

## CAPITULO TERCERO.

*De la division de los bienes del testador entre sus descendientes legítimos cuando mejoró á alguno de ellos.*

- § 1. Teniendo el padre ó la madre dos ó mas hijos, pueden mejorar en contrato ó en última disposicion á cualquiera ó cualesquiera de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres.
2. Este tercio y quinto ha de ser uno en vida y muerte en todos casos, y si siendo muchos los mejorados no señala el mejorante á cada uno la parte ó cuota que ha de percibir de la mejora; deberá dividirse esta igualmente entre todos.
3. Compete esta facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos, aun en el caso de que siendo el padre rico y la muger segunda pobre, se deba dar á esta la cuarta marital que la ley le concede.
4. Si el testador solo tiene un hijo ó descendiente, no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, ni de consiguiente imponerle gravamen en él, excepto en los casos que allí se expresan.
5. La mejora se puede consignar en bienes ciertos, para que se satisfaga de ellos su importe despues de la muerte del mejorante, con tal que el valor del tercio no exceda del de la tercera parte de sus bienes en dicho tiempo.
6. Si el padre del testador le hubiere dejado una finca con la condicion de que despues de la muerte de este hubiese de pasar á su hijo mayor, nieto de dicho padre, se debe adjudicar al nieto, y no imputársele en su legítima.
7. Habiendo dejado el testador al nieto un fundo para cuando *tuviere hijos*, si antes de verificarse esta condicion ó de tenerlos, se dividieron los bienes de su padre entre él y sus hermanos, incluyéndole en la particion, podrá sin embargo el nieto, verificándose despues la condicion, pedir el fundo dividido ya y entregado.
8. Limitacion de la doctrina sentada en el párrafo anterior.
9. Haciendo el padre en su testamento ó en otra disposicion última algun legado á su hijo ó descendiente, é instituyéndole heredero con los demas, se debe tener este legado por me-

- jora, como si se hubiese hecho donacion en contrato.
10. Procede lo referido, no solo cuando le instituye heredero igualmente con los demas, sino tambien aunque le instituya simplemente, porque esta simple institucion se estima hecha en iguales partes.
11. De lo dicho en los dos párrafos anteriores se deduce que si el testador no dispone del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero esta en el tercio y quinto, y si excede al importe de ambos, ha de aplicarse al legatario el exceso en cuenta de su legitima; pero si el testador dispone de dicho quinto, se le imputará en el tercio, y el sobrante, si le hubiese, en su legitima.
12. Cuando el padre dice en su testamento que un hijo suyo le quitó cierta cantidad, ó que él se la dió para casarse ó para otro objeto, mandando que se le impute en su legitima, y el hijo lo negare, ¿valdrá la asercion del padre?
13. Si el padre dice: mejoro á Juan y Diego, mis hijos, en tanta cantidad que mi hijo Pedro me quitó; aunque esta asercion paterna no conste por otro medio que por su mera confesion, no obstante valdrá la mejora.
- 14, 15 y 16. Donando el padre en vida simplemente y entregando á un hijo alguna finca, se considera este mejorado tácitamente. ¿Si esta donacion que se tiene por mejora se ha de imputar en el tercio ó en el quinto, y de cual se ha de entender primero, en el caso de que su valor no alcance á completar el de ambos?
17. Donando y entregando el padre la heredad ó finca al hijo para casarse, si muere antes que su padre sin dejar hijos, y en vida la vendió entregándola al comprador, no podrán los coherederos reivindicarla de este en la parte en que excedió á su legitima y mejoras, porque el hijo se hizo verdadero dueño, y como tal pudo enagenarla.
18. Si poseyendo el padre ó la madre alguna finca con el gravamen de no enagenarla y de restituirla á alguno de sus hijos despues de su muerte, mejoró al uno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleció sin hacer la restitution ni mencion de la finca, no llevará el hijo mejorado como tal parte alguna de ella.
19. Si muerta la madre que mejoró á alguno de sus hijos hubiere poseído el padre como su administrador legitimo todos los bienes en

comun, y con el trascurso del tiempo se aumentaron naturalmente, recibirá este aumento la mejora.

