

del Digesto, y 8, título 33, Partida 6. Esto mismo se observará en el caso de intestado, ley 3, título 29, libro 3 del Código.

*Cuarta* (que entonces era legítima, y por la Novela 18, capítulo 1, se aumentó á la tercera parte, ó la mitad segun el número de hijos); "autem accipietur, scilicet deducto ære alieno et funeris impensis," ley 8, párrafo 9, título 2, libro 5 del Digesto.

*Se agregará.* El que tiene herederos forzosos tampoco puede menguar su legítima por liberalidades entre vivos, pues de otro modo vendria aquella á ser ilusoria: las donaciones, por lo que hace á la legítima y poderse ó no calificar de inoficiosas, quedan en suspenso hasta la muerte del testador. Esto es conforme al título 29, libro 3 del Código de *inofficiosis donationibus*, al 30 de *inofficiosis dotibus*, y aun más á la Novela 92, capítulo 1, á pesar de lo que diga Gotofredo; lo mismo en el 920 Frances, 731 Sardo, y en los de todos los Códigos modernos; será más largo sobre esto al tratar de las mejoras en el apéndice número 8.

*En el tiempo en que las hizo.* Es conforme á lo aprobado en el artículo 887 para los herederos forzosos: aquí se habla de todos, porque los motivos son los mismos y de mayor fuerza contra herederos extraños: vé lo que espongo al dicho artículo 887 sobre los motivos de habernos separado de los Códigos modernos y de la opinion comun.

#### ARTICULO 649.

*Fijada la legítima con arreglo al artículo anterior, se hará la reduccion como sigue:*

1° No se llegará á las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo ó dejando absolutamente sin efecto, si necesario fuere, las disposiciones testamentarias.

2° La reduccion de estas se hará á prorata sin distincion alguna.

*Si el testador quiso que se pagara cierto legado con preferencia á otros, no sufrirá reduccion sino despues de haberse aplicado estos por entero al pago de la legítima.*

3° Si la disposicion consiste en un usufructo ó renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos

forzosos podrán escoger entre ejecutar la disposicion ó abandonar la parte disponible (1).

Número 1. Es el artículo 923 Frances, 971 Holandes, 1157 Sardo, y general en todos los Códigos. Los donatarios tenían adquirido un derecho de que el mismo donador y testador no podia privarlos. "Les legs ne doivent etre payes qu' apres l'acquit des dettes et charges, la quotité reservee par la loi est au nombre des charges;" discurso 55, al artículo 926 y 923: la legítima en el lenguaje de las leyes Romanas y Patrias es una deuda natural.

Número 2. Pues que todas son iguales y de una misma naturaleza. Por esta razon se practicaba lo mismo para sacar la cuarta Falcidia, leyes 73, párrafo último, y 81, párrafos 1 y 2, título 2, libro 25 del Digesto, y ley 1, título 11, Partida 6.

El primer párrafo es el artículo 926 Frances, 733 Sardo, y comun á todos los Códigos.

El segundo párrafo es el artículo 927 Frances, 734 Sardo, y comun tambien á todos los Códigos: el testador puede preferir el pago de un legado al de otro, y es justo que se respete su voluntad miéntras no se perjudique á la legítima.

Número 3. Es el artículo 917 Frances, 965 Holandes, 1486 de la Luisiana; los 346 y 347 Prusianos, título 12, parte 1, toman

1. Fijada la legítima en los términos prevenidos en el artículo anterior, se reducirán los legados en el orden establecido en el capítulo 7° de este título.—Si el testador designó para la reduccion algun legado, no se reducirán los demas, sino cuando no baste el importe del que haya sido señalado.—Si el testador dió preferencia en el pago á algun legado, éste no sufrirá la reduccion sino cuando el importe de los demas no haya alcanzado para cubrir la legítima.—Si la disposicion consiste en el usufructo ó en una renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre ejecutar la disposicion ó abandonar la parte disponible.—Cuando en el caso del artículo anterior hubiere otros legados y los herederos entregaren la parte disponible, si el testador no hubiere dispuesto que la renta vitalicia ó el usufructo sean preferentes á los otros legados, la parte disponible se distribuirá entre todos los legatarios á juicio del juez, si aquellos no se convinieren.—Arts. 3489 á 3493, cap. 4, tít. 2, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

otro rumbo más complicado, diciendo: "La parte de los legatarios que reciben anualidades ó un usufructo, se capitalizará para poder hacer las reducciones."

