

perfecto el segundo no rompe el primero (1). De esta regla general ponen las leyes algunas excepciones, que vamos á indicar. La primera es cuando el testador otorga segundo testamento, instituyendo nuevo heredero por creer muerto al nombrado en el primero, expresandolo así; pues si resulta falso el fallecimiento del primer heredero, su nombramiento no se rompe por el del segundo, que queda sin efecto subsistiendo en todo lo demás ambos testamentos (2). La segunda es cuando el padre habiendo hecho testamento en que instituye herederos á sus hijos, hace otro, el cual no rompe el primero, si no se hace mencion de él (3). La tercera es cuando el primero está otorgado con cláusulas derogatorias de otro cualquiera, pues entonces no se romperá por el segundo, si no es que en este se haga mencion de aquel, revocándolo (4): aunque como esto depende de la voluntad del testador, son de opinion

(1) L. 23 tit. 1 P. 6.

(2) L. 21 citada.

(3) L. 22 del mismo.

(4) La misma.

Gregorio Lopez (1) y Covarrubias (2) que el segundo derogará al primero, siempre que por las conjeturas se conozca que lo quiso así el testador. Otra excepcion se encuentra en la misma ley de Partida (3) que omitimos por creerla derogada por leyes posteriores. (4) El testamento cerrado á mas de los modos dichos se entiende revocado, si el testador con advertencia rompe el sello del escribano, ó raya las firmas; mas no si lo hace por casualidad (5).

TITULO VI.

De las mejoras de tercio y quinto, legados, fideicomisos, y ley falcidia.

Tit. 9 P. 6 y tit. 6 lib. 5 de la R. ó tit. 6 lib. 10 de la N.

- | | |
|--|------------------------------------|
| 1. Qué se entiende por mejora. | 3. Cómo pueden hacerse las mejoras |
| 2. Cuando se hacen las dos mejoras, cuál debe sacarse primero. | 4. La promesa de mejora. |

(1) Gregor. Lop. 2 glos. de la ley 22 tit. 1 P. 6.

(2) Covarrub. de testam. part. 2. rubr. a. n. 57.

(3) L. 22 tit. 1 P. 6.

(4) LL. 1 y 2 tit. 4. lib. 5 de la R. ó 1 y 2 tit. 18 lib. 10 de la N.

(5) L. 24 tit. y P. cit.

4. jorar ó no mejorar, debe cumplirse. menos la que se haga á la hija dotada.
 5. Como deben regularse y deducirse de ellas las deudas del difunto, y gastos del entierro.
 6. La facultad de señalar la cosa en que haya de consistir la mejora no puede cometerse á otro, aunque sí puede dejarse la eleccion al hijo.
 7. Las donaciones simples se imputan primero á las mejoras, y las que fueren con causa á la legitima. Cuáles son inoficiosas.
 8. No se pueden hacer ni prometer mejoras por via de dote. Tiempos á que se puede atender para calcular si la dote cabe ó no en los bienes del padre.
 9. Ejemplos de la aplicación de las doctrinas asentadas.
 10. 11. De lo que debe traerse á colacion en las particiones.
 12. Qué es legado, y sus especies.
 13. Qué cosas pueden legarse * y de los legados de nombre, liberacion y deuda.
 14. Del legado de cosas ajenas ó empeñadas.
 15.* A quién toca reponer la cosa legada si perece, y de los legados de género, especie y cantidad.
 16. Del derecho de escoger en el legado de género, y del de opcion.
 17. Cómo debe designarse el legatario, y la cosa legada.
 18. De los modos de que puede hacerse el legado, y primero del que se hace puramente, ó con condicion.
 19.* De los que se hacen desde, ó hasta cierto dia, con demostracion * con causa, ó de modo.

