

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 rigorosa 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 razón, 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 sont 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.



neral, defiende la ley de Toro en sus números 20 y siguientes.

#### ARTICULO 659.

*Lo dejado en testamento se reputa mejora, aun cuando el testador no lo haya expresado (1).*

Está aprobado en otros términos en el artículo 882: en uno y otro milita la presunción contraria que en el de donación del 657: es lo que en derecho se llama *prelegado*.

#### ARTICULO 660.

*Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto y, en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos (2).*

Téngase presente el artículo 657, y lo en él expuesto. La voluntad expresa del mejorante debe guardarse en cuanto no lastime los derechos de los herederos forzosos. Si no constare, debe presumirse que respetó los intereses y derechos de los hijos, y quiso más bien gravar con la mejora la parte de que podía disponer a favor de extraños: no alcanzando el quinto, es de necesidad que se recurra á la doble porción que es la parte disponible cuando existen herederos forzosos.

#### ARTICULO 661.

*El que hace la mejora puede señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de esta no exceda de la medida legal de aquella; pero no podrá cometer el señalamiento á otro alguno, ni aun al mismo mejorado*

*Lo determinado en este artículo comprende*

1. El aumento que el testador hace á la legítima de alguno de los herederos forzosos, se reputa mejora aun cuando en el testamento no se le diese ese nombre.—Art. 3520, tit. 2, cap. 6, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. Cuando la mejora no hubiere sido señalada en cosa cierta, será pagada con los mismos bienes hereditarios; observándose en lo que pueden tener lugar, los artículos 4071 y 4072, que previenen que todo heredero ó legatario de cantidad, tiene derecho de pedir que se le apliquen en pago bienes de la herencia; la aplicación de ellos se hará por el precio que tengan en el avalúo y que en este caso la elección será del que debe pagar la herencia ó el legado; á no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.—Art. 3522, tit. 2, cap. 6, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

*también la mejora del quinto hecha á favor de un extraño, y deja á salvo la facultad concedida en el artículo 900 (1).*

Es la ley Recopilada 3, título 6, libro 10 (19 de Toro).

Algunos intérpretes respetables, como Acevedo y Angulo, pretendieron que la ley prohibía la comisión general, no la especial: además, la opinión común y recibida en la práctica era que podía cometerse el señalamiento al mismo mejorado.

En el artículo se desecha una y otra opinión: con tal manía de interpretar no puede haber ley bastantemente clara, ni legislación cierta.

“No pueda el testador cometer (el poder señalar) á otra persona alguna,” dice la ley sin distinguir entre *comisión general y especial, entre el mejorado y extraños*. La ley faculta al padre, porque debe presumir, y presume muy favorablemente de su amor y prudencia; ¿cabe la misma presunción entre hermanos con intereses opuestos?

Además, excluyendo al mejorado, guardamos consecuencia con el artículo 900, por el que se prohíbe cometer á uno de los coherederos la simple facultad de hacer la partición de la herencia.

*A favor de un extraño:* porque este no puede ser de mejor condición que los hijos y descendientes del que hace la mejora.

#### ARTICULO 662.

*La facultad de mejorar no puede cometerse á otro (2)*

Conforme con la ley Recopilada 1, título 19, libro 10, ó 31 de Toro, que dispuso esto mismo á pesar de admitir los *comisarios testamentarios*: guarda además conformidad con el artículo 558.

#### ARTICULO 663.

*Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos*

1. La mejora puede ser señalada por el que la hace, en cosa cierta; y es válida si el precio de la cosa no excede de la parte libre.—Art. 3521, tit. 2, cap. 6, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. A nadie puede cometer el testador la facultad de mejorar, ni la de señalar la cosa ó cantidad en que haya de consistir la mejora.—Art. 3523, cap. 6, tit. 2, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

*los anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo ó viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir á su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto.*

En casi todos los contratos ó capitulaciones matrimoniales de las provincias de Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente, en el caso de haber muerto intestado su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando á uno más ó menos que á otro. Esta facultad era de suma importancia, atendida la legislación foral, por la que venía á ser casi nominal la legítima de los hijos.

Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hácia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, á más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaria.

El amor de padre ó madre, el más puro é intenso de los buenos afectos, merece bien esta distinción.

Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados.

*Que no ha repetido matrimonio.* Esto mismo se practicaba en las provincias de Fueros, y no envuelve contradicción con lo dispuesto en el artículo 805: allí se trata de bienes que fueron del mejorante y cuya propiedad conserva aunque pendiente del evento del artículo 804: aquí se trata de bienes enteramente ajenos al cónyuge viudo, entera y absolutamente propios de los hijos del primer matrimonio.

#### ARTICULO 664.

*Cuando no fué señalada la mejora en cosa cierta, será pagada con los mismos bienes he-*

*reditarios, observándose en lo que puedan tener aplicación, los artículos 908 y 909 (1).*

Es la ley 20 de Toro, ó 4, título 6, libro 10, Novísima Recopilación; y, aunque usa de la palabra *facienda*, Antonio Gómez y todos la han entendido *rebus hereditariis*.

