

deicomisos por la falta de aceptación del heredero, y lo dispuesto en la 14. tit. 5. Part. 6. en quanto á que si el heredero no quisiese recibir la herencia, le pudiese apremiar á ello el Juez del lugar.

112 Nuestros AA. han hablado largamente acerca de la materia, distinguiendo los casos en que puede tener lugar esta substitucion, y los derechos de los herederos fiduciarios, y de los fideicomisarios, á quienes podrá ver el lector, y especialmente á Gomez y Aillon en el tom. 1. Variar. cap. 5. Solo diré aquí para inteligencia y gobierno del Escribano, que la substitucion fideicomisaria tiene lugar unicamente entre herederos estraños, pues á los legítimos no se puede gravar con fideicomiso.

§. IV.

De las mejoras.

113 Mejorar según mi propósito es: *mandar el Testador á alguno de sus herederos mas bienes, ó herencia que á los demas instituidos.* El que tiene potestad de testar, puede como dueño de su hacienda, testando entre estraños, repartirla del modo que mejor le parezca, mejorar en la parte que quisiere á alguno, ó algunos de sus herederos, gravarlos, y poner condiciones á su arbitrio. Pero si testa entre descendientes legítimos, solo se le permite hacerlo en estos términos: el padre, la madre, abuelos y demas ascendientes pueden mejorar por una vez, y no mas en vida y muerte á alguno, ó algunos de sus hijos, nietos y descendientes legítimos, aunque los tales hijos padres de los referidos nietos, y descendientes sean vivos, en el tercio, y remanente del quinto de sus bienes libres por Testamento, ú otra última disposicion, ó por contrato entre vivos, y vincularlos, imponerles para siempre, ó por el tiempo de su voluntad en el tercio el gravámen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso (a);

(a) Nuestras leyes no solo permitieron las vinculaciones directas de todos los bienes en favor de un hijo único, sino que habiéndose concedido á los padres la facultad de mejorar entre sus hijos á aquel que les fuese mas predilecto, quisieron tambien que por via de esta mejora pudiesen aumen-

pero no otro alguno, porque el tercio es legítima, y como tal no puede ser gravada, ni condicionada en propiedad ni usufructo en cosa ni cantidad alguna, y hacer en el tercio y quinto, ó en qualquiera de ellos los vínculos, sumisiones y substituciones que les parezca, sin distinguir de quarta, ni quinta generacion; anteponiendo, ó posponiendo entre las personas de cada grado las que quisieren, con tal que no excluyan á ninguna hábil, y capaz de suceder en él, ya sea varon ó hembra, ni por consiguiente constituyan agnaticia la vinculacion, y que el gravámen y condicion que impongan en el tercio, sea entre sus legítimos descendientes; á falta de ellos, entre los ilegítimos que hayan derecho de poder heredarles; no habiéndolos, entre sus ascendientes; en su defecto, entre sus parientes, y despues de extinguidos todos, entre estraños, pues de otra suerte no valdrá el gravámen y condicion que impongan (1), y se reducirá al orden expuesto. Pero la mejora del tercio entre descendientes legítimos, se entiende no solo en quanto á la propiedad de los bienes que lo componen, sino á su usufructo; lo primero, porque las leyes hablan indistintamente, y quando no distinguen, no debemos distinguir, debiendose inferir de su silen-