20. Cuándo se lega dos veces una misma cosa.
 21.* Cuándo se lega á dos la misma cosa, y en este caso cuándo habrá derecho de acrecer * y de la con-juncion.
 22. De la aceptacion ó renuncia de los legados.
 23.* Cuándo se adquiere el derecho á los legados, dónde pueden pedirse * y con qué acciones.
 24. Cómo se acaban los legados, 1.º por qué se quitan.
 25. 2.º Por qué se transferan.
 26. 3.º Por qué espiren.
 27. 28. 29. De la cuarta *falcidia*.
 30. 31. 32. De los fideicomisos.
 *33. De los albaceas, sus especies, y quiénes pueden serlo.
 *34. No se puede obligar á aceptar el albaceazgo; pero aceptado se puede obligar á cumplirlo.
 *35. De las obligaciones de los albaceas.
 *36. Del término en que han de cumplir los albaceas, y cómo cuando sean muchos.
 *37. Cómo se acaba el albaceazgo, y si se puede cobrar premio por él.

1. Hemos dicho ya que todos los bienes de los padres son legítima de sus hijos, á excepcion de la quinta parte, que comunmente se llama *el quinto*, de que pueden disponer libremente en beneficio de su alma, ó de quien les parezca (1),

(1) L. 12 tit. 6 lib. 5 de la R. ó 8 tit. 20 lib. 10 de la N.

y los bienes de los hijos lo son de los padres, á excepcion del tercio, del cual tienen libertad de disponer como quisieren (1). Mas aunque el padre ó la madre solo pueden disponer del quinto en favor de extraños, pueden aplicar el tercio á uno, ó muchos de sus hijos, y aun á sus nietos, aun quando viva el padre de estos (2), y en opinion de Molina (3) y Covarrubias (4), puede el padre en caso de no tener mas de un hijo, y de él uno ó muchos nietos, aplicar á uno de estos el tercio, fundándose contra Antonio Gomez (5) en que el tercio no es legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos en común respecto de los extraños, en cuyo favor le está prohibido al padre disponer de estos bienes con perjuicio de sus descendientes (6).

(1) L. 2 tit. 6 lib. 5 de la R. ó 2 tit. 6 lib. 10 de la N.

(2) La misma.

(3) Molina de hispan. primog. lib. 2 cap. 11 n. 5.

(4) Covarrub. lib. 1 Var. cap. 19 n. 4 vers. *Obiter*.

(5) Gomez en la ley 18 de Toro.

(6) Seria de desear que se prohibiese igualmente la facultad de hacer mejoras, que son tan injustas y ruinosas como lo eran los mayorazgos, cuya fundacion está felizmente prohibida. Supongamos que muere un padre dejando cuatro hijos, y me-

2. Quando el padre deja á alguno de sus hijos el tercio ó quinto de sus bienes, se dice que lo mejora, porque en efecto lo hace de mejor condicion que á los demas en quanto á la sucesion, y asi es que el título 6 del libro 5 de la Recopilacion, que es el 6 del libro 10 de la Novísima tiene la inscripcion: *De las mejoras de tercio y quinto*. Si se hacen las dos mejoras, conforme á una ley del Estilo (1) que está en observancia, debe sacarse primero la del quinto, habiéndose dispuesto asi en favor del alma del testador, segun dice Antonio Gomez (2); aunque Angulo (3) exceptúa el caso de que el testador tuviese hecha de antemano irrevocablemente la mejora del tercio;

porando á uno en tercio y quinto, y que su caudal son quince mil pesos. Se aplicarán al mejorado por el quinto tres mil, de los doce restantes por el tercio cuatro mil, y los ocho que quedan se dividirán en cuatro partes para los cuatro herederos, de los que cada uno percibirá dos mil, resultando al mejorado la suma de nueve mil, es decir, mas del cuádruplo que á sus coherederos, ó casi los dos tercios del caudal.

(1) L. 214 del Estilo.

(2) Antonio Gomez en la l. 17 de Toro n. 2.

(3) Angulo de meliorat. ley 9. glos. 2. n. 45.

pues entonces la del quinto deberá sacarse del patrimonio que quedase deducido el tercio; y segun Cifuentes (1) deberá hacerse lo mismo siempre que el testador lo disponga asi, porque estando establecida la preferencia del quinto en favor suyo, se supone que lo renuncia.