- 20 y 21. Cuando dos ó mas hijos fueron mejorados por contrato irrevocable, y se les entregó la escritura de mejora, si uno de ellos fallece, vuelve al padre la mitad de ella como único heredero de su hijo; y cuando muera el mismo padre, ¿será dicha mitad para el mejorado que sobrevivió?
22. Aunque en los contratos lucrativos no ha lugar segun el derecho romano el derecho de acrecer, se exceptúa de esta regla la donacion que haga el Soberano á dos ó mas juntamente.
23. ¿Si podrá hacerse irrevocable la mejora del quinto, como se hace la del tercio, por contrato entre vivos?
24. Si el padre ó la madre mejorarse á un hijo en el tercio de sus bienes, señalándosele en cosa cierta, y esta no equivale á su importe, ¿deberá suplirse de los demas bienes del mejorante lo que falte para el complemento del tercio?
25. No se puede mejorar á la hija por razon de dote, y tiempo que se ha de mirar para ver si cabe esta en su legitima.

26 hasta el 31. Cuando hay mejora de tercio y quinto, ¿como deberá el contador hacer la deduccion de uno y otro?

32. Para hacer la deduccion del tercio entero ó de la parte que señale el testador al mejorado, se ha de tener consideracion á lo que valen sus bienes cuando muere, ¿y por qué razon?

33. Lo propio se entiende de cualquiera donacion de cosa ó cantidad hecha simplemente á un hijo, porque tiene fuerza de mejora.

34 y 35. Si el padre mejora en alguna disposicion última á un hijo en el tercio de sus bienes, y no dispone del quinto, ¿cual de los dos se ha de bajar primero, y como ha de hacerse la deduccion, caso que los gastos del funeral, misas y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de este despues de deducidos?

36. ¿Que deberá hacerse si el padre ó la madre mejoró en última disposicion á un hijo en el tercio de sus bienes, mandando que pagase de él los gastos de su funeral, misas y legados, sin haber dispuesto del quinto?

37. Cuando el padre mejoró en el tercio de sus bienes á un descendiente suyo, y á otro en el quinto, ordenando

que el primero pagase los gastos de su entierro y demas expresados, deberá satisfacerlos hasta en lo que

alcance el quinto de los bienes del mejorante, y no mas.

1. **E**n el libro 1.º título 2.º capítulo 3.º párrafos 13 y 14 se dijo que segun la ley 28 de Toro (8. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.) los ascendientes, teniendo legítimos descendientes, solo pueden disponer de la quinta parte de sus bienes, pues las otras cuatro forman la legítima de dichos descendientes (1). Sin embargo no siempre son dichas cuatro partes la legítima precisa y necesaria de todos los hijos y descendientes legítimos del testador; porque teniendo el padre ó la madre dos ó mas, pueden mejorar en contrato ó en última disposicion á cualquiera ó á cualesquiera de ellos en el tercio y quinto de su hacienda libre en propiedad y usufructo adquirida por cualquier título (2), y los demas percibirán su legítima disminuida, segun se dijo en el libro 1.º título 2.º capítulo 4.º, donde se trató de las mejoras, reservando para este lugar lo que pareció tener mas estrecho enlace con la division del caudal hereditario.

2. Este tercio y quinto ha de ser solamente uno en vida y muerte en todos casos; y si siendo muchos los mejorados no señala á cada uno la parte ó cuota que ha de percibir de la mejora, debe dividirse igualmente entre todos, porque no puede haber mas que una (3); á cuya consecuencia, sin embargo de que los padres perciban frutos de los bienes de sus hijos, no pueden dejarles otra mejora de aquellos, como tampoco de su propiedad.