tar y recrecer las primeras vinculaciones en favor del primogénito, ó hacer otras nuevas en cabeza de qualquiera otro hijo mejorado. De esta suerte crecieron en España hasta lo infinito, y se creó esa numerosa clase de ociosos engréidos á titulo de un pequeño vínculo ó Mayorazgo, que consumiendo esterilmente sus rentas, dieron lugar en gran parte al abandono de la industria y la agricultura. Acaso influyeron las circunstancias para estas leyes; acaso se dictaron por las opiniones del tiempo; pero realmente ni las opiniones ni las circunstancias debian ser bastante poderosas para esterilizar los campos, violando así las leyes de la naturaleza. Se prescinde de si atendida la constitucion del gobierno, són necesarios los grandes mayorazgos: esta es una question que no nos toca decidir; pero por lo que hace á los cortos, muchos de los quales se hacian por medio de mejoras, ya los ha declarado perjudiciales é inútiles la Real cédula de 14 de Mayo de 1789, donde expresamente se manda que en adelante no se puedan fundar mayorazgos aunque sea por via de agregacion ó de mejora de tercio y quinto, á no ser que lleguen ó excedan de tres mil ducados de renta, y que se califiquen para fundarlos otras circunstancias y motivos que se expresan. De esta suerte han quedado derogadas las leyes que ilimitadamente concedian esta facultad. Véase esta Real cédula en el tom. 3. c. 11. pag. 134 donde se inestfa á la letra.

(1) Leyes 18. y 27. de Toro, que son las 2. y 11. tit. 6. lib. 10. N. R. Rox. Almansa de Incompat. disp. 2. quæst. 3. n. 8. hasta el 23.

cio, que su fin es transferir en el mejorado la propiedad y usufructo, que es el dominio pleno de ellos, y no una cosa solamente; y lo segundo, porque el tercio entre ellos es legítima, la qual en su perjuicio no puede ser gravada á favor del que no sea tambien descendiente, como dexo expuesto; por lo que si el ascendiente mejora á uno, ó mas descendientes suyos en el tercio y quinto de sus bienes, dexando á otro ascendiente, ó á extraño el usufructo de ambos por su vida, ó por cierto tiempo, será ineficaz en el todo el legado del usufructo del tercio, y valdrá el del quinto únicamente. Lo que tendrá presente el Escribano, pues algunos creen con error lo contrario.

114 Pero en el quinto tienen facultad de poner á su arbitrio, ya sea entre ascendientes, descendientes, parientes, ó extraños, no solo el gravamen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso expresados, sino otro qualquiera posible, y honesto, y dexarlo en propiedad y usufructo, ó en una de estas cosas solamente á quien quisieren; y la razon es, porque el quinto es hacienda propia y privativa suya, á la qual ninguno tiene adquirido el mas leve derecho, y por lo mismo pueden hacer de ella lo que les parezca (a).

115 Tambien pueden consignar ó señalar por sí mismos en una ó mas fincas, ó en dinero, ú otras especies la mejora del tercio y quinto, ó de qualquiera de ellos; mas no cometer á otro su consignacion ó señalamiento (1). Pero la prohibicion de cometer la consignacion, y hacerla, se entiende quando la comision fué general para testar, en cuyo caso no podrá hacerla el comisario; lo que no sucederá si fué especial para mejorar á cierto descendiente, ó descendientes en quóta, ó cantidad determinada y consignarla, segun dicen los AA. (2); bien que la ley 19. de Toro habla

(a) Téngase muy presente lo que se dice en la nota anterior. El espíritu de la Real cédula que se cita, se extiende á toda fundacion de corta renta, pero si por via de mejora puede hacerse la que llegue ó exceda de tres mil ducados, concurriendo varias circunstancias de utilidad pública, tambien podrá fundarse un Mayorazgo con el quinto, si las rentas llegan á la quóta que se ha fixado, en beneficio de uno de los hijos, ó de extraños en su caso, con las condiciones y llamamientos que le parecieren útiles y convenientes al fundador.