3. Los padres pueden hacer las mejoras en testamento, ó por contrato entre vivos. Si las hicieren del primer modo, pueden revocarlas hasta su muerte, pues hasta entonces pueden variar el testamento; y lo mismo debe decirse si las hubieren hecho por contrato entre vivos, á menos que se haya puesto al mejorado, ó á su procurador, en posesion de las cosas en que consista la mejora, ó en lugar de la posesion se haya entregado la escritura que contenga la mejora, en presencia de escribano, ó que aquella se haya hecho por causa onerosa con otro tercero, como matrimonio ú otra semejante; pues en estos casos solo podrá revocarse si el padre se hubiere reservado el derecho de hacerlo, ú ocurriere alguna de las causas por que segun las leyes pue-

(1) Cifuentes en la ley 25 de Toro.

den ser revocadas las donaciones perfectas hechas conforme á derecho (1).

4 Si el padre ó la madre, ó algun ascendiente prometieren por escritura pública á alguno de sus descendientes no mejorar á ninguno, estarán obligados á cumplir la promesa, y si no obstante ella, mejoraren á alguno no valdrá (2); del mismo modo deberá cumplirse la promesa de mejorar á alguno por casamiento ú otra causa onerosa, y si no se hiciere en efecto, se dará por hecha despues de la muerte del testador. Mas de esta regla se exceptúa la promesa hecha por el padre dotante á su hija y al marido de esta de que no mejorará á ninguno de sus otros hijos. Acevedo (3) examina la cuestion de si vale ó no esta promesa. Su opinion está por la afirmativa, y dice que Gutierrez (4) defiende la contraria. Á esta nos inclinamos [asi se esplica Sala, aunque renunciando que la cuestion es muy proba-

(1) L. 1 tit. 6 lib. 5 de la R. ó 1 tit. 6 lib. 10 de la N.

(2) L. 6 en uno y otro título.

(3) Acev. sobre la ley 1 tit. 2 lib. 5 de la R.

(4) Gutierr. de jurament. confirmat. part. 1 cap. 59 núm. 14.

ble por ambos extremos], fundados principalmente en la poderosa razon de que siendo el espíritu bien conocido de la ley (1) en todas sus partes el coartar los excesos en las dotes, deben interpretarse mas bien restrictamente que con amplitud todas las dudas que ocurran sobre su inteligencia. * Febrero (2) y Álvarez (3) son del mismo sentir, que apoyan en que aquella promesa equivale en cierto modo á una mejora en favor de la hija, porque se le asegura la parte de su legitima que dejaría de percibir, si fuese mejorado alguno de los otros hijos. Mas el adicionador de Febrero (4) observa que la ley prohíbe solamente la desigualdad á favor de la hija por via de dote; pero no que el padre se obligue á guardar una igualdad dictada por la razon, y en que se interesa tambien la tranquilidad y armonia de las familias. Es cuanto se puede cavilar, añade, contra las mugeres, y un enigma indisoluble el decir que la privacion de mejorar es mejora.*

(1) La ley 1 tit. 2 lib. 5 de la R. que es la 6. tit 3. lib 10. de la N.

(2) Febr. adic. Part 1 cap. 1 § IV. n. 126.

(3) Alv. institut. tom. 2 tit. XVIII.

(4) Febr. adic. Par. 1 tom. 1 nota 29.

5. Las mejoras se regulan por lo que valen los bienes del que las hace, al tiempo de su muerte (1). Y esta es la razon de que para deducir las mejoras no se computan las dotes, donaciones *propter nuptias* y otras que se colacionan; pues el importe de estas ya no estaban en los bienes del padre al tiempo de su muerte. En la propia razon se funda la ley (2) para disponer que los mejorados sufran á prorrata el pago de las deudas del testador; porque las mejoras se han de sacar de sus bienes, y bienes son los que quedan líquidos pagadas las deudas. No es lo mismo respecto de los legados y gastos de entierro, porque estos no son deuda de que era responsable el testador, sino una carga de sus bienes, que á lo menos en parte les impone él mismo; y asi se deben sacar del quinto, que es lo único de que puede disponer libremente el que tiene herederos forzosos descendientes. Pero si el quinto no alcanzare para los precisos gastos funerarios, contribui-

(1) L. 9 tit. 6. lib. 5 de la R. ó 9 tit. 6 lib. 10 de la N.