3. Compete esta facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos, aunque sean procreados en diversos matrimonios, segun se dijo en dicho capítulo 3.º del libro 1.º párrafo 19, y aun en caso de que siendo el padre rico y la muger segunda pobre se deba dar á esta la cuarta marital que la ley le concede. Asimismo, no obstante que la viuda ha de llevar esta cuarta, po-

1 Por derecho antiguo civil solo correspondia á los descendientes la cuarta parte libre de los bienes de sus ascendientes, y si no se la dejaban entera, podian pedir suplemento. Despues por las Auténticas y por las leyes de Partida se mandó que la legítima fuese la tercera parte si los hijos eran cuatro ó menos, y si cinco ó mas la mitad. (Ley 17. tit. 1. Part. 6.) Posteriormente las leyes del Fuero Real permitieron á los ascendientes disponer de un

quinto en vida y de otro en muerte, y estas se corrigieron por la de Toro, que prohibió á los ascendientes disponer mas que de un quinto de sus bienes en ambos tiempos. (Leyes 9. tit. 5. de legados, y 7. tit. 12 de donaciones, lib. 3 del Fuero Real y 28 de Toro.)

2 Ley 9 cit. y leyes 17 y 18 de Toro, que son la 1 y 2 tit. 6, lib. 10, Nov. Rec.

3 Ley 9 cit.

drá el testador disponer del tercio que le concede la ley 6.ª de Toro en perjuicio de su padre ó ascendiente, porque hay la misma razon en una legítima que en otra, y por que las deudas, sean legales ó convencionales, como que no son herencias ni bienes del difunto, se deben deducir antes que se proceda á la division de los propios de este. Esta facultad de mejorar se extiende tambien á los abuelos respecto de sus nietos, como puede verse en el mismo capítulo y párrafo 19.

4. Pero si el testador solo tiene un hijo ó descendiente no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, ni de consiguiente imponerle gravamen en él, excepto en los casos siguientes: 1.º cuando el hijo mayor de veinticinco años consiente expresamente el gravamen que su padre le impuso en el tercio jurando no reclamarlo: 2.º si calla toda su vida y posee los bienes treinta años por muerte de su padre, ó mientras vive, sin reclamar la vinculacion y gravamen: 3.º si el padre le mejora con la condicion de si le naciere otro hijo ó hijos, pues convalecen la mejora y gravamen luego que nace alguno; y lo mismo procede aunque en la mejora no ponga dicha condicion, si le nacen despues mas hijos: 4.º si el padre constituye mayorazgo irrevocable del tercio, entrega en vida á su hijo los bienes que le componen sin reservarse su usufructo, y este percibe sus frutos que equivalen al gravamen; de lo cual se trató en el citado capítulo 3.º párrafos 20 al 24. Acerca de la facultad que tienen las madres y abuelas de mejorar, véanse los párrafos 24 y 25 del mismo capítulo.

5. La mejora se puede consignar en bienes ciertos y determinados para que se satisfaga en ellos su importe despues de la muerte del mejorante (segun se dijo en el mismo capítulo, párrafo 2.º), con tal que el valor del tercio no exceda del de la tercera parte de sus bienes en dicho tiempo (1). Asi que habiendo consignacion sin entrega de cosa alguna, se ha de atender para el cabimiento del tercio al valor de los bienes que el mejorante tiene cuando fallece, y no al que tenian cuando hizo la mejora, sean muchos ó pocos en cualquiera de los dos tiempos. Si el mejorante hiciese la asignacion en los mejores y mas fructíferos bienes, de suerte que sean gravados los demas hijos en sus legítimas, se hará lo que se dijo en el citado capítulo 3.º párrafo 27; y en los siguientes 28 y 29 se expresaron los términos en que debe hacerse la entrega al mejorado, ya cuando el testador haya

1 Ley 19 de Toro (que es la 3. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.)

asignado en bienes determinados la mejora, ya en el caso de no haber hecho tal asignacion.

