese probar que el padre le debe, ó recibiera por él alguna de estas cosas que le manda dar, entonces tenudos serian los herederos de tornarle é de otorgarle todo aquello que así provasse ó mostrasse. Febrero reformado.
[**] Oscura, confusa y poco sólida y atendida parece la doctrina de este párrafo. Febrero reformado.

á los coherederos¹. Lo mismo se debe practicar cuando le mejora expresamente, señalándole y entregándole los bienes de la mejora; atendiéndose y computándose en todo caso el valor de los del mejorante ó donante al tiempo de su muerte, unido con el de los entregados, y no al de los que tenia cuando le mejoró, fuesen mas ó menos², como se explicará en el capítulo siguiente con mas extension.

15. Supuesto que esta donacion se tiene por mejora, dúdase si se ha de imputar en el tercio ó en el quinto, y de cuál se ha de entender primero en el caso de que su valor no alcance á completar el de ambos; y parece que deberá entenderse del quinto, supuesto que por la ley 214 del Estilo, que está en uso, se manda deducir primero que el tercio por favor del alma del testador ó donante, y que cuando no consta claramente de la voluntad de este, se entiende disponer ó contraer segun la costumbre del pais en que se hace la disposicion ó contrato; ó que si equivale al tercio se imputará en él, ó en el quinto si equivaliese á su importe; pues aquello se entiende hecho que se colige de la cualidad de la cosa, así como de la cantidad del precio se infiere si fué venta ó arrendamiento lo que se hizo; y si lo que donó equivale á su legítima, parece asimismo que quiso anticipársela en vida, y que así deberá colacionarla, sin que se deba hacer mérito de que exceda, ó no llegue al tercio, quinto ó legítima en poca suma, porque lo poco se reputa nada.

16. Pero sin embargo de lo expuesto, no se debe imputar en el quinto ni legítima dicha donacion, sino estimarse como tercio ó parte de él: en primer lugar, porque como el quinto es la única hacienda del testador, es visto haber querido reservarle para disponer de él á favor de su alma, ó en otras cosas á su arbitrio; y de entenderse serlo, y no tercio, resultaria que el mejorado tenia obligacion á pagar de él no solo el funeral y misas, sino tambien los legados pios y gratuitos, lo cual no puede ser, porque solo en cuanto al funeral necesario y moderado, misa y descargos de su conciencia es revocable, para que no muera intestado el donante; y no estando, como no está, obligado á cumplir cosa alguna de estas del tercio, porque es parte de legítima y no puede gravarse, se seguiria que, ó se le habia de gravar en él, ó no se habia de cumplir enteramente la voluntad del donante: en segundo lugar, porque si despues de donado el fundo legase á un extraño el quinto de sus bienes, es indudable que el valor del fundo se tendria por tercio ó parte de él, como si hubiera dejado el quinto por su alma; y debiendo observar-

¹ LL. 26 y 29 de Toro.

² LL. 19, 23, 26 y 29 de Toro.

se en el todo su voluntad, si se puede sin violar la ley, se debe entender por esto ser tercio y no quinto: en tercer lugar, porque en duda siempre se presume que todos quieren gravarse ó dar lo ménos que pueden, como hace cualquier persona prudente, y con la donacion del fundo, si se entendiese del quinto, se quitaba á sí propio el mejorante la facultad de testar libremente de él íntegro, lo cual no es creible quisiese; y en cuarto lugar, porque la disposicion y contrato dudosos se han de interpretar segun lo que es mas verosímil quisieron el testador y contrayente, como asimismo mas á propósito para que su voluntad y estipulacion tengan efecto, y han de conciliarse con las leyes en todo lo que no se opongan. Por estas razones se ha de computar en el tercio, y si sobrase algo, en el quinto, disponga de él én favor de su alma ó de extraño, ó destínele á su arbitrio en otras cosas.

17. Donando y entregando el padre el fundo al hijo para casarse, si muere ántes que su padre sin dejar hijos, y en vida le vendió y entregó al comprador, podrán los coherederos reivindicarle de este en la parte en que su valor excedió á la legítima y mejora, segun Ayora, fundándose en que se entiende mejorado con la condicion de que sobreviva á su padre, porque mientras este vive no hay herencia, ni puede tener heredero de hecho, ni hasta que muera se debe la legítima. Pero á estos fundamentos se satisface: lo primero, con que aunque el padre mientras vive no puede tener heredero, esto se entiende siendo extraño, mas no siendo hijo, porque este se llama heredero de su padre en vida, y cuasi dueño de sus bienes: lo segundo, con que sin embargo de no debérsele la legítima ni poder ser compelido el padre á entregársela, se la puede pagar en vida, y cuando le da algo en cuenta de ella, se dice mas bien que le anticipa, ó paga ántes de tiempo, que el que le dona; pues el hijo se llama acreedor á ella en vida de su padre: lo tercero, con que la donacion hecha al hijo estando bajo de la patria potestad se confirma con la muerte del padre si no la revoca; y lo cuarto, con que así como la donacion hecha á la hija por causa de dote es válida, y esta se da en parte de legítima, así tambien la donacion del capital vale y no se puede revocar, pues corre parejas con la dote, y el padre puede ser compelido á hacerla á su hijo¹. En esta atencion digo que el hijo se hizo verdadero dueño del fundo, que como tal pudo enagenarle, y que una vez enagenado legítimamente no se puede retractar, aunque despues llegue el caso, y se advierta, que si ántes de hacerlo hubiera sucedido, impediria que se perfeccionase la venta: fuera de que por el hecho de donarle el padre á su hijo, es visto haber consentido en su enagenacion.

¹ L. 17 de Toro, y 3 tit. 15 part. 6.