(1) Ley 19. de Toro, que es la 3. tit. 6. lib. 10. N. R. (2) Tello, Cas-

indistinta y absolutamente. Y porque muchas veces las alhajas consignadas exceden, ó no alcanzan para el pago de la mejora, y por la discordia de los AA. se duda lo que en estos casos se debe practicar entre descendientes legítimos, tendrá presente el Escribano que si la mejora fué del tercio y quinto de los bienes del mejorante, ó de alguno de ellos, y los consignados no alcanzan para su total pago, atendidos los que se encuentra pertenecerle al tiempo de su muerte, v. gr. diciendo: *Mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de todos mis bienes, y para parte de pago de esta mejora le consigno tales fincas*, nombrándolas; entonces se debe suplir lo que falte de los demas de su herencia, porque en este caso la substancia de la mejora consiste en el tercio y quinto de todos los que dexa, y no en las cosas que por razon de demonstracion señala, y destina para pagarla, ó executar lo que ordena; las que no alteran, aumentan ni disminuyen su virtud, ni la del legado, ni fideicomiso, y solo sirve su consignacion ó señalamiento para que ya quieran ó no los no mejorados, no dexen de entregarlas al que lo es, en cuenta y parte de pago de la quóta para que se señalaron (1). Lo qual se entiende, ya el mejorante use de la palabra universal *todos*, ó la omita, y hable solamente *de sus bienes*, porque la indefinida equivale á la universal. Pero si las mismas cosas fueron señaladas por tercio y quinto, v. gr. diciendo: *Mejoro á mi hijo Pedro en tal, y tal finca por razon del tercio, y quinto. O le mejoro en tal y tal cosa*, sin mas expresion, no se debe suplir del residuo de sus bienes lo que falte para completar el de todos los del mejorante, porque la substancia del tercio, y quinto, ó de qualquiera de los dos consiste en las cosas consignadas; por lo que debe el mejorado contentarse con ellas (2). Si exceden al valor del tercio ó quinto, ó de ambos, se revocará la mejora en el exceso, y siendo uno de los herederos el mejorado se le aplicará en cuenta, y parte

tillo y Gom. en la ley 19. de Toro. Angul. de Mellorat. en la 3. tit. 6. lib. 5. glos. 7. Matienz. en ella, glos. fin.

(1) Ley Quidam testamento, ff. de Legat. 1. ley Paula Callinico, §. fin. ff. de Legat. 3. Cifuent. en la 17. de Toro. (2) Ley Si quis servum, §. Si quis ita legaverit, ff. de Legat. 2. y ley Servus legatis, §. Qui quinque, ff. de Legat. 1. Gom. en la 17. de Toro, n. 14.

de su legítima, pero si exceden, restituirá lo que sobre á los coherederos, ya sea en dinero en caso que las cosas señaladas no tengan cómoda division, ó en parte de ellas, si la tienen (1); al modo que quando le hace donacion en vida, y no le cabe en el tercio, quinto, y legítima. Si no fuere heredero, v. gr. el nieto, viviendo los hijos del mejorante, restituirá tambien el sobrante á los que lo sean, porque la legítima de estos no debe ser gravada; lo qual será al contrario entre extraños, pues lo llevará todo, no mandando el Testador que lo restituya, ó no infiriendose ser esta su voluntad. Con esta distincion se concilian las opiniones de los AA. pero para evitar disputas y pleytos será conveniente que el Escribano instruya al Testador para que ordene con claridad lo que se ha de practicar.

116 Si los ascendientes no tienen mas que un descendiente legítimo, no pueden imponerle vínculo, ni gravamen en el tercio, á menos que intervenga para ello facultad real, ó que siendo el descendiente mayor de 25 años, lo consienta, jurando no reclamarlo; y las razones son: la primera, porque el tercio y los demas bienes del padre en este caso son legítima del hijo. La segunda, porque en qualquiera materia, y disposicion se ha de hacer siempre la prelación, y eleccion entre muchos (2). La tercera, porque las leyes que dan facultad para mejorar, y gravar el tercio, no hablan de un hijo, ó descendiente solo, sino de muchos, y la locucion plural, ó de muchos requiere á lo menos dos (3). A estas se agregan otras razones que traen los AA. (4).