6. Si el padre del testador le hubiere dejado una finca ó heredad con la condicion de que despues de la muerte del mismo testador habia de pasar á su hijo mayor nieto de su padre, se debe adjudicar al nieto, y no imputársele en su legítima paterna, porque el abuelo tuvo facultad para mejorarle, sustituirle y gravarle á la restitucion, y el nieto recibe de él y no de su padre el fundo, por lo que no se debe conceptuar finca del testador, ni hacer mérito de él en la particion de sus bienes.

7. Habiendo dejado al nieto un fundo *para cuando tuviese hijos*, si antes de verificarse esta condicion ó de tenerlos se dividieron los bienes de su padre entre él y sus herederos ó coherederos, incluyéndole en la particion y prometiendo todos haberla por firme, podrá sin embargo el nieto, verificándose despues la condicion, pedir el fundo dividido ya y entregado, aunque haya hecho juramento de no contravenir nunca á la particion; porque por la de los bienes comunes no se entiende remitido ni renunciado el fideicomiso condicional, aun cuando se tenga noticia de él, y se diga en la misma particion que el uno remite y cede al otro todos los derechos que tiene y espera tener, y lo que se le dejó en testamento.

8. Pero esto se limita: lo primero, cuando se purificó el fideicomiso muerto el padre, porque si se dividiese despues entre los hermanos, se perjudicaria al nieto por la renuncia y remision; y lo segundo, si en la division se pusieron palabras amplias y eficaces, como si dijeron: „que de las cosas divididas ninguno habia de poder repetir ni exigir jamas del otro coheredero cosa ni parte alguna, aunque por derecho le tocase y pudiese tocar, porque lo renunciaba todo, y se lo condonaba mutuamente para siempre;” pues entonces se presume que el nieto quiso dividir y renunció el fideicomiso, teniendo noticia de este y haciendo constar que la tenia, y no de otra suerte, en atencion á que por general y amplia que sea la renuncia, de ninguno se presume que ha renunciado el derecho que ignora tener.

9. Haciendo el padre en su testamento ó en otra disposicion última algun legado á su hijo ó descendiente, é instituyéndole heredero igualmente con los demas, aunque algunos dicen que este legado se le ha de imputar en parte de legítima, porque en duda mas parece que quiere pagar el débito que hacer donacion; se debe sin embargo tener por mejora, como si se hubie-

ra hecho donacion en contrato (1), porque el legado es una especie de donacion (2), y toda donacion de padre ó madre ha de conceptuarse mejora, segun lo dispone expresamente la ley 25 de Toro (3), que dice: *Si el padre ó la madre en testamento ó en otra cualquier última voluntad ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio ó en el quinto, entiéndese que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto y legitima de lo que debian haber de los bienes de su padre y madre y abuelos, y no en mas.* Además si el padre hubiese querido que se imputase el legado al hijo en su legitima, lo hubiera expresado, y por no haberlo hecho, y sí instituido al legatario heredero con los demas, es visto que quiso mejorarle.

10. Procede lo referido, no solo cuando le instituye heredero igualmente con los demas, sino tambien aunque le instituya simplemente, porque esta simple institucion se estima hecha en iguales partes (4). Tambien procede no solamente con el hijo varon ú otro descendiente, sino asimismo en la hija ó nieta pues aunque no puede ser mejorada en contrato por razon de dote ni casamiento, segun la ley (5), sí puede serlo en testamento ú otra última voluntad.

11. De lo expuesto se deduce que si el testador no dispone del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero esta en el tercio y quinto, y si excede al importe de ambos, ha de aplicarse al legatario el exceso en cuenta de la legitima que le corresponde de los bienes del testador, y si dispone de él se le imputará en el tercio, y el sobrante, si le hubiere, en su legitima; pues lo contrario es opuesto á lo resuelto en la ley 26 de Toro, cuya intelingencia en la forma explicada está comunmente recibida, mayormente cuando se debe observar el orden de las palabras, constando de ellas el espíritu y mente de la ley.

