

CAPITULO CUARTO.

De las mejoras.

- §. 1. ¿Que son mejoras y de cuantas especies? ¿quien puede hacerlas?
2. El mejorante puede designar la finca ó alhaja de la mejora.
3. El que mejora en términos genéricos se entiende que mejora en tercio y quinto.
4. Los padres no pueden mejorar á sus hijas por razon de dote.
5. Los padres pueden mejorar por razon de dote á su hija natural, no teniendo hijos legítimos.
6. La madre tampoco puede mejorar á su hija por razon de dote, ni por otro contrato sin licencia del marido.
7. En qué caso puede el abuelo mejorar á su nieta por razon de dote ó casamiento.
8. La prohibicion de mejorar á las hijas por razon de dote se entiende solo por contrato entre vivos.
9. El pacto de mejorar ó de no mejorar es valido.
10. Si el que hace la promesa de mejorar, no la cumple, y es por contrato oneroso, estará únicamente obligado á resarcir el daño.
11. Pero si el pacto ó promesa fueron espontáneos, debera cumplirse.
12. Si el interesado en el pacto de no mejorar consiente en la renuncia de este beneficio, cesa aquella prohibicion.
13. Al hijo, en cuyo favor se hizo el pacto de mejora, sucederán en ella sus hijos, si el primero muere antes que su padre.
14. Esta doctrina no se opone á la ley que permite al abuelo mejorar á sus nietos.
15. Los padres por ninguna promesa renuncian el derecho de disponer del quinto de sus bienes,
16. La promesa de no mejorar a un hijo se extiende á los nietos hijos de este.
17. La promesa de no mejorar á un hijo no se extiende á los demas.
18. Excepcion de esta regla.
19. La facultad de mejorar se extiende á los abuelos respecto de sus nietos.
20. El ascendiente no puede mejorar á su hijo único ni imponer sobre su herencia ningun gravamen.
21. El gravamen impuesto cuando el hijo no era único, cesa cuando llega á serlo.
22. Pero el hijo único podrá ser mejorado con cierta condicion.
23. Otro caso en que es válida la mejora del hijo único.
24. Las madres y abuelas pueden mejorar á sus descendientes estando viudas, ó teniendo bienes libres.
25. Si muerto el marido no confirma la viuda la mejora.

- hecha en vida de aquel sin su licencia, es nula,
26. La consignacion determinada de la mejora la ha de hacer por sí mismo el mejorante.
27. Debe sin embargo hacerla de modo que no cause á los demas coherederos grave perjuicio en su legitima.
28. Al mejorado debe entregarse la mejora en los mismos bienes que el mejorante designó.
29. Cuando la finca no tiene cómoda division serán libres los no mejorados en satisfacer la mejora en dinero ó de otro modo.
30. Pero entre herederos extraños elegirá el mejorado los bienes que tenga por conveniente.
31. ¿De que gravamen es susceptible el tercio?
32. El gravamen impuesto en la mejora de un hijo cesa cuando el padre hace simplemente la misma mejora en otro hijo.
33. La entrega de cantidades hecha por el padre á un hijo emancipado para edificar en terreno de este, se reputa mejora tácita.
34. Lo mismo sucede cuando le redimen de cautiverio, y en otros casos.
35. Se entiende que hay mejora respecto de los hijos nombrados por el padre en la institucion de heredero, cuando no nombra á otro ú otros hijos.
36. La finca poseida por el padre con gravamen de restitucion no se toma en cuenta para las mejoras.
37. El mejorado puede repudiar la herencia y aceptar la mejora.
38. Muerto uno de los mejorados acrece á los otros su parte en la mejora.
39. Otro caso en que acrece al mejorado la parte de otro difunto.
40. Otro caso diferente en que hay derecho de acrecer.
41. Aceptada la mejora y entregada la escritura, vuelve á la propiedad del padre la parte del mejorado que muere.
42. La donacion por testamento ó entre vivos en qué casos se presumirá mejora, y en qué casos no.
43. Las mejoras son válidas, aun cuando se rescinda el testamento por pretericion ó desheredacion.
44. Son válidas dos mejoras en el quinto en favor de dos herederos forzosos.
45. Hasta qué punto está obligado el mejorado á sufrir el gravamen del pago de deudas impuesto por el mejorante.
46. El mejorado en tercio y quinto que recibió en vida los bienes de su mejora, estará obligado á pagar el funeral del mejorante.

1. **L**lámase mejora la porcion de sus bienes que deja el ascendiente á alguno de sus herederos descendientes, ademas de los que

le corresponden á partes iguales con todos los otros. La mejora puede ser expresa ó tácita. Expresa, cuando se emplea la palabra *mejora* ú otra equivalente: tácita, cuando se hace simple donacion por mera liberalidad; en cuyo caso se considera mejora, y no se debe rebajar de la legítima del agraciado (1). Distingúese tambien la mejora en *simple* y *condicional*. Es simple la que se hace absolutamente, y condicional la que lleva consigo alguna condicion ó carga. Las mejoras pueden ser del *tercio* solo, del *tercio y quinto*, ó de cualquiera cantidad menor que los dos. Las diferencias legales entre unas y otras se irán explicando por su orden en el discurso de este capítulo. El que tiene potestad de testar, puede disponer de sus bienes en la cantidad y forma que se le antoje, si testa entre extraños; pero no es libre de hacer lo que guste teniendo herederos legítimos, pues solo le está permitido en los términos siguientes. El padre, madre, abuelos y demás ascendientes directos pueden mejorar por una sola vez en vida ó muerte á alguno ó algunos de sus hijos, nietos y descendientes legítimos (aunque vivan los padres de estos) en el tercio y remanente del quinto de sus bienes libres, ya lo hagan por testamento ú otra última disposicion, ya por contrato entre vivos. Podrán igualmente vincularlos imponiendo sobre el remanente del quinto el gravamen que quisieren, pero no sobre el tercio, el cual, como se repúta por verdadera legítima, no puede sufrir mas gravamen que el de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso. No menos estan autorizados á arreglar el orden de sucesion al referido vínculo, anteponiendo ó posponiendo las personas que gusten en cada grado, con tal que observen en el modo y forma las reglas y condiciones que las leyes determinan (2). En orden á la cantidad vinculable concedian estas amplia libertad á los testadores; pero como por la Real cédula de 14 de mayo de 1789 no puede fundarse ningun mayorazgo, aunque sea por via de agregacion ó mejora de tercio y quinto, á no ser con las circunstancias que en ella se expresan, es ya indispensable observarlas. Una de las principales es que llegue ó exceda la renta de la nueva vinculacion de la cantidad de tres mil ducados, por lo cual quedan derogadas en esta parte las disposiciones precedentes (3). La mejora del tercio entre descendientes legítimos se entiende no solo en orden á la propie-

1 Tello en la ley 26. de Toro, num. 1. Matienz. en la lo. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 1.

2 Leyes 2 y 11. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. Roj. de Alm. de *incompat.* disp. 2.

quæst. 3. num. 8.