117 Pero como muchos padres tienen conducta tan irregular, y desordenada, que si entrasen en su poder los bienes adventicios de sus hijos, se los consumirían, entonces los abuelos maternos de estos podrán privar á sus yernos del dominio, administracion, y manejo de los de la mejora que les

(1) Ley 1. Cod. de Inofficis. donation, ley Sancimus, Cod. de Donat. ley 10. tit. 6. lib. 10. N.R. Angul. en dicha ley 3. glos. 4. n. 5. y glos. 6. (2) Leyes Unum ex familia 64. y Cum pater 67. §. A filia, ff. de Leg. 2. Auth. Novissima, Cod. de Testament. y cap. Raynutius de Testam. Covar. en él. (3) Ley Ubi numerus, ff. de Testib. ley Ubi numerus, ff. de Regul. jur. ley Qui quartum, §. ultim. & ibi. Bart. ff. de Legat. 1. y ley Legato, §. Qui plures, ff. de Legat. 2. (4) Gom. en la ley 17. de Toro, n. 19.

hagan respecto ser administradores legítimos de todos; pero para esto han de hacer constar que los padres son disipadores, porque en este caso están privados por derecho de su administracion, por no convenir á la República que sus individuos sean pródigos, y especialmente de bienes de tercero, en cuyo perjuicio cede su prodigalidad (1); al modo que las mugeres pueden hacer que se quite á sus maridos, que tienen igual conducta, la de su dote, como diré en el cap. 2. lo qual se entiende, aun quando ofrezcan caucion de administrarlos bien (2); pero su usufruto les toca, y deben percibirlo. Asi lo practiqué en el Testamento de una abuela, y se declaró en juicio no obstante la oposicion de su yerno, que queria percibir el importe de la mejora que su suegra habia hecho á un nieto hijo de éste, privandole de su percibo, y manejo por justas causas que para ello tenia, mandando se impusiese, y que el yerno percibiese sus frutos mientras su hijo estuviese en su poder, y encargando al Señor Juez la conciencia sobre el cumplimiento de esta voluntad suya.

118 Aunque todos los bienes de los ascendientes son legítima de sus descendientes, excepto el quinto; no obstante, por no ser rigurosa para todos, se llama propriamente *legítima* la parte de herencia que por igualdad toca á cada hijo; de suerte que ningun descendiente por razon de ella debe llevar mas que el que está en igual grado con él; por lo que si concurren á su division un hijo, y dos nietos del Testador, percibirá el hijo la mitad, y los nietos representando á su difunto padre, la otra mitad, la que partirán entre sí con igualdad, y ninguno de estos llevará tanta parte como su tio, porque están en grado más remoto con el Testador, y asi heredarán por representacion de su padre lo que éste heredaria, si viviera.

119 Sin embargo de que cada hijo en el instante que nace, es acreedor legal, y natural á los bienes de su padre en estos Reynos de Castilla, concurriendo en él las demás calidades que previenen las leyes; no obstante, respecto unos de otros no es legítima necesaria de todos el tercio, sino de

(1) Ley Imperator. 50. ff. ad Trebellian. (2) Salg. Labir. cred. part. 4. cap. 15. n. 1. y 2. Molin. de primog. lib. 1. cap. 16.

alguno, ó algunos á arbitrio de sus ascendientes (1); y así se distingue con el nombre de *mejora*, sobre la qual unicamente pueden imponerles gravamen, y condicion, como lo dice la ley 11. tit. 4. Part. 6; pero ha de ser en la forma que dexo explicado, y no en otra.