12. Si el testador dijo en su testamento: "mi hijo Pedro me quitó cien doblones, ó á mi hijo Pedro dí cien doblones cuando

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

2 Ley 1. tit. 9. Part. 6.

3 Ley 10 citada.

4 Ley 17. tit. 3. Part. 6.

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

se casó, ó para ciertas cosas; mando que los traiga á particion con sus hermanos, y se le imputen en su legítima;" y el hijo niega haber recibido de su padre, ó quitádole los cien doblones y no hay mas prueba que la confesion de su padre, si este no mejoró á los demas hijos, valdrá aquella hasta en lo que alcancen el tercio y quinto á favor del hijo, porque en estos puede gravar á algunos de sus herederos legítimos: lo cual procede, aunque no sea cierta su asercion, porque la demostracion falsa no vicia el legado de cantidad ó cosa cierta hecho á los hijos (1); y si los mejoró en el tercio y quinto, no valdrá ni se deberá estar á ella, en perjuicio de la legítima del hijo que niega la sustraccion ó recepcion de la cantidad que dice su padre (2), y asi deberá percibir su legítima entera (\*).

13. Pero si dice: "mejoro á Juan y Diego, mis hijos, en tanta cantidad, que mi hijo Pedro me quito;" y esta asercion paterna no consta por otro medio que por su mera confesion; aunque parece que será de ningun momento la mejora, porque no se hizo de nada, puesto que no se acredita legalmente su certidumbre (al modo que si dijese: "lego á Francisco ciento, que Atonio me debe;" será inutil este legado no haciéndose constar el débito); no obstante vale la mejora, porque hay diferencia entre los dos casos; pues cuando las palabras del testador se dirigen al heredero, como si dice; "lego á Pedro ciento que le debo," parece que su voluntad es gravarle para que dé aquello que lega; mas cuando habla de tercera persona, como en el úl-

1 Véase el capítulo 13, título 2, libro 2, párrafo 16.

2 Ley 3. tit. 14. Part. 3.

\* Si hubiese dicho Febrero que en los casos expresados no vale la asercion del padre negándola el hijo, se hubiera explicado mejor y en menos palabras. Con mas claridad se explica la ley 3 citada, que así por esto, como porque merece leerse, voy á copiar. *Tan grande es el amor que há el padre con su hijo: maguer sea de ganancia (aunque sea ilegítimo), que va buscando carreras (medios ó trazas). porque le puedá dar mas en su testamento que mandan las leyes deste nuestro libro. E esto seria cuando alguno deja, á tal fijo, quanto le otorga el derecho que le puede dejar. E en ese mismo testamento dice, que manda á sus herederos que tornen á aquel su fijo tantos maravedís que le diera fulano, pariente del mozo, en poridad (secreto) que los guardarse por él. é otrosí, que le tornasen tantos maravedís que*

*él recibiera de los frutos de tal heredamiento del mozo, ó de su madre, ó mandase escribir en el testamento otras palabras semejantes de estas, en que mandase dar al mozo mas de lo que las leyes mandan, decimos: que los herederos no son tenudos de pagar mas que lo que el derecho de este nuestro libro manda que pueda mandar el padre á tal fijo é que en las palabras que dijo demas de aquello, que no debe de ser creído. Ca sospecharon los sabios antiguos que ficieron las leyes, que cuando el padre usa de tales palabras en su testamento, que lo face por engañar la ley é por sabor (deseo) que há de fucer algo á sus fijos, é non porque sea assi. Pero si tal fijo puidere probar que el padre le debe, ó recibiera por él alguna de estas cosas que le manda dar, entonce tévudos serian los herederos de tornarle é de otorgarle todo aquello que assi provasse ó mostrasse. Febrero reformado.*



timo caso de Fracisco y Antonio, no es visto que quiere gravarle á dar lo que expresa (\*).