El medio adoptado por el Código Frances y los que lo siguen es más sencillo, pues aleja las dificultades con que puede tropezarse para apreciar justamente las disposiciones objeto de este número.

Los legatarios del usufructo ó de la renta no pueden quejarse, pues que se les da todo aquello de que pudo disponer el testador: los herederos forzosos tampoco pueden quejarse, pues que son libres en ejecutar la disposicion, si creen que no es inoficiosa y excesiva, ó en reemplazarla cediendo la parte disponible, si creen lo contrario.

Si, por ejemplo, se lega una renta vitalicia á una persona de edad avanzada y de salud achacosa, es probable que la renta vitalicia se extinguirá pronto, y los herederos tienen interés en darla.

Si, por el contrario, el legatario es joven y robusto, de modo que puede dársele una vida larga, tal vez convendrá á los herederos cederle la porcion disponible, y librarse del pago de la renta.

Esto mismo se observará por paridad de razon en las donaciones de usufructo ó renta vitalicia.

#### ARTICULO 650.

*Quando el legado sujeto á reduccion consiste en una finca que no admite cómoda division, quedará la finca para el legatario, si la reduccion no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos, pero aquel y estos deberán abonarse su respectivo haber en dinero. (1)*

Tomando de los artículos 735 y 736 Sardos, con una ligera modificacion: el 736 dice: "Quando no pueda hacerse cómodamente la separacion ó division, el legatario deberá dejar la finca por entero en la herencia, si el valor de aquella excede en más del cuarto al de la porcion disponible, pero, si la finca no se eleva á un valor que exceda

1. Sobre este punto trataremos al hablar de los legados.—N. de los EE.

esta cuota, el legatario podrá retenerla con la obligacion de indemnizar á los herederos forzosos."

La apreciacion de nuestro artículo parece más fácil y sencilla á la par que más equitativa: el simple exceso decide respectivamente del derecho: esto mismo deberá regir en las donaciones: vé los artículos 664 y 971.

El 972 Holandes es más sencillo, y tal vez ménos razonable: "La restitucion de los inmuebles que deberá tener lugar por consecuencia del artículo anterior (por la reduccion) se hará en especie, á pesar de toda estipulacion contraria."

"Esto no obstante, si la reduccion recae sobre una finca que no admita cómoda division, el donatario, aún extraño, tendrá la facultad de pagar en dinero lo que se debe á los herederos legitimarios (forzosos)."

#### ARTICULO 651.

*Si los herederos ó legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenia: si este tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta á instancia de cualquiera de los interesados. (1)*

Es el único medio posible y razonable para salir de este embarazo, y guarda armonia con lo dispuesto en el final del artículo 1455.

#### SECCION II.

##### DE LAS MEJORAS

#### ARTICULO 652.

*Los padres y ascendientes pueden disponer en vida ó en muerte en favor de cualquiera, aunque sea extraño, de todo lo que no sea legít-*

1. Si el heredero ó legatario á quien compete el derecho concedido en los artículos 2778 y 2779, no usare de él, podrá ejercitarlo el otro interesado, si tuviere algun derecho real sobre la cosa donada; y si ninguno de ellos lo ejercita, el inmueble se venderá en pública almoneda.—Si el valor de las donaciones testamentarias no alcanzare á completar la legítima, se aplicarán á su pago las hechas entre vivos en los términos que establecen los artículos 2770 á 2784; cuyas disposiciones se observarán tambien en la reduccion de los legados.—Arts. 3494 y 3495, tít. 2, cap. 4, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

*tima rigurosa de sus hijos y descendientes, según lo dispuesto en el artículo 642. (1)*

Este artículo es de jurisprudencia universal, y no necesita motivarse, ni admite comentarios: todo lo que no sea legítima rigurosa es de libre disposición.