3 Ley 12. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec. Véase sobre esto el tratado de mayorazgos, cap. 2.

dad de los bienes que la constituyen, sino al usufructo de los mismos, ya porque el tercio es verdadera legítima, como queda dicho, y ya tambien porque las leyes no hacen distincion alguna. Por tanto si el ascendiente mejora en el tercio y quinto de su caudal á alguno ó algunos de sus descendientes legítimos, dejando á otro ú otros el usufructo por tiempo fijo ó indeterminado, será nula esta segunda concesion por lo relativo al tercio, y solo tendrá efecto en el quinto, sobre el cual determinará el testador lo que se le antojare, ya sea entre parientes ó extraños, ya gravándole como gustare, y ya vinculándole, siempre que sus rentas lleguen á la cantidad de la ley citada y se observe cuanto dispone, pues tiene para ello total y absoluta licencia.

2. Tambien puede el testador prefijar por sí mismo la finca ó fincas en que ha de consistir la mejora del tercio y quinto y el dinero con que debe satisfacerse: pero si esta consignacion no alcanza para el cupo de la mejora se atenderá al modo y términos en que se haya explicado el testador. Si dice v. gr. *mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de todos mis bienes, y para parte de pago le consigno tales fincas*, nombrándolas, deberá suplirse lo que falte de los demas de su herencia, porque la mejora consiste en este caso en la totalidad del tercio y quinto, y no en las alhajas consignadas, que solo deben entrar como parte (1). Lo cual se entiende asi, aunque el testador omita la palabra *todos*, y diga solo de *mis bienes*, porque la indefinida equivale á la universal. Pero si el testador dijo: *mejoro á mi hijo Pedro en tal y tal finca por razon del tercio y quinto*, en este caso no debe suplirse del resto de sus bienes la cantidad que fuere para el completo, porque es claro que no quiso el testador mejorarle mas que en el valor de dichas alhajas (2). Mas si estas excedieren de la suma que corresponde al tercio y quinto, quedará revocada la mejora en el exceso, el cual se aplicará al mejorado como parte de la cuota que debe percibir en igualdad con los demas coherederos. Y si todavia fuere mayor el exceso que la porcion que le cabe de la herencia, devolverá el sobrante en especie ó en dinero si la finca no tuviere cómoda division (3). Entre herederos extraños no hay semejante obligacion, debiéndose observar siempre la voluntad del testador en todas sus disposiciones.

3. Mejorando genéricamente el padre á un hijo en contrato ó

1 Cifuentes en la ley 17 de Toro.

2 Gomez ley 17 de Toro, num. 14,

3 Ley 10, tit. 6. lib. 10, Nov. Rec.

última voluntad, sin expresar si es en el tercio ó en el quinto; diciendo solamente: *mejoro á mi hijo fulano*, lejos de viciarse esta mejora por la incertidumbre que trae consigo, es válida, y se entienda mejorado el hijo en tercio y quinto, que es cuanto la ley le permite. La razon es porque está manifiesta su voluntad de favorecerle en todo aquello que está en su mano, y segun un axioma de derecho los favores en caso de duda deben entenderse con amplitud.

4. Aunque los padres pudiendo estan obligados por derecho á dotar á sus hijas legítimas existentes en su dominio, ya sean ó no ricas (1); no obstante, en ninguna cosa pueden mejorarlas, ni prometérsela con título de mejora por razon de dote ni por la de casamiento (2): ni aun cuando las prometan el tercio ó quinto se entienden mejoradas en ellos, ni en alguno de ellos tácita ni expresamente por contrato entre vivos, como lo preceptúa la ley 6. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. en su 2.^a parte; porque por virtud de este pacto y promesa se priva al padre de testar á su arbitrio, y recae en la hija la parte de la mejora que podia dejar á sus hermanos, y se habia de dividir entre ellos, ó tocar á uno solo (3); y esto es defraudar indirectamente la ley prohibitiva, y ser mejorada tácitamente la hija. Lo cual se entiende ya esté casada ó soltera esta, y se la entreguen antes de casarse ó despues de casada por via de aumento (4): pues la que se constituye durante el matrimonio se llama propiamente dote, sin embargo de que no haya intervenido promesa. Se entiende igualmente ya sea la dote para contraer matrimonio, ó para entrar en religion ó profesar si es novicia, aunque ningun hermano varon tenga, y las demas hermanas esten casadas excepto ella, y aun cuando al tiempo de dotarla sea única, si despues procrea su padre mas hijos, pues se revocará en el exceso de su legítima, de modo que quéde igualada con ellos. Y asimismo se entiende, no obstante que el padre haga la donacion á la hija con la calidad y obligacion de restituir el exceso al hijo que nazca: pues sin embargo de esta condicion y gravamen no valdrá, porque se hace por razon de matrimonio, cede en detrimento de sus hermanos, y es en fraude de la ley que lo prohibe y anula los pactos contrarios (5). Por lo que si la dote que las da su pa-

1 Ley 8, tit. 11. Part. 4.

2 Gutierr. *de juram. conf.* part. 1. cap. 59. Mat. ley 1. tit. 2. lib. 5. Rec.

3 Azev. en la ley 6. tit. 6. lib. 5. Rec. num. 24. Gutierr. *de juram. conf.* part. 1.

cap. 59.

4 Baez *de non melior. filiab.* cap. 5. num. 11 al 23.

5 Baez. *ibi.* cap. 14. num. 6 al 12.

dre excede de la legítima que las puede corresponder cuando muere, atendido el valor líquido y efectivo de sus bienes unido con el de su dote, deben restituir el exceso á sus hermanos, por no transferírselas su dominio, y no se les imputará en el tercio ni quinto, ni en parte de ambos ni de alguno: lo uno porque siempre que la ley resiste y anula algun contrato, se impide la traslacion del dominio, y ninguna obligacion natural ni civil nace de él (1); y lo otro porque para dotar, y que la dote sea congrua y no se gradúe de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del donante, á su calidad y condicion, y á la de la dotada y su marido, á los hijos con que el donante se halla y á la costumbre del pueblo (2). Pero bien puede mejorarlas haciéndolas alguna donacion simple por mera liberalidad; y cesando todo fraude valdrá, porque la ley inserta reprueba solamente las mejoras por via de dote ó matrimonio, á causa de ser excesivas, mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario sería correctiva de las que permiten dichas donaciones (3).