(2) L. 5 en uno y otro título.

rá para ellos el mejorado á prorrata con los otros herederos, sin gravar al conyuge superstite. Si hay mejora del tercio para un descendiente legítimo, y el testador no dispuso del quinto, se deberá aplicar al mejorado el tercio de lo que sobre de este. Si el testador manda que el mejorado en el tercio pague los gastos funerarios, y los legados, deberá hacerlo hasta una cantidad igual al quinto y no mas. Lo mismo se hará cuando el testador mejora en el tercio á un descendiente suyo y á otro en el quinto, mandando que aquel y no éste satisfaga los gastos referidos.

6. Los ascendientes pueden consignar en bienes ciertos y determinados las mejoras que hagan á sus descendientes legítimos (1); pero no pueden cometer esta facultad á otra persona alguna (2), cuya prohibicion parece que no se extiende á prohibir que se deje al hijo mejorado la libertad de escoger los bienes de su mejora. Esta opinion se funda en dos razones: 1.ª La ley citada usa de estas palabras, *á otra persona alguna*, sin hacer mencion del hijo

(1) L. 3 tit. 6 lib. 5 de la R. ó 3 tit. 6 lib. 10 de la N.

(2) La misma.

mejorado, y por eso no es creible que quisiera comprenderlo, pues en la obligacion general no se incluyen las cosas que deben expresarse especialmente, por no ser verosimil que pensase en ellas el que se obligó (1). 2.ª La facultad expresada redundará en utilidad de los hijos y por lo mismo se debe ampliar en su beneficio. Al mejorado con bienes determinados se le deben entregar estos, á menos que la hacienda del testador no se pueda dividir cómodamente, en cuyo caso podrán los herederos pagar la mejora en dinero (2).

7. Las donaciones simples hechas por el padre á alguno de sus hijos se deben considerar como mejoras, aunque no lo exprese; y así se imputarán y aplicarán primeramente al tercio; si fueren mayores que este, se aplicará el exceso al quinto, y si todavia fueren mayores que uno y otro, el resto se deducirá de la legítima (3). Si la donacion fuere causal,

(1) L. 5 tit. 13. P. 5.

(2) L. 4 tit. 6. lib. 5 de la R. ó 4 tit. 6 lib. 10 de la N.

(3) L. 10 tit. 6 lib. 5 de la R. ó 10 tit. 6 lib. 10 de la N.

esto es, por alguna causa necesaria, útil ó pia, por la que pueda ser compelido á hacerlas, se deducirá primero de la legítima, despues del tercio, y por último del quinto. Cualquiera donacion mayor que la suma de la legítima, el tercio y el quinto es inoficiosa en cuanto al exceso, y este debe restituirse á los demas interesados, porque ningun hijo puede recibir mas que aquella suma de la herencia de su padre (1).

8. La ley (2) prohíbe que *ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de su hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que todo lo que diere y prometiére, segun dicho es, lo haya perdido y pierda*. Las hijas pueden ser mejoradas por testamento ú otra última voluntad (3), porque esta ley no lo prohíbe; pero se entiende cuando no sea para eludirlo. Aunque los varones tienen

(1) L. 3 tit. 8 lib. 5 de la R. ó 5 tit. 3 lib. 10 de la N.

(2) L. 1 tit. 2 lib. 5 de la R. ó 6 tit. 3 lib. 10 de la N.