Por esto mismo no hay propiedad legal, ni de lenguaje, en llamarla mejora, ni debía tener lugar en esta sección: véase el principio del apéndice.

*Los padres y ascendientes:* y también los hijos y descendientes, cuando aquellos les sean herederos forzosos, y tengan por consiguiente derecho á la legítima del párrafo 3, del artículo 642.

#### ARTICULO 653.

*Los padres y ascendientes pueden además disponer en favor de su cónyuge en usufructo:*

1.º *De la cuarta parte de la legítima del hijo, si queda uno solo ó descendientes que le representen.*

2.º *De un quinto de la legítima, si deja dos ó más hijos ó descendientes que le representen.*

*Si el testador deja solo ascendientes, cualquiera que sea su número, puede disponer hasta de la mitad de su herencia en propiedad á favor de su cónyuge.*

*El cónyuge binubo no gozará de la facultad concedida en este artículo. (1)*

1. Es nula toda disposición del testador que tenga por objeto disminuir la legítima de sus herederos forzosos, en provecho de alguno ó de algunos de ellos.—Art. 3515, tit. 2, cap. 6, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

1. La ley, salvo lo dispuesto en el artículo 3497, citado en la nota de fojas 62 de este tomo no consiente mas alteración en las legítimas asignadas en el capítulo 4.º á los herederos forzosos, que la que resulta de la aplicación total ó parcial que á uno de ellos haga el testador de su parte de libre disposición. El testador que hace esta aplicación á favor de herederos forzosos, se dice que mejora.—Art. 3516, tit. 2, cap. 6, lib. 4, cód. civ. vigente.

La comisión dice: que el punto de mejoras en los testamentos ha sido materia que por su gravedad y trascendencia dió ocasion á discusiones de alta importancia, porque en efecto muchas veces la mejora puede servir para remunerar los servicios de algún hijo ó para amparar y proteger á alguno que por su edad, por su sexo ó por otras circunstancias personales sea digno de consideración especial. Más como la calificación de las causas queda naturalmente al arbitrio del testador, que puede equivocarse, puede preocu-

Se hace aquí una excepción en favor del viudo ó viuda á lo dispuesto en el artículo 642.

Parece por lo ménos humano y equitativo dar á los esposos entre sí alguna mayor facultad para demostrarse su cariño y solicitud; y el ejemplo dado en este punto por otros Códigos era más recomendable para nosotros que habemos suprimido el usufructo universal de los viudos, arraigado y aun querido en algunas de las provincias de Fueros como en Aragon y Navarra; de este modo el buen esposo deberá á sus merecimientos y al amor del difunto lo que aun el malo debía en dichas provincias á la fria disposición de la ley.

De la materia de este artículo trata el 1094 Frances, seguido por el 1049 Napolitano, 1839 de la Luisiana y 705 de Vaud, aunque por este último con alguna variación.

Pero nuestro artículo dista mucho del Frances, y está exento de sus contradicciones en un caso, y de su excesiva dureza en otro, por mezclar el usufructo y propiedad.

La contradicción del artículo Frances resulta de que, en el caso de morir el testador

parse y puede obrar guiado de informes falsos ó de una predilección más sentida que fundada, la facultad de mejorar, como hasta hoy se ha entendido, puede mil veces ser perjudicial y es siempre peligrosa, porque el desnivel que produce la mejora en la fortuna de los hijos algunas veces será reconocido como justo por estos; pero otras, y serán las mas, solo será visto como resultado de una injusta imparcialidad y dará frecuentes motivos de disgustos de inmensa trascendencia.—Dice además: que admitido el sistema de legítimas que contiene el proyecto, y supuesta la institución del cónyuge, la mejora especialmente del tercio, vendría á introducir entre los herederos una desigualdadde tal tamaño, que haría objeto de odio la memoria del testador y la persona del heredero mejorado.—Dice por último, que por todas las razones expuestas se decidió á suprimir la mejora del tercio.—Que en cuanto á la mejora del quinto, y en su caso las de las otras cuotas de libre disposición, tuvo la comisión presente, que pudiendo el testador aplicar el todo ó parte de ellas á un extraño, no era justo privarle de la libertad de dejarlas á alguno ó algunos de sus herederos forzosos, porque aunque en estos casos también hay desnivel no es posible evitarlo sin incurrir en una contradicción.—N. de los EE.

con un solo hijo, puede dejar á un extraño más que al viudo ó viuda; y la dureza, de que, muriendo solo con padres ó ascendientes, puede privarlos enteramente del usufructo, y como probablemente, atendida su mayor edad, han de morir antes que el viudo ó viuda, la herencia ó legítima vendría á serles del todo inútil contra las razones de piedad y compasión, que dieron lugar á su establecimiento bajo el nombre de luctuosa.