5. Careciendo un padre de hijos legítimos, y teniéndolos naturales, parece que no podría mejorar á una hija natural por via de dote ni casamiento, porque no debe ser de mejor condicion que la legítima, y porque la ley citada, no solo se estableció á favor de los hijos á fin de que no fuesen perjudicados en sus legítimas, sino al de sus padres, para evitar que estos por dotar inmoderamente á sus hijas se empobreciesen; cuya razon milita para con las naturales igualmente que para con las legítimas, y así debería gobernar y observarse la misma disposicion; pues aunque cada uno es dueño de sus bienes, y puede haer de ellos lo que quiera, conviene á la república que no sea pródigo ni abuse de ellos imprudentemente. Pero á pesar de eso lo cierto es puede mejorar por via de dote á su hija natural en la forma que quisiere. Lo primero, porque la ley prohibitiva habla de las legítimas y no de las naturales, por lo que no se amplía ni debe ampliar á estas su prohibicion. Lo segundo, porque manda que el padre no pueda dar tercio ni quinto á su hija legítima por via de dote ni casamiento, ni se entienda mejorada tácita ni expresamente por contrato en sanidad, y estas palabras no cuadran ni convienen á otros hijos que á los legítimos, á quienes su pa-

1 *Ley Frater á fratre. ff. de condit. in-
debit.* Baez, ibi. cap. 36. num. 4. Acevedo
en la ley 1. tit. 2. lib. 5. Rec. num. 21 y 22.

2 *Ley Filia.* 41. ff. de leg. Decio con-

sil. 277. vers. *Tamen his.*

3 *Gutierr. de juram. confirm.* cap. 50.
num. 15.

dre puede mejorar, y se debe la herencia y legítima; por lo que, y por no deberse estas á los naturales, ni ser herederos de sus padres contra su voluntad, ni (ya haya ó no legítimos) tener mas derecho que al quinto, que es lo que teniendo estos, puede dar á aquellos ó dejarles por via de alimentos; es visto haber querido que su prohibicion no se entendiese con otras hijas que con las legítimas. Y lo tercero, porque aunque el padre haga donacion de todos sus bienes, no pueden revocarla los naturales, como legítimos: y si carecen de potestad para impugnar y revocar la donacion inmensa, tampoco la tendrá para revocar la mejora que no lo es; por cuyas razones el padre que no tiene hijos legítimos, puede mejorar en contrato por via de dote ó casamiento á sus hijas naturales (1).

6. Como la madre (siendo católica) no está obligada á dotar á sus hijas, parece que podria mejorarlas por via de dote ó casamiento; pero tampoco lo puede hacer, porque la ley enuncia da emplea las palabras: *Ninguno puede dar ni prometer &c.* por lo cual es claro que está comprendida del mismo modo que el padre (2). Pero hay respecto de ella una prohibicion que no tiene este, y es que la madre tampoco puede mejorar á las hijas naturales por razon de dote ni casamiento, aun cuando no tenga hijos legítimos, porque á falta de estos obtienen los naturales privilegios de legitimidad, y son herederos forzosos de su madre *ex testamento y ab intestato*. Pero si tiene hijo ó hija legítima, solo podrá disponer del quinto en favor de los naturales, del mismo modo que si fueran extraños. Los hijos legítimos son tambien preferidos á los naturales como se dirá en su lugar.

7. Discuerdan los autores sobre si la ley prohibitiva de mejorar por via de dote ó casamiento á las hijas, comprende al abuelo respecto de sus nietas. La opinion mas fundada es que si la nieta es hija de hija, no podrá su abuelo mejorarla, por la regla general de que estando uno privado de suceder, lo estan tambien sus descendientes, y ciertamente no hay razon para que la tal hija sea de mejor condicion que su madre (3). Pero si la nieta es hija de hijo, podrá mejorarla, porque sucede en los derechos de su padre, el cual como varon no debe estar comprendido en una ley que solo habla de las hembras (4).

8. Aunque queda sentado que las hijas legítimas no pueden ser mejoradas en tercio, quinto ni en otra cosa alguna por sus

1 Baez, *de non meliorand. filiab.* cap. 13. num. 2. al 9.

2 Baez, *ibid.* cap. 11. num. 11 al 25,

3 Baez, *ibi.* cap. 7 num. 36.

4 Tello en la ley 17 de Toro, num. 75.

padres tácita ni expresamente, por prohibirlo la ley inserta, se circunscribe y limita esto al tiempo y caso de que habla, que es por contrato en sanidad; pero no por testamento ó por otra última voluntad: pues en esta no solo puede mejorarlas sino hacerlas legados como á sus hijos sin diferencia, porque la legal prohibicion no se amplía á las últimas disposiciones (1): y pueden tambien confirmar la dote inoficiosa hecha sin sospecha de fraude, y mandar que la hija la lleve íntegra en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima; porque por su confirmacion convalence (2). Y la razon porque no se prohíbe que en última disposicion sean mejoradas es porque si las mejora en contrato, como este es irrevocable segun las leyes 17 y 22 de Toro, se causa gráve daño no solo al mejorante, porque queda privado de sus bienes sin poder reclamar ni arrepentirse, sino á los demas hijos, porque son defraudados en sus legítimas; pero en testamento ú otra última voluntad es al contrario, pues puede enmendar, revocar y anular la mejora en él hecha, y ningun perjuicio se le causa, por no surtir efecto hasta despues de su muerte; por lo que cesando la razon de la prohibicion, debe cesar la ley prohibitiva (3): y una cosa es contraer, y otra testar (4). Pero es de advertir que la validacion de la mejora á favor de las hijas en testamento ú otra última voluntad se entiende con tal que en contrato no se haya estipulado ó precedido promesa de hacerla; pues si presidió, y haciendo el testador mencion de la promesa en el testamento constituye la mejora, no valdrá, porque se conceptúa hecha en fraude de la ley, y en consecuencia de la obligacion primera. Y lo propio milita aunque no haya precedido promesa de mejorar á la hija, si estaba tratado ya su matrimonio, y por razon de este la mejora ó hace donacion el padre en su testamento, pues como fraudulenta tampoco valdrá (5).