(3) Acev. sobre la ley 1 tit. 2 lib. 5 de la R.

la ventaja de que las donaciones *propter nuptias* se les consideren como mejoras, lo que no sucede á las mugeres con su dote, estas tienen la de que para calcular si la dote que se les da ó promete cabe en los bienes del padre, pueden escoger el tiempo en que murió este, ó aquel en que les dió ó prometió la dote; y con tal que quepa en el caudal que habia en uno de estos tiempos que elija la interesada, quedará su dote libre del vicio de inoficiosa (1).

9. Los ejemplos siguientes aclararán las doctrinas sentadas en los números anteriores. 1.º Un padre dejó tres hijos, Pedro, Juan y Diego: mejoró á Pedro en el tercio y á Juan en el quinto. Su caudal eran 1700 ps., debia 200, legó 100, y en su entierro se gastaron 50. Antes de todo se pagarán las deudas, y por esta baja quedará reducido el caudal á 1500 ps. De esta cantidad se sacará el quinto para Juan que son 300 ps. de los 1200 sobrantes se sacará el tercio para Pedro que son 400, y los 800 que restan se dividirán por partes iguales entre los tres

(1) L. 3 tit. 8 lib. 5 de la R. ó 5 tit. 3 lib. 10 de la N.

hijos. Juan debe sufrir del importe de su quinto los legados y gastos del entierro que son 150 ps. y así no percibirá mas que 150. 2.º Si en el mismo ejemplo el testador no hubiese dispuesto del quinto, se debería aplicar á Pedro mejorado en el tercio, la tercera parte de 150 ps. que es el resto líquido del quinto, y lo demas de este agregarlo al caudal divisible entre los tres hijos. 3.º Supongamos en el ejemplo primero que los legados y los gastos del entierro importaban 350 ps. y que el testador mandó que se sacasen del tercio y no del quinto. Pedro mejorado en aquel no estará obligado á pagar mas que 300 ps. porque esto es lo que importa el quinto. 4.º El mismo padre del ejemplo primero dejó á mas de los tres hijos una hija á quien habia dado en dote 400 ps. que deben imputarse á su legítima. El tercio y el quinto serán los mismos que se expresan en el primer ejemplo, porque los 400 ps. de la dote no se agregan al caudal hasta que se hayan sacado aquellas mejoras. Se añadirán pues á los 800 ps. divisibles entre todos los hijos, resultará una suma de 1200 ps. que repartidos entre los cua-

tro herederos, les tocarán 300 ps. á cada uno; y como la hija tenia recibidos 400 en razon de dote, deberá restituir 100, si no es que los bienes del padre fueran bastantes para que cupieran en ellos los 400 ps. al tiempo que los dió ó prometió en dote á la hija, y ésta hubiere escogido aquel tiempo para el cálculo de su legítima, en cuyo caso retendria toda la cantidad dotal. 5.º Si el padre del ejemplo primero habia hecho á Pedro una donacion simple de 1000 ps. y á Juan una de 300 por causa, Pedro se entenderá mejorado primeramente en el tercio que son 400 ps.; y como estos no llegan á los 1000, se entenderá que la mejora se extendió al quinto, que tampoco es suficiente á cubrir esta cantidad, y por tanto lo que falte se rebajará de la legítima de Pedro. La donacion causal de Juan se le deducirá de su legítima. La cuenta en este caso se hará del modo que sigue. De los 1500 ps., caudal líquido del padre, tocan á Pedro 700 por su tercio y quinto; sobran 800 á que se acumularán 1300 de las dos donaciones, resultando entonces un total divisible de 2100, que se partirá en tres porciones iguales de á 700 ps. para los tres hermanos. Se-

rá entonces el haber de Pedro por mejoras y legítima 1400: tenía recibidos 1000, se le entregarán 400. Juan tenía recibidos por su donacion 300: solo le corresponde de legítima 700, se le entregarán 400, y Diego percibirá íntegros los 700 de su legítima.