Nuestro artículo es más sencillo y despejado; el viudo ó viuda podrá percibir siempre más que un extraño, en usufructo, quedando hijos, y en propiedad, quedando padres ó ascendientes, los que no se verán privados en su vejez ó infortunio del usufructo y propiedad de la mitad de su legítima.

*El cónyuge binubo.* Los segundos matrimonios han sido mirados con disfavor en casi todos los Códigos como perjudiciales y hasta peligrosos para los hijos del primero; en este espíritu han sido redactados los artículos 615, 663 y 1262.

#### ARTICULO 654.

*Pueden además disponer los padres y ascendientes en favor de cualquiera de sus hijos y descendientes, hasta el duplo ó de una doble porción de la legítima correspondiente á cada uno de los primeros.*

*Esta doble porción se llama mejora. (1)*

Este artículo en su primitiva redacción solo permitía mejorar á los hijos en otro quinto igual al que podía disponerse á favor de extraños: pero en la sesión de 30 de Octubre de 1848 sufrió alteración, ó por mejor decir, no fué aprobado el pensamiento.

El quinto, propuesto por mí; y el antiguo tercio se redujeron á la mejora de una parte igual á la legítima de cada uno de los hijos, por manera que en todos los casos se ha de suponer un hijo más. Si hay dos, la me-

1. Este artículo no está en práctica entre nosotros en virtud de estar prohibido por nuestro código civil, aplicar para mejoras en el testamento, otra parte que no sea el quinto y en su caso, otras cuotas de libre disposición de los cuales el testador puede disponer aun en favor de los extraños. Véanse la nota anterior y el artículo 3463 citado en la nota de fojas 75.—N. de los EE.

jora será de un tercio; si tres, de un cuarto; si cuatro, de un quinto; y así en los otros casos.

El caudal, deducido al quinto, es de 12000, y hay dos hijos, se supone haber tres, y á cada uno de ellos tocarían 4000; el mejorado llevará 8000; el otro 4000. Hay tres hijos; se suponen cuatro; el mejorado llevará 6000, los otros dos, cada uno 3000. Hay cuatro hijos; se suponen cinco; el mejorado se llevará 4800; cada uno de los otros tres 2400. Hay cinco hijos, se suponen seis; el mejorado se llevará 4000; cada uno de los otros cuatro se llevará 2000; de modo que en todos los casos el mejorado se lleva doble porción. Pero así la mejora decrece cuanto mayor es el número de hijos, y esto parece muy equitativo. En el caso de cinco hijos, por el sistema actual del tercio, el mejorado tiene 5600, y cada uno de los otros cuatro 1600; por el nuevo, el mejorado tendrá 4000; y cada uno de los otros cuatro, 2000.

Demos el caso de siete hijos: por el sistema del tercio, el mejorado tiene 5142 con 617 y cada uno de los otros seis, 1142 con 617; por el nuevo, el mejorado 3000; cada uno de los seis, 1500.

En el mismo artículo proponía yo que la mejora de mi nuevo quinto, ó antiguo tercio, no pudiera salir de los hijos ó descendientes herederos forzosos, lo que envolvía la derogación de la ley 18 de Toro, que es la 2 Recopilada, título 6, libro 10; pero tampoco en esta parte mereció la aprobación.

La célebre ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, que fijó la legítima de los hijos en los cuatro quintos de los bienes del padre, empero dejando á este la facultad de mejorar en el tercio, dice: *Pater vel mater, avus vel avia: filii aut filiabus, vel nepotibus atque neptibus*, sin expresar si los nietos, á quienes permite mejorar, han de ser herederos forzosos del abuelo por haber muerto el padre, ó si podrán ser mejorados, aun viviendo el padre.