9. Como de la convencion y pactos justos de los contrayentes reciben la ley los contratos, y á quanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado (6); por esto prometiendo absolutamente por contrato en sanidad el padre, madre ú otro ascendiente legítimo mejorar á algun hijo ó descendiente suyo por via

1 Baez. tit. cit. cap. 2o. num. 6. al 11. Matienz. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. glos. 2. num. 4. y glos. 3. num. 2.

2 Morq. de divis. lib. 4. cap. 13. num. 43.

3 Matienz. ibi. Baez, ibi, num. 3 y 14.

4 Ley *Verba contraxerunt*. ff. de *acr-*

bor. signific.

5 Ayor. de *partit.* part. 2. quæst. 2. Baez ibi. num. 15. Gutierr. de *juram. confirm.* part. 1. cap. 59. dicho num. 16, y otros.

6 Ley 1. tit. 1. lib. 1o. Nov. Rec.

de casamiento ó por otra causa onerosa, ó no mejorará ninguno en tercio ni quinto, y otorgandose sobre esto escritura pública (1) (pues no basta la privada en cuanto al pacto de no mejorar, y sí á la promesa de mejorar) (2), debe observarse el pacto, segun lo ordena la ley 22 de Toro, que es la 6. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. Lo cual se entiende, ya el contrato oneroso se haga con tercero ó con el hijo solamente, pues debe el ascendiente cumplir la promesa (3).

10. Si el padre promete por via de casamiento ó por contrato oneroso no mejorar á hijo alguno, y acepta su hija y yerno la promesa, si procediese contra esta parece deberá pagarles el daño que por su contravencion les causó, pues en las obligaciones de hacer ó no hacer sucede en su lugar el interes; y no será obligado á cumplir el pacto, ni incumbe á la hija el que lo cumpla ó no; por lo que reintegrándola de lo que la tocara, á no haber contravenido á él, no puede pretender otra cosa, ni aunque la pretenda se le debe oír, porque los pactos se establecieron para que cada uno consiga lo que le interesa (4).

11. Pero si el contrato y promesa de no mejorar fue absoluto, sin haber precedido causa alguna para hacerlo mas que la mera voluntad del padre dirigida á solo el fin de que todos sus hijos consiguiesen su legítima íntegra y completa, y le heredasen con igualdad, deberá observar el pacto, y por consiguiente á ninguno de sus hijos, nietos ni descendientes podrá mejorar, y si lo hiciere será nulo é ineficaz (5). Mas no obstante véase lo explicado en el párrafo 4.º acerca de las hijas, pues será lo que se observe.

12. Si el hijo á cuyo favor se hizo el pacto de no mejorar á los demas lo remitiere y consintiere que su padre ó madre mejoren al que quieran, ó falleciere en vida del mejorante sin descendientes, pueden mejorar á otro hijo, porque este pacto fue meramente personal, hecho con solo aquel hijo, en virtud del cual ningun derecho adquirieron los otros. Al contrario si falleció en vida de su padre dejando hijos ó descendientes, pues entonces á ningun hijo puede mejorar, porque todos estos en-

1 El modo de probar el contexto de la escritura en caso que esta y su protocolo se pierdan se dijo en el capítulo sobre los instrumentos de que debe y puede dar copia el escribano,

2 Matienz. en la ley 2. tit. 16. lib. 5. Reg. glos. 2.

3 Ayor. part. 2. quæst. 14. num. 43 y

44. Matienz. en la ley 6. glos. 2. num. fin. tit. 6. lib. 5.

4 Ayor. dicha part. 2. quæst. 15.

5 Gom. en la ley 22 de Toro, num. 27. Ayor. quæst. 15. vers. *Si vero prem.* Mat. en dicha ley 6. tit. 6. lib. 5. glos. 1. num. 4. etc. Ibi. Acev. num. 9.

tran en el lugar de su padre muerto, y como que juntos le ocupan, deben suceder en todo el derecho que le compete (1).

13. Cuando el padre ó la madre prometieron mejorar á uno de sus hijos, y este no remitió el pacto y derecho en su virtud adquirida, y murió en vida del padre ó madre, con quienes lo hizo, sin dejar descendientes, pueden mejorar á cualquiera de los otros hijos pero no si dejó hijos ú otros descendientes legítimos, pues entonces estarán obligados á mejorar á todos sus nietos hijos de este hijo difunto, y no á uno de ellos solamente, porque todos juntos entran á ocupar el lugar de su difunto padre, y suceder en el derecho que le competia; y así se ha de dividir igualmente entre todos la mejora, y no llevarla uno solo (2).

14. Lo cual procede sin embargo de que la ley 18 de Toro permite al abuelo que pueda mejorar á cualquiera de sus nietos y descendientes, ya esté vivo ó no su padre; pues la disposición de esta ley se entiende cuando no precedió el pacto de no mejorar; pero habiendo precedido, no puede el abuelo mejorar á sus nietos sin expreso consentimiento de su hijo en vida, ni despues de muerto este, porque como queda expuesto, todos los nietos entran á ocupar su lugar, y suceden en todo el derecho, en que á vivir sucederia, y cada uno en su respectiva parte solamente (3).

15. Aunque el padre ó la madre prometan por causa onerosa no mejorar á sus hijos ni descendientes en el tercio y quinto de sus bienes, pueden disponer por su alma, ó á favor de causas pias ó en lo que quisieren, del quinto de ellos, porque en este caso solo el tercio es legítima necesaria de todos sus hijos; y así no pueden dejar este á uno, ó á mas; sino que lo han de partir igualmente, por haber adquirido en virtud del pacto igual derecho á él, que á los demas bienes; pero el quinto no lo es, por lo que como hacienda suya tienen facultad de usar de ella á su arbitrio, y de lo contrario quedarian intestables (4).

16. Prometiendo por causa onerosa ó simplemente el padre ó madre en escritura pública no mejorar á alguno de sus hijos, no pueden mejorar tampoco á sus nietos ni á otro descendiente de este hijo, porque cuando consta de la voluntad del testador.