120 Las leyes 18. 19. y 27. de Toro permiten á los ascendientes legítimos que mejoren á sus legítimos descendientes por contrato entre vivos, ó ultima voluntad; de las quales se infiere que la madre, y abuela estando casadas, pueden por sí solas mejorarlos inter vivos, y hacer todo lo que en este caso el padre, y abuelo. Sin embargo los AA. que tratan de la materia dudan sino distinguiendo la ley de casos, ni de contratos, ni de hijos, ni de extraños, es necesaria en el de mejora para su validacion la licencia marital. Los que llevan la opinion afirmativa, se fundan en la 55. de Toro que corrobora otras dos del Fuero Real, en la qual se prohíbe á la muger casada hacer contratos, y casi contratos con tercero sin licencia de su marido, segun se prueba de su contexto: *La muger durante el matrimonio, sin licencia de su marido como no puede hacer contrato alguno, asimismo no se pueda apartar, ni desistir de ningún contrato, ni estar en juicio haciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por sí, ó por su Procurador, mandamos que no vala lo que ficieren.* El motivo es, no por la imbecilidad, ó fragilidad de la muger, porque si ésta lo fuera, hablaría tambien con la que no es casada, sino porque el marido es legítimo administrador de los bienes de la suya constante matrimonio, está obligado á su responsabilidad, tiene en ellos dominio aunque revocable, y temporal, y le pertenecen sus frutos para ayudar á superar las cargas matrimoniales: y de permitirle que celebre contratos sin su licencia, puede irrogarsele perjuicio.

121 Mi dictamen es que no pueda mejorarlos, ni hacerles donacion inter vivos sin licencia de su marido, ni tampoco donacion por causa de muerte con entrega de los bienes donados: que la permission de las tres leyes de Toro

(1) Gutier. de Joram. confirmat. part. 1. cap. 9. n. 16. Mat. en la ley 2. tit. 6. lib. 5. R. glos. 2. y glos. 3.

debe entenderse en caso que intervenga la licencia, y no en otro, y por consiguiente que la mejora, y donacion serán ineficaces entonces, y despues de la muerte de su marido, á menos que las revalide luego, por defecto de potestad, forma, y solemnidad, por el qual fueron nulas en su principio; porque lo que en este es nulo, no cobra vigor con el tiempo, y esto aun en el caso de que renuncie la ley referida, pues como está establecida en favor del marido, es inutil la renunciacion que de ella haga su muger.

122 Si los padres hacen donacion en Testamento ó en otra qualquier última voluntad, ó por algun otro contrato entre vivos á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos, aunque no digan que lo mejoran, se entiende ser mejorado en el tercio, y remanente del quinto, y se ha de contar lo que en estos quepa, para que á él, ni á otro pueda mejorar en mas de su importe; pues si asciende á mas valdrá hasta en la quantía del dicho tercio y quinto, y legítima de lo que debian haber de los bienes de sus padres y abuelos, y no en mas, reintegrando el exceso á los coherederos (1), como queda expuesto. Pero si mandan que lo traiga todo á colacion, y particion en cuenta de su legítima, no se entenderá mejorado, antes bien deberá restituir el sobrante del importe de ésta á los demas interesados en la herencia, porque es visto que no quisieron mejorarle.

123 El mejorado en tercio, y quinto puede repudiar la herencia, y aceptar la mejora, satisfaciendo primero á prorrata las deudas del difunto, y por las que entonces no parezcan queda obligado en igual conformidad, ya sea hecha la mejora en bienes señalados, ó no (2). Pero para deducirla se ha de atender al valor que estos tienen al tiempo del fallecimiento del que la hizo, y no al que tenian quando fue hecha (3), entendiéndose que no debe sacarse de las dotes, y donaciones *propter nuptias*, ni de las demas donaciones que los descendientes traen á colacion, y particion (4), porque son bienes de estos, y no de aquel.

(1) Ley 26. de Toro, que es la 10. tit. 6. lib. 10. N. R. (2) Ley 21. de Toro, que es la 15. tit. 6. lib. 10. N. R. (3) Leyes 19. y 23. de Toro, que son las 3. y 7. tit. 6. lib. 10. N. R. (4) Ley 25. de Toro, que es la 9. tit. 6. lib. 10. N. R. Gom. en ella.