*Con los mismos bienes;* porque la mejora comprende una parte cuota de los bienes, y no cantidad cierta. Este caso es igual al del legado de una parte cuota de los bienes, y en ambos ha de observarse lo mismo.

Por la dicha ley de Toro se aprobó justamente la opinión de los jurisconsultos Próculo y Nerva contra la de Pomponio, que concedía al heredero la elección de pagar en los mismos bienes, ó su estimación: sin embargo, la de Pomponio prevaleció entre los Romanos, y forman la ley 26, libro 30 del Digesto; vé el artículo 650.

#### ARTICULO 665.

*El hijo ó descendiente legítimo mejorado puede renunciar la herencia y admitir la mejora que le fué hecha entre vivos, pero no la hecha en testamento (2).*

Es la ley 21 de Toro ó Recopilada 5, título 6, libro 10. Se ha omitido lo que añade la misma sobre haberse de pagar las deudas del difunto antes de sacarse la mejora, y sobre la responsabilidad de esta á prorata, si después aparecieren otras.

Lo dispuesto en el artículo 648 para fijar la legítima hace todo esto innecesario, como lo es el largo comentario que hace de la dicha ley Gregorio López en su glosa I, á la ley 2, título 9, Partida 6, de la que según él fué tomada la de Toro.

Y aunque ésta y nuestro artículo hablan solo del hijo ó descendiente, deben entenderse también del extraño, á quien se deja el quinto, en cuanto á la deducción de las deudas del difunto: otro tanto ha de decirse del legado de una parte cuota de los bienes

1. Véase el artículo 3522 citado en la nota de fojas 88.—N. de los EE.

2. El heredero que sea al mismo tiempo legatario, puede renunciar la herencia y aceptar el legado ó renunciar éste y aceptar aquella.—Art. 3599, cap. 7, tit. 2, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.



hecho por quien no tiene herederos forzosos: "Herencia es la heredad é los bienes é los derechos del finado, sacando ende las deudas, ley 8, título 37, Partida 7. y *bona intelliguntur eiusque, quæ deducto ære alieno supersunt*, ley 39, párrafo 1, y *venisse ad heredem nihil intelligitur, nisi deducto ære alieno*, ley 165, título 16, libro 50 del Digesto.

## CAPITULO VII.

## DE LA DESHEREDACION.

## SECCION I.

## DISPOSICIONES GENERALES.

## ARTICULO 666.

*El heredero forzoso puede ser únicamente desheredado por alguna de las causas expresamente señaladas en la ley, y no por otras cosas, aunque sean de igual ó mayor gravedad (1).*

Desterrada del Código Francés, admitida en el Romano, en los nuestros desde el Fuero Juzgo, en el Sardo, Napolitano, Bávaro, Austriaco, en el de Vaud y de la Luisiana, fué aceptada por la Comisión como base por los motivos que aparecen del apéndice.

El Código Francés es inconsecuente: las causas de indignidad del artículo 721 alcanzan también á los hijos, como se ve en el artículo 730: ¿cómo, pues, no admitir la desheredación por las mismas causas?

*Expresamente señaladas en la ley, etc.* Así queda cortada la reñidísima cuestión, que casi con igualdad de razones han sostenido en pro y en contra los romanistas y Nacionales: todos los Códigos modernos que admiten la desheredación, la deciden en el mismo sentido: una cuestión resuelta, una duda aclarada es una mejora.

El final del artículo parecerá, y tal vez

1. La desheredación solo puede tener lugar por las causas y en los casos en que la ley lo permite expresamente.—Art. 3645, tit. 2, cap. 9, lib. 4, cód. civ. vigente

La comisión dice: que desgraciadamente ha sido necesario conservar la pena de la desheredación; porque no siempre los descendientes corresponden de un modo digno al cariño y beneficio de sus ascendientes.—N. de los EE.

sea, redundante: su objeto es fijar y remarcar mas la aclaración de la duda, que en mi concepto no debió haberla, atendido el Derecho Romano y el nuestro.

*Ut nulli liceat ex alia lege ingratitudines causas nec quæ in hujus constitutionis serie continentur*: Novela 115, capítulo 3.

Igual es el espíritu y aun la letra de las leyes 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, y 2, título 9, libro 3 del Real.

"Ciertas razones son porque los padres pueden desheredar sus hijos; ley 4, título 7, Partida 6: se enumeran en ella y en las siguientes las mismas 14 de la Novela 115, y en la ley 8 se añade: "Si por alguna otra razón cualquier que no fuese de las sobredichas desheredar el padre á su hijo, no valdría tal desheredamiento."