Tampoco lo expresó la ley 9, título 5, libro 3 del Fuero Real. "Si quisiese mejorar á algunos de los hijos ó de los nietos, pué-

dalos mejorar en la tercia parte de sus bienes."

Gómez, hablando de esta ley en el número I de sus Comentarios á la 18 de Toro, opina que, según su letra y espíritu, no podían ser mejorados en el tercio los nietos que por vivir su padre no eran herederos forzosos del abuelo, *ita videbatur disponere*.

Estas interpretaciones de las leyes del Fuero Real y Juzgo era lógica y conforme á la máxima de jurisprudencia universal, de que *la legítima no puede salir de los herederos forzosos*. La simple facultad de mejorar en el tercio era ya hasta cierto punto una quiebra, excepción ó desvío de aquella máxima; pero las excepciones ó desvíos del derecho comun son de estricta interpretación, y no deben llevarse más allá de lo expresado literalmente.

La citada ley 18 de Toro, ó Recopilada 2, título 6, libro 10, interpretó de otro modo las de los Fueros, ó por mejor decir, estableció una cosa nueva, disponiendo que la mejora del tercio pudiera hacerse á los nietos ó descendientes legítimos del testador, aunque sus hijos, padres de los dichos nietos ó descendientes fuesen vivos.

Conservóse, pues, esta disposición, y yo sacrificó gustoso el rigor de mi principio á poderosas consideraciones de equidad; un abuelo tierno y solícito ha de tener algún medio para proveer á la suerte de sus nietos harto desgraciados con tener un padre disipador, y que por esto solo no puede ser desheredado: estas mismas consideraciones influyeron para la excepción del tercer párrafo del artículo 638, á pesar de la rigurosa prohibición sobre sustituciones.

Si en algun caso pudo ser útil la facultad concedida á los abuelos por la ley 18 de Toro, fué precisamente cuando no tuvieran más que un solo hijo con nietos del mismo, porque, si estos no podían ser mejorados, quedaba ilusoria la facultad de mejorar y el abuelo desarmado; así es que yo admití esta excepción á pesar del rigor de mi principio.

Causa, por lo tanto, asombro leer en Gó-

mez, al número 3 de su Comentario á la mencionada ley, que en el caso propuesto no podía el abuelo mejorar al nieto ó nietos; Gómez, como era natural, se quedó casi solo en su infundada y extravagante opinión: vé lo expuesto al fin del artículo 638.

*Ascendientes:: descendientes*. Abraza, pues, el artículo en su disposición á los bisabuelos, biznietos, etc.: en esto dice bien Gómez, *eadem est ratio in uno qua in alio*; y puede hacerse la mejora á uno, dos ó más, siempre que no exceda la medida del artículo.

*Se llama mejora*: tengo ya dicho que, hablando con propiedad, no hay otra; y no se pierda de vista el artículo 615, por el que se prohíbe al cónyuge binubo la facultad de mejorar á ninguno de sus hijos del segundo ó ulterior matrimonio.

#### ARTICULO 655.

*En la mejora del duplo se observará lo dispuesto en el artículo 643 sobre la legítima en general (1).*

Esto habria sido en todos tiempos rigorosamente lógico por conforme á la índole de la legítima; la ley Recopilada 11, título 6, libro 10, ó 27 de Toro, empapada en el espíritu de la época, permitió gravar la mejora del tercio con toda especie de vínculos y sumisiones; hoy no puede sostenerse por lo dispuesto sobre sustituciones.

#### ARTICULO 656.

*El quinto disponible á favor de extraños se sacará de los bienes con preferencia á la doble porción, si el mejorante no ordenare lo contrario; pero no podrá ordenarlo cuando hubiere dispuesto antes é irrevocablemente del primero.*

*Con preferencia*. Es conforme á la 214 del *Estilo*, que ha estado en observancia por más favorable al mejorante; pues así puede este disponer de mayor cantidad en favor de su alma y de extraños; á más de que el quinto de todos los bienes está fuera de la legítima, y la mejora dentro de ésta.