10. Lo dicho da bastante idea de lo que conviene tener presente para dividir entre los hijos una herencia paterna; resta solo explicar lo que debe traerse á colacion y particion. Como los padres suelen en vida hacer á sus hijos algunas donaciones, y erogar en ellos ciertos gastos, el importe de algunos de estos se agrega al caudal existente al tiempo de la muerte, y del total se hace la particion deduciéndose al que lo ha recibido de la porcion heditaria, ó legítima que le corresponda, y esto es lo que se llama *traer á colacion y particion*. Es claro que las mejoras no deben traerse, pues está establecido para guardar la igualdad, que aquellas destruyen, como hemos notado. Mas sí se deben traer las dotes, donaciones *propter nuptias* ó por otra causa que los hijos hayan recibido, y no pertenezcan á mejoras; aunque si los que las recibieron se quisieren apartar de la heren-

cia, podrán hacerlo, y entonces sin traerlas á colacion se juzgan pagados de su legítima con lo que han recibido, á menos que sean inoficiosas, esto es, que excedan á lo que debieran percibir, pues en ese caso deberán devolver el exceso (1). Debe igualmente traerse á colacion el peculio profecticio (2), pero no el castrense, cuasi castrense, ni adventicio, pues estos quedan libres por el fallecimiento del padre al hijo de quien son sin derecho alguno de sus hermanos (3).

11. Tampoco debe traerse á colacion lo que el padre hubiere gastado en dar estudios á su hijo, ó armarle caballero, y en los libros para aprender alguna ciencia (4); y aunque los intérpretes quieren que se le debe imputar, y tenerlo por via de mejora, á ejemplo de lo que hemos dicho de la donacion simple, no nos parece su opinion conforme á las palabras de la ley que dice: *non gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*, palabras que son exclusivas

(1) L. 3 tit 8 lib. 5 de la R. ó 5 tit. 3 lib. 10 de la N.

(2) L. 3 tit. 15 P. 6.

(3) L. 5 del mismo.

(4) LL. 5 dicha, y 3 tit. 4 P. 5.

de toda imputacion; ni á su espíritu, pues en ella se comparan estos gastos al peculio castrense ó cuasi castrense exentos en un todo de imputarse. Pero aun cuando pudiera admitirse su opinion por lo que hace á los libros en el caso de que existieran ellos mismos, ó en equivalente en poder del hijo, como que aumentaban su patrimonio, y podia considerarse que los tenia por donacion simple, no puede decirse lo mismo de los gastos del estudio, que deben reputarse como alimentos ya consumidos que no aumentan el patrimonio, y de los que no se hace imputacion. Por la misma razon de no aumentar el patrimonio los grados de universidad y otras condecoraciones que no tienen sueldo ni otros frutos, sino que son una especie de carga de honor, creemos que lo gastado por el padre para la consecucion de ellos no se debe imputar al hijo, ni aun por cuenta de mejoras, y que si algo se debiere por este motivo, deberá pagarse de la herencia comun, segun la opinion de Papiniano (1); pues parece incivil y aun vergonzoso pretender

(1) L. 1 § 16 de collat.

los demas hijos que la condecoracion del hermano se le impute en su parte. Asi lo hemos practicado en la division de la herencia de D. José Perez Mesia, no obstante la oposicion que manifestó al principio uno de los coherederos, que cedió despues convencido de las razones que hemos expuesto, á las que no deja de prestar apoyo la ley que hemos citado (1).

12. Bajo el nombre de *mandas* se comprenden en nuestras leyes los legados, y los fideicomisos particulares, porque aunque segun el derecho antiguo se distinguian unos de otros en su forma y en sus efectos, subsistiendo la diferencia en lo primero, porque el legado se deja directamente, como v. g. *lego á Francisco cien pesos*, y el fideicomiso oblicuamente, encargándolo al heredero, á quien se gravaba en dar á otro alguna cosa, ha desaparecido en cuanto á lo segundo, por haberse igualado los legados y los fideicomisos, de manera que segun Antonio Gomez (2) cuanto tiene lugar en los unos, ha de tenerlo en los otros. Sin embar-

(1) L. 5 tit. 15 P. 6.

(2) Antonio Gomez 1 Var. cap. 12 n. 1.