1 Gom. ibi, num. 24, vers. *Sed his non obstant.* Ibi, Palac. Rub. y Tell. Acev. en dicha ley 6. tit. 6.

2 Gom. ibi, num. 24, Tello, num. 19. 20, Matienz, en dicha ley 6. glos. 7.

3 Palac. Rub. ibi. col. 6. Cast. en dicha ley 22, num. 30. Gom. dicho num. 2. vers. *Nec. obstant.*

4 Gom. ibi, num. 26, Angul. en la 6. glos. 6. num. 2, Acev. ibi, num. 6. al 6

se comprenden siempre en el nombre de hijos los nietos y demas descendientes, aunque sea en materia odiosa por militar la misma razon; y en el presente caso consta de su voluntad, pues teniendo mas afecto al hijo, que al nieto y á otro descendiente, por la menor distancia de grado, una vez que prometen no mejorarle, es visto no querer mejorar tampoco al nieto, porque versa la propia y aun superior razon (1). Si los ascendientes se obligan á no mejorar á ningun descendiente, y luego lo mejoran, la mejora es nula: por igual razon, si habiendo prometido mejorar, no cumplen la promesa en su testamento, se entenderá válida (2). Si dicha mejora se pactó que fuese simple y absoluta, no podrá despues ser gravada de modo alguno (3).

17. Sin embargo de que el padre y la madre hayan prometido no mejorar á cierto hijo, pueden mejorar á otro, porque su promesa se circunscribiò solamente á él, y no se amplió á los demas; por lo que no debe obrar fuera de su intencion, pues la causa limitada produce efecto limitado: es así que el testador se limitó y prohibió específica y determinadamente no mejorar á cierto hijo: luego por no haberse extendido á otros hijos y descendientes su prohibicion, podrá mejorarlos (4).

18. Pero si la razon ó causa final de la promesa de no mejorar á aquel hijo, mira y tiene su tendencia á favor de todos los demas (v. gr. porque sucedan igualmente) y en la promesa se expresa, á ninguno de ellos podrá mejorar, porque en este caso solo la causa general produce efecto general.

19. La facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos se entiende aun cuando sean procreados en diversos matrimonios: extendiéndose igualmente á los abuelos, los cuales pueden mejorar á sus nietos y demas descendientes legítimos, no solo en el quinto sino hasta en el tercio de sus bienes, aun cuando sus hijos, padres de los referidos nietos, esten vivos. Así lo dispone la ley 18 de Toro, que es la 2. tit. 6. lib. 11. Nov. Rec. (*). Y no solo se amplía esta facultad á mejorar un hijo, nieto ó descendiente, sino á dos ó mas, con tal que quede alguno que no

1 Mat. en dicha ley 6, glos. 1. num. 4. Acev. en ella, num. 9. Cifuentes en la ley 22 de Toro. Gom. en ella, num. 27.

2 Ley 8. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 6. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

4 Angul. en dicha ley 6. glos. 2. num. 1. Matienz. en ella, glos. 1. num. 3. Gom. en la 22. num. 29.

* Este caso es el unico que conviene

con la definicion dada de las mejoras, y es excepcion de la regla general. En efecto, en la mejora de los nietos, viviendo sus padres, se desmiente el principio de que para ser mejorado en el tercio es menester ser heredero, y de que el tercio es parte de la legítima, de que nunca se puede defraudar á los forzosos.

esté mejorado, pues la mejora supone predilección. Así podrá el abuelo mejorar al nieto que sea hijo de su hijo único, porque siempre hay dos personas entre las cuales se puede optar (1). Cuando el abuelo mejora á alguno de sus nietos, cuyo padre fuere disipador, puede privar á este del manejo de los bienes que forman la mejora, siempre que haga constar aquel defecto; pero no del usufructo de los mismos, el cual pertenece en todo caso al padre del nieto mejorado (2).

20. Pero si el ascendiente no tiene mas que un hijo ú otro descendiente legítimo no puede mejorar á este ni á nadie en el tercio de sus bienes, ni imponerle ningun gravamen, á menos que para ello intervenga facultad Real, ó que siendo mayor de veinte y cinco años consienta en ello con juramento de no reclamar. La razon es porque el único descendiente en el grado mas próximo ha de suceder forzosamente en todos los bienes de su ascendiente, á excepcion del quinto, suponiendo las leyes que por lo menos ha de haber dos con derecho individual de ser mejorados, cuando permiten la mejora del tercio (3).

21. Esta doctrina tiene lugar aunque en el pacto de tal se haya impuesto el gravamen de vinculacion ó restitution si no naciere mas que un hijo; ó sea hecha la mejora por contrato en cantidad irrevocable; ó el mejorado lo haya sido en última disposicion, habiendo muchos descendientes, pues si todos fallerian, y al tiempo de la muerte del mejorante se hallare único, cesará el gravamen, y todos los bienes de sus ascendientes (excepto el quinto) serán legítima suya; porque esta se debe regular segun el tiempo de la muerte; y como al de ella lo es, y no puede haber mejora por faltar sugeto en quien se verifique y por no consumir ni surtir su efecto hasta entonces; por eso el gravamen se entiende no impuesto (4).

22. Si un padre mejora á su hijo único con la condicion de *si otro hijo ó hijos le naciesen* será válida tambien la mejora y gravamen, porque el acto que puede ser hecho puramente, se puede hacer con condicion (5); por lo que si el hijo único fuere mejorado simplemente por sus padres convalecen la mejora y gravamen luego que nace otro hijo, del mismo modo que si despues de nacido hubiera sido hecha; pues toda disposicion que

1 Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 19. num. 4. Tello, ley 18 de Toro, num. 3.

2 Salgad. *labyrinth. cred.* part. 4. cap. 15. Molin. *de primog.* lib. 1. cap. 16.

3 Ley 11, tit. 4. Part. 6. Bæz. *de non melior. filiab.* cap. 9, num. 6.

4 Angul. en dicha ley 11. glos. 10. num. 6 y 7 al fin. Cast. lib. 3. *Controv.* cap. 13 num. 51. y sig.

5 Molin. dicho lib. 2. cap. 3, num. 7. y cap. 11. cit. 9,

siendo puramente hecha no tiene vigor, se entiende ordenada con la tácita condicion con que vale el acto (1): y este cuando no puede valer puramente, se resuelve en condicion. Y lo mismo procede, aunque en la mejora no ponga la condicion referida, si le nacen despues mas hijos, porque es visto haberla hecho con la esperanza de procrearlos y en perjuicio suyo; y como hasta que fallece no tiene derecho á la mejora el mejorado, y al tiempo de su fallecimiento ya estan nacidos, convalece esta y queda firme (2); pues el padre pudo revocarla, y respecto no haberlo hecho, quiso que subsistiese, y manifestó que tuvo mas aficion á aquel hijo que á los otros.

23. Tambien es válida la mejora del hijo único cuando el padre constituye mayorazgo irrevocable del tercio, entrega en vida á su hijo los bienes que lo importan, sin reservarse su usufructo, y este percibe sus frutos, los cuales equivalen al gravamen (3). Y lo propio milita si la hace de tercio y quinto, con la condicion de que si el hijo no consintiere el gravamen del mayorazgo hecho en el tercio, no lleve el quinto, pues entonces ó deberá consentir el gravamen del tercio ó perderá el quinto (4).