Concuerdan con este artículo el Código Napolitano, artículo 849; el de Vaud, artículo 584; el Sardo, artículo 758; el de la Luisiana, artículo 1612; Bávaro, artículo 17, capítulo 3, libro 3; Austriaco, 768.

Los Romanos conocieron también la desheredación hecha *bona mente; non notae causa, nec ut filiis obsint, et ut eis conudant (ut puta impuberibus), visque fideicomisam hereditatem dant*, ley 18, título 2, libro 28; se desheredaba al padre pródigo ó muy adeudado, dejándole alimentos, y eran instituidos herederos los nietos, ley 16, párrafo 2, título 10, libro 28 del Digesto; en estos casos no se daba al hijo desheredado la querrela de *testamento inficioso*.

Esta desheredación nunca tuvo lugar entre nosotros; y menos pueden tenerla en el nuevo Código, que á provisto en lo posible á los casos de la legislación Romana, en el párrafo 3 del artículo 638, y en el 654.

## ARTICULO 667.

*La desheredación debe hacerse en testamento, expresándose la causa especial en que se funde. (1)*

*Non licere penitus patri liberos ex haere*

1. La desheredación solo puede hacerse en testamento y con expresa declaración de causa.—Art. 3649, tit. 2, cap. 9, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

*des in suo facere testamento, nisi ipsas nominatim ingratitudinis causas suo inseruerit testamento*: Novela 115, capítulo 3.

Concuerdan la ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, y las 1 y 2, título 9, libro 3 del Real; pero son notables sus palabras: "Nombre señaladamente la razón por que lo deshereda, ó en su manda (testamento), ó delante de testigos."

La ley 1, como todas las del título 7, Partida 6, se halla conforme en este punto con la Novela 115.

El Código Napolitano, artículo 848, exige "una declaración expresa del testador, por un motivo admitido por la ley, y explicado en el mismo testamento."

El Sardo en su artículo 737 copia literalmente al Napolitano.

El de Vaud, artículo 585; "la causa de desheredación debe ser espresada formalmente en el testamento."

El Bávaro, artículo 16, capítulo 3, libro 3: "Para desheredar á un heredero forzoso, es necesario espresarlo en términos formales en el testamento, y anunciar la causa de la desheredación."

El de la Luisiana, artículos 1611 y 1612: "la desheredación, para ser válida, debe hacerse en una de las formas prescritas para los testamentos, señalada y expresamente, y por una causa justa, so pena de nulidad."

El Austriaco, en su artículo 770, parece querer lo mismo; pero en el 782 dice: "Hay desheredación tácita, cuando el heredero forzoso no es nombrado, y sin embargo resulta culpable."

Si esta disposición no se limita á los ascendientes, de quienes se trata en el artículo 781, yo entreveo alguna contradicción con el 770.

## ARTICULO 668.

*La prueba de ser cierta la causa de la desheredación incumbe á los herederos del testador; y no podrá extenderse á causa no expresada por el mismo (1).*

1. Siendo contestada la causa de la desheredación, incumbe la prueba de ella á los herederos del testador.—Art. 650, tit. 2, cap. 9, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

Puede en rigor suprimirse el final ó segunda parte; pero este pleonismo tiene el mismo motivo y objeto que el anterior.

"Nisi forsan probabuntur ingrati," (los descendientes). Novela 115, capítulo 3; "si scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint;" al final del mismo capítulo.

La ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo; "si manifeste convicti." La 1, título 9, libro 3 del Fuero Real: "pruébelo él ó su heredero si el hijo lo negare."

Ley 8, título 7, Partida 6: "Si fuere probada la razón (causa) porque el padre deshereda su hijo; si el padre pusiere muchas razones, abonda que él ó el heredero escrito en el testamento pruebe la una cosa tan solamente." La ley 10: "Amenos de la probar el mismo (testador) ó aquellos que estableció por sus herederos." La ley 7, título 8, Partida 6: "El yerro que el padre pusiere al hijo en el testamento para desheredarlo, el heredero que estableciere es tenudo de lo probar."

Concuerdan exactamente con el Código de Vaud, artículo 585; el de la Luisiana, artículo 1616; el Sardo, artículo 740; el Austriaco, artículo 771; el Bávaro, artículo 16, capítulo 3, libro 3; el Napolitano, artículo 851, no menciona precisamente al heredero, y solo dice: "La existencia del motivo de desheredación, expresado en el testamento, debe ser justificada por pruebas legales."

Pero esto viene á ser lo mismo; puede haberse hecho la prueba en vida del testador, como lo dicen expresamente nuestras leyes Patrias; en tal caso el heredero se aprovechará de la misma prueba.

## ARTICULO 669.

*La desheredación hecha sin expresion de causa ó por una que no sea de las legales ó cuya certeza no haya sido probada, anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen á la legítima. (1)*

1. La desheredación hecha sin expresion de causa ó con causa que no se pruebe ó por causa ilegítima, hará caducar las disposiciones testamentarias solamente en lo que perjudiquen la