*Si el mejorante*: cualquiera puede renunciar á lo que ha sido establecido en su favor.

1. Véase la nota anterior.—N. de los EE.

*Unicuique licet contemnere hæc, quæ pro se introducta sunt*, ley 41, título 5, libro 4 del Digesto.

*Pero no podrá*: porque se entiende que dispuso del quinto de todos sus bienes; y hay ya creado un derecho irrevocable á favor de un tercero. Lo contrario, aunque por la misma razon, sucederia si hubiera dispuesto antes de la doble porción (antiguo tercio), pues se presume que al hacer esta mejora pensó tan solo en la legítima sobre la que recae, no en todos los bienes: este es el espíritu del artículo contra la opinión de Angulo y Sala.

#### ARTICULO 657.

*Ninguna donacion, sea simple ó por causa onerosa, en favor de hijos ó descendientes que sean herederos forzosos, se reputa mejora, si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar.*

*Además, para ser válida la declaracion, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible á favor de extraños, ó de la legítima disponible entre hijos, ó de ambas (1).*

Este artículo da en tierra con la ley 26 y otras de Toro, y simplifica grandemente la materia de mejoras. La legítima es una deuda natural; así, lo dado por el padre deudor debe considerarse como una anticipación ó pago á cuenta de aquella; en esto á nadie se perjudica; en reputarla mejora se perjudica á los otros hijos: contra la justicia y naturalidad de estas consideraciones solo puede prevalecer la voluntad expresa del donador. *Ne sount en réalité que des remises anticipées des parts que les donataires successibles doivent recueillir un jour dans la succession*; palabras de un fallo del Tribunal de Casación, copiado por Rogron al artículo 922: en la donación hecha á un extraño no cabe esta presunción.

Es también conforme á lo que tenemos aprobado en el artículo 822: las donaciones

1. Ninguna donacion por contrato entre vivos sea simple ó por causa onerosa, en favor de herederos forzosos, se reputa mejora si el donante no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar.—Art. 8517, tit. 2, cap. 6, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

TOM. II.

se traen á colación, si no hay dispensa expresa, y la colación tiene por objeto formar una sola masa de los bienes existentes á la muerte del padre y de los donados en vida.

#### ARTICULO 658.

*La promesa de mejorar, hecha por causa onerosa en escritura pública, con la especificación prescrita en el artículo anterior y aceptada por aquel á quien se hace, equivale á mejora.*

*Si la promesa fuese de no mejorar, y se hiciera en escritura pública, será nula toda mejora que se hiciera en contravención de ella. (1)*

Es la ley Recopilada 6, título 6, libro 10, ó 22 de Toro, que no habla de promesa vaga de mejorar, sino específica "en el dicho tercio ó quinto."

Gómez, número 20, á la ley 17, pone la cuestión de si vale, ó se vicia por la incertidumbre la mejora simple y genérica, sin otra cosa que la determine, y hace una remisión que no he encontrado.

En la promesa de no mejorar la ley no exigía que se hubiese hecho por causa onerosa, y así se conserva.

Era una cuestión reñida entre nuestros intérpretes; si por la ley, llamada de Madrid, 6, título 3, libro 10, Novísima Recopilación, que prohibió dar ni prometer, por vía de dote, ni casamiento de hija, tercio ni quinto, se entendía también prohibida en los mismos casos la promesa de no mejorar á los otros hijos.

En adelante no podrá ya renovarse tal cuestión, porque ni en esta materia, ni en la de dotes, hemos adoptado las odiosas restricciones puestas contra las hijas en la citada ley 6, y en la 7 siguiente.

La promesa de mejorar, ó no, tiene mucho de pacto sucesorio prohibido por regla general en nuestro artículo 994.

Gómez, conviniendo con la prohibición ge-

1. La promesa de mejorar hecha en escritura pública, y aceptada por aquel á quien se hace, equivale á mejora.—Si la promesa fuere de no mejorar, y se hiciera en escritura pública, será nula toda mejora hecha en contravención de ella.—Arts 3518 y 3519, tit. 2, cap. 6, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

13