24. Las madres y abuelas, aunque no pueden mejorar á hijo ni descendiente alguno suyo por contrato sin licencia de su marido, tienen facultad de hacerlo estando viudas: y tambien cuando estan casadas, si sus bienes son libres de tal suerte, que su marido no tiene el usufructo de ellos, pues teniéndolo, aunque será válida la mejora por lo tocante á su perfeccion y firmeza, y no se podrá revocar, siguiéndose su tradicion ó haciéndola por contrato ó causa onerosa con tercero; pero no en cuanto á privar á su marido de su usufructo, pues este debe quedarle para superar las cargas matrimoniales (5); porque cuando alguno dona ó lega algo, se entiende donar y legar solamente el derecho que tiene en la cosa legada, salvo siempre el de otro (6).

25. Pero si el marido asiente á la mejora despues, ó si muerto este la confirma la viuda, será válida. Si esta no la confirma quedará ineficaz, por la razon general de que el tiempo no legi-

1 Mosquech. lib. y cap. cit. num. 9. Baez. dicho cap. 9. num. 60.

2 Baez. dicho cap. 9. num. 14 al 18. Covarr. lib. 2. Var. cap. 19. num. 2 al 4.

3 Molin. dicho lib. 2. y cap. 11. num.

4. Mosquech. ibi. num. 12.

4 Molin. ubi sup. num. 3. Baez. dicho cap. 9. num. 21.

5 Ley 25. tit. 11. Part. 4. Matienz. en la 2. tit. 6. lib. 5. glos. 1.

6 Si domus. 71. y Si fundus, y Non quocumque. 28. § 1. ff. de leg. 1. Gom. ley 18 de Toro, num. 3. Cast. en ella, num. 2. Matienz. en dicha ley 2. tit. 6. y glos. 1. num. 2 y 3.

tíma lo que desde un principio es nulo. Tampoco servirá que la muger al tiempo de hacer la mejora renuncie la ley 55 de Toro, que es la que le obliga á pedir licencia á su marido, por cuanto las renunciaciones han de ser de lo favorable, y no de lo adverso.

26. Aunque puede el mejorante consignar la mejora en fincas determinadas, como se dijo en el párrafo 2.º, esta consignación la ha de hacer por sí mismo, y no servirá que la encargue á otros, pues lo prohíbe la ley 19 de Toro, que es la 9. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.; y la razón es porque la facultad y declaración de ánimo es cierto derecho personalísimo coherente á la persona del ascendiente, por lo que no se puede ceder ni cometer á otro (1).

27. Esta asignación parece debe hacerse de suerte que los demás hijos no sean gravados en sus legítimas, ni por ella se les defrauden estas (2), como sucedería en caso de ser hecha la asignación en todo lo mejor, mas fructífero y permanente, con presunción de dolo por defraudar á los no mejorados; pero en este caso se debe reducir á albedrío de buen varón, y entenderse hecha la asignación, no precisamente en todo lo referido y que lo peor sea para estos, sino en lo bueno, y que quede también para ellos, por no ser justo que después de ser mejorado el hijo, lleve los bienes mejores y fructíferos, y que sus hermanos después de no serlo, quedándose con solo su legítima diminuta, lleven lo peor é infructífero. Si el testador manda que pueda el mejorado tomar de propia autoridad los bienes de su mejora, lo podrá hacer. Si prohíbe que la tome hasta que los testamentarios cumplan sus disposiciones, también será obedecida su voluntad, en cuanto no sea contra derecho.

28. Si el testador ha señalado en bienes determinados la mejora de tercio y quinto, ó del uno de estos solo, se ha de entregar al mejorado ó legatario (ya sea legítimo ó extraño) en los propios bienes en que se la señaló, y no en dinero. Lo cual se entiende, excepto que estos no puedan dividirse cómodamente, v. gr. cuando naturalmente no admiten división, porque por la naturaleza tienen sus fines destinados, sin los cuales el individuo no puede subsistir, á la manera del siervo, el caballo &c. ó cuando no se puede hacer la división sin daño de los mismos bienes, como sucede en el horno, molino, nave y otras cosas semejantes, pues en estos casos se le puede dar en dinero, para

1. Gom. en la ley 19 de Toro, num. 2.

2. Covarr. in cap. Reynaldus, l. 2.º, num. 2.

5 al fin. de testam. Mat. ley 3, dicho tit. 6, lib. 5, glos. 1, num. 2.

evitar que con la division sea dura y nociva la separacion. Y si no la señaló, se ha de dar en la parte de hacienda que dejare. Asi lo ordena la ley 20 de Toro, que es la 4. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec., la cual reforma el derecho comun en cuanto disponia que tuviese el heredero facultad de pagar los legados en dinero (1).

29. Pero es de advertir que cuando la hacienda no tiene cómoda division por alguna de las razones expuestas en el párrafo antecedente, no estan obligados los no mejorados á dar precisamente en dinero el tercio ó quinto á los que lo son, porque no les compele á ellos la ley, antes bien lo deja á su arbitrio y voluntad, respecto no dice que *deben*, sino que *puedan*; y asi la pagarán en dinero ó en otros bienes de la herencia segun quisieren, como cuando no se la señala, sin que el mejorado tenga accion á pedir que se le dé indispensablemente en dinero (2).

30. Pero cuando la mejora recae en herederos extraños á falta de legítimos, el mejorado debe llevar indistintamente su mejora en los bienes que dejó el testador, y el heredero no tiene derecho á elegir, porque si teniendo descendientes, y dejando el quinto á extraño, debe hacerlo este en los propios bienes del testador, como dice la ley; con superior razon siendo todos extraños lo deberá llevar, pues para el caso lo mismo es que sea el quinto, que el cuarto, tercio ú otra cuota ó parte de bienes. A mas de que cuando hay algunos casos de ley nueva, la disposicion de esta en uno se entiende y amplía á los demas (3).

31. Aunque la legítima de los hijos y descendientes legítimos no puede ser gravada ni aun con condicion por sus padres (4), si estos dejaren á algunos mas porcion que la que por ella les corresponde, se les permite poner en el exceso condiciones posibles y honestas (5). Y respecto no ser legítima rigurosa de todos el tercio, si sus padres lo dejaren á alguno ó algunos, pueden imponer en él para siempre ó por tiempo señalado á su arbitrio, en contrato ó en última voluntad, sin distinguir de cuarta ni quinta generacion, el gravamen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso, y no otro alguno en propiedad ni usufructo, con los vínculos, sumisiones y sustituciones que les parezca, con tal que sea con arreglo á las disposiciones legales, y principalmente á la Real cédula de 14 de mayo de 1789 de que se habló en el párrafo 1.º de este capítulo. Pero en el quinto no

1 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 21.

2 Gom. en la 2.ª de Toro, num. fin. vers. *Sed advert.*

3 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 21.

vers. *Advertend. tamen est.*

4 Ley 17 al fin. tit. 1. ley 11 tit. 4. y leyes 4 y 7. tit. 11. Part. 6.

5 Dicha ley 11. tit. 4, Part. 6.

solo pueden poner el gravamen referido, sino otro cualquiera posible y honesto, y hacer lo que quisieren de él, sin estar obligados á observar el orden y llamamientos expresados, porque es suyo privativo; ninguna ley les precisa á ello, ni sus descendientes tienen el mas leve derecho á que se lo deje (1),

32. Si el padre mejora á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes por última voluntad, y le impone el gravamen de restituirlo á otro hijo ó descendiente en época determinada, y despues en el artículo de la muerte hace simplemente las mismas mejoras en favor de otro hijo, quedará removido el gravamen impuesto al primero, porque en el hecho mismo de no haberlo expresado se entiende haber sido su voluntad removerlo (2).

33. Será mejora tácita de un hijo emancipado el que su padre le entregue cierta cantidad de dinero para que plante viña ú olivar en suelo suyo, ó fabrique edificio; y tambien cuando compra alguna cosa en nombre del hijo y se la entrega (3).

34. Lo mismo procede si su madre lo redime del cautiverio (4): ó si no teniendo ni administrando bienes suyos, le da alimentos; pues se presume que lo práctica movida de piedad y con ánimo de hacerle donacion (5), cuya presuncion es por razon de la sangre y conjuncion de personas, y por favor de los alimentos, en los cuales se considera grande equidad y estudio de los padres para que sus hijos no perezcan, asi no se les deben imputar en su legítima estas y otras donaciones semejantes, sino estimarse por mejorados en ellas hasta en lo que permite la ley, no constando lo contrario de la voluntad del donante. De lo cual se trata mas latamente en el punto de las colaciones.

35. Se entiende que hay mejora, cuando el padre testando entre hijos, nombra á uno ó mas por sus universales herederos, preteriendo absolutamente ó injustamente exheredando á los restantes, ó instituyendo á todos, pero dejando á alguno ó algunos menor parte de herencia que la que por sus legítimas debe corresponderles; en cuyo caso aquel hijo ó hijos instituidos por universales herederos, no solo percibirán su legítima, sino que se conceptuarán mejorados en el tercio y quinto, si el testamento contiene la *cláusula codicilar*, cuyos efectos se explican en

1 Avendaño en la ley 27 de Toro. Angul. en dicha ley 11. glos. 3 y 16.

2 Cast. en la ley 27 de Toro, num. 11. vers. *Sed quero*.

3 Masc. conclus., 554. num. 52 y 53.

vol. 2. de probat.

4 Decio consil. 628. num. 8. Alciat. regul. 1. presumpt. 32. num. 2. Menoch. de arbitr. cas. 88. num. 29.

5 Ley penult. tit. 12. Part. 5.

su capítulo correspondiente, y la solemnidad de testigos que prefine la ley, y no de otra suerte; y los preteridos, ya sean los que á la sazón viven, ó los que viviendo su padre nacen después de la institución, y no fueron nombrados específica ni genéricamente, ó los injustamente exheredados ó perjudicados en su legítima, percibirán únicamente esta deminuta, porque su padre careció de potestad para privarles de ella, gravársela y desfalcársela (1); pues la cláusula codicilar hace que el testamento valga del modo que por derecho puede valer, que según el nuestro es el expuesto; sobre lo cual he visto caso práctico así resuelto; pero nombrándolos, aunque no sea sino genéricamente, no procederá lo explicado.

36. Si el padre ó la madre estando poseyendo alguna finca con el gravamen de no enagenarla y con obligación de restituirla á cualquiera de sus hijos, mejorasen á alguno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleciesen sin hacer la restitución ni mencionar la finca, no llevará en ella el mejorado la parte que le cabría en la mejora, sino que por igual se repartirá entre todos. La razón es porque la mejora se estiende en los bienes propios del mejorante, y la finca no lo era: además la omisión de su restitución individual hace que se presuma que quiso se distribuyese entre todos, pues el gravado á restituir indistintamente á alguno de su familia, puede hacer la restitución á dos ó mas individuos de ella (2).

37. El mejorado en tercio ó quinto puede repudiar la herencia y aceptar la mejora, satisfaciendo primero de prorata las deudas del difunto, y quedando obligado en los mismo términos á las que puedan aparecer en lo sucesivo (3); pero en la deducción de la mejora se ha de atender al valor de los bienes á la muerte del testador, y no al que tenían en el tiempo en que fue mejorado (4).

38. Mejorando el padre ó la madre por última disposición en el tercio y quinto de sus bienes á dos ó mas hijos, si el uno de ellos fallece ó repudia su parte, ó por otro motivo deja de llevarla, se acrece á los demas mejorados; por lo que dividirán entre sí la mejora íntegra, como si solos lo hubieran sido, porque fueron conjuntos en la cosa y palabras; pues lo mismo se observa en los legados (5).

39. Lo propio milita cuando son conjuntos solamente en la

1 Gom. en la ley 3 de Toro, nun. 36.

2 Ayor. part. 2. quest. 27.

3 Ley 5, tit. 6, lib. 10, Nov. Rec.

4 Leyes 3 y 7. tit. 6. lib. 10, Nov. Rec.

5 Ley 33. tit. 9, Part. 6.

cosa v. gr. si dice el testador: *mejoro á mi hijo Pedro en tercio y quinto de mis bienes: ó le lego tal heredad*, y luego dice tambien: *mejoro á mi hijo Juan en el tercio y quinto de mis bienes; ó le lego la misma heredad: ó cuando lo son en las palabras: v. gr. si dice: mejoro ó lego á mis hijos Pedro y Juan en el tercio y quinto de mis bienes por partes iguales*; pues en todos estos casos si el uno fallece ó repudia su parte, ó interviene otro motivo por el cual no deba llevarla, se acrece al otro (1).

40. Y si los mejoró por contrato en sanidad, se ha de distinguir: ó fue revocable ó irrevocable la mejora: si fue revocable, sin entregársela la posesion de los bienes de su importe ni escritura en que se hizo, há lugar tambien el derecho de acrecer entre ellos, porque esta mejora es á manera de legado, y en cierto modo retiene la naturaleza de hecha en testamento ó en otra última voluntad, por poderse revocar hasta la muerte, con la cual, y no antes, se confirma (2); pues aunque por derecho comun no há lugar el de acrecer en los contratos lucrativos (3), porque en ellos se hace interpretacion estricta, y en las últimas voluntades lata (4), y segun el mismo derecho y el de las Partidas (5), solo ciertas personas podian estipular por otro; pero hoy como por la ley recopilada (6) estan corregidas en esta parte ambos derechos, y segun ella puede uno prometer por otro (7), debe tener lugar el de acrecer en la mejora referida, pues en los contratos lo tiene (8), y principalmente concurrendo, como en este caso concurren el efecto y amor del padre, que obran mucho acerca de este derecho (9). Por lo que si el testador lega cierta cantidad en dote á dos ó mas hijas juntamente, muerta la una, há lugar el derecho de acrecer á favor de la viva: y asi la llevará íntegra, como si todo se la hubiera legado, pues esto proviene de la voluntad del testador, el cual se presume que asi lo hubiera hecho y mandado (10).

1 Leyes cit. Morg. *de div.* lib. 3. cap. 10. num. 1 al 3.

2 Palac. Rub. en la ley 44 de Toro. num. 2. Greg. Lop. en la 43. tit. 5. Part. 5. glos. 5.

3 Ley *Si mihi et tertio*. ff. *de verbor. obligat.* ley *Aquam*. ff. *quemadmodum servitutes amittant*. Ley *Si duo patroni*. ff. *de jure jurand.*

4 Ley *In testam.* ff. *de regul. jur.* ley *Quidquid astringundo*. ff. *de verbor. obligat.*

5 Ley 7. tit. 11. Part. 5. Ley *Stipulatio ista* §. *Alteri* ff. *de verbor. obligat.* y §. *Si*

quis alium. Institut. *de inutil. stipulat.*

6 Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

7 Rodrig. Suarez en la ley *Quoniam in prioribus*, puést. 8. col. 4. Cod. *de inoff. testam.* Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 14. num. 13. Greg. Lop. en la 7. tit. 11. Part. 5. glos. 1 y 2. en la 48. tit. 5. Part. dicha, glos. 1.

8 Gutierr. *in Repet.* leg. unic. Cod. *quando non petentium partes*, num. 86. Ayllon ad Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. num. 8.

9 Men. lib. 4. *præsumpt.* 149 al fin.

10 Palac. Rub. in cap. *Per vestras*. §. 24. num. 8. Men. *præsumpt.* 149 al fin, lib. 4.

41. Pero si el padre ó madre mejoraren por contrato irrevocable en sanidad á dos ó mas hijos en el tercio y quinto de todos sus bienes, entregándoles la escritura de mejora, y los mejorados la aceptaren, y despues viviendo el padre falleciere sin sucesion uno de ellos (por cuya razon recaerá toda su hacienda en su padre, como su legítimo y único heredero segun la ley 6 de Toro), aunque el que sobreviva pretenda la parte de su hermano muerto, no la llevará, porque cuando la herencia ó mejora se acepta, no tiene lugar el derecho de acrecer, pues este por razon de la parte vacante y presunta voluntad del testador se introdujo: y como por la tradicion de la escritura y su aceptacion se transfirió con igualdad en los hijos mejorados la posesion y dominio de los bienes de la mejora, cada uno consigue su porcion, y por tanto cesa el derecho de acrecer, excepto en el usufructo (1): por eso no debe el que sobrevive llevar mas que la parte que aceptó, que es la mitad de la mejora, pues la otra mitad se hizo del padre en virtud de dicha ley.

42. Si los padres hicieren donacion por testamento de alguna cantidad ó finca á cualquiera de sus hijos sin emplear la palabra *mejora*, se entiende mejorado en aquella, si no excediere del tercio y quinto, pues si excediere se le descontará en parte de su herencia, como queda dicho (2). Lo mismo sucederá si la donacion fue *inter vivos*, siempre que no se hable de ella en el testamento, pues si en él expresan los testadores en su respectivo caso, que lo que le donaron se traiga á colacion y particion á cuenta de su legítima, se entenderá que no quisieron mejorarle.

43. Las mejoras de tercio y quinto son válidas, aunque el testamento del que las hizo se recinda por pretericion ú omision, ó bien por desheredacion, del mismo modo que se ha dicho acerca de otras disposiciones que tienen siempre valor como últimas voluntades (3).

44. Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura *inter vivos* á alguno de los legítimos descendientes, y á otro por testamento ó última voluntad, y no dispone del tercio, serán válidas ambas mejoras, sin embargo de que la ley 28 de Toro prohíbe á los ascendientes mandar mas de un quinto en vida y muerte (4). La razon es porque si tiene facultad para mejorar á alguno o algunos de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres, claro es que debe tenerla para disponer de los dos

1 Greg. Lop. en la ley 33. tit. 9. Part.
6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. num. 6.

2 Ley 10. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 3. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

4 Gom. en la ley 17 de Toro, num. 22.

quintos, los cuales componen menor cantidad que el quinto y tercio, redundando el exceso en beneficio de los otros herederos, cuya legítima respectiva recibe aumento y no gravamen (1).

45. Si mejora únicamente en el tercio á alguno ó algunos de sus descendientes legítimos, mandando que el mejorado pague algunas mandas ú otros gastos, y no ha dispuesto del quinto, estará obligado este á sufrir dicho gravamen hasta la cantidad del quinto, y no mas, porque el exceso es parte del tercio, y este legítima de los coherederos, á que no se ha de tocar en detrimento suyo.

46. Si los bienes del tercio y quinto se entregaron en vida al mejorado en uno y otro, tendrá esta obligacion de pagar los gastos del funeral y misas, pero no los legados que dejó dispuestos el testador, porque no tuvo libertad de dejar ninguno. Pero si al tiempo de la donacion impuso al mejorado *inter vivos* en tercio y quinto la condicion de pagar los legados de su testamento, tendrá que cumplirla hasta donde alcance el quinto, y no mas. Se advierte que si los mejorados son muchos, y el testador no expresa entre ellos diferencia alguna, debe distribuirse igualmente entre todos la mejora.

1 Mas, en la ley 12, tit. 6, lib. 5, Rec.