14. Donando en vida simplemente, y entregando el padre á un hijo algun fundo, se contempla mejorado tacitamente en él, por lo que si su valor excede al tercio y quinto del que incluyéndole tienen los bienes del donante cuando fallece, ha de llevar el exceso en cuenta de la legitima, y si excede tambien á esta, debe restituírle á los coherederos (1). Lo mismo se debe practicar cuando le mejora expresamente, señalándole y entregándole los bienes de la mejora, atendiéndose y computándose en todo caso el valor de los del mejorante ó donante al tiempo de su muerte unido con el de los entregados, y no al de los que tenia cuando le mejoró, fuesen mas ó menos (2), como se explicará en el capítulo siguiente con mas extension.

15. Supuesto que esta donacion se tiene por mejora, dúdase si se ha de imputar en el tercio ó en el quinto, y de cual se ha de entender primero en el caso de que su valor no alcance á completar el de ambos; y parese que deberá entenderse del quinto, supuesto que por la ley 214 del Estilo, que está en uso, se manda deducir primero que el tercio por favor del alma del testador ó donante, y que cuando no consta claramente de la voluntad de este, se entiende disponer ó contraer segun la costumbre del pais en que se hace la disposicion ó contrato; ó que si equivale al tercio se imputará en él, ó en el quinto si equivaliese á su importe, pues aquello se entiende hecho que se colige de la cualidad de la cosa, asi como de la cantidad del precio se infiere si fue venta ó arrendamiento lo que se hizo; y si lo que donó equivale á su legitima, parece asimismo que quiso anticipársela en vida, y que asi deberá colacionarla, sin que se deba hacer mérito de que exceda, ó no llegue al tercio, quinto ó legitima en poca suma, porque lo poco se reputa nada.

16. Pero sin embargo de lo expuesto, no se debe imputar en el quinto ni legitima dicha donacion, sino estimarse como tercio ó parte de él: en primer lugar, porque como el quinto es la única hacienda del testador, es visto haber querido reservarle para disponer de él á favor de su alma, ó en otras cosas á su arbitrio; y de entenderse serlo, y no tercio, resultaria que el mejorado tenia obligacion á pagar de él no solo el funeral y misas, sino tambien los legados pios y graciosos, lo cual no pue-

\* Oscura, confusa y poco sólida y atendida parece la doctrina de este párrafo. *Febrero reformado.*

1 Leyes 26 y 29 de Toro.

2 Leyes 19, 23, 26 y 29. de Toro.

de ser, porque solo en cuanto al funeral necesario y moderado, misa y descargos de su conciencia es revocable, para que no muera intestado el donante; y no estando, como no está, obligado á cumplir cosa alguna de estas del tercio, porque es parte de legitima y no puede gravarse, se seguiria que, ó se le habia de gravar en él, ó no se habia de cumplir enteramente la voluntad del donante: en segundo lugar, porque si despues de donado el fundo legase á un extraño el quinto de sus bienes, es indudable que el valor del fundo se tendria por tercio ó parte de él, como si hubiera dejado el quinto por su alma; y debiendo observarse en el todo su voluntad, si se puede sin violar la ley, se debe entender por esto ser tercio y no quinto: en tercer lugar, porque en duda siempre se presume que todos quieren gravarse ó dar lo menos que pueden, como hace cualquier persona prudente; y con la donacion del fundo, si se entendiese del quinto, se quitaba á sí propio el mejorante la facultad de testar libremente de él íntegro, lo cual no es creible quisiese; y en cuarto lugar, porque la disposicion y contrato dudosos se han de interpretar segun lo que es mas verosimil quisieron el testador y contrayente, como asimismo mas á propósito para que su voluntad y estipulacion tengan efecto, y han de conciliarse con las leyes en todo lo que no se opongan. Por estas razones se ha de computar en el tercio, y si sobrarse algo en el quinto, disponga de él en favor de su alma ó de extraño, ó destínele á su arbitrio en otras cosas.

17. Donando y entregando el padre el fundo al hijo para casarse, si muere antes que su padre sin dejar hijos, y en vida le vendió y entregó al comprador, podrán los coherederos reivindicarle de este en la parte en que su valor excedió á la legitima y mejora, segun Ayora, fundándose en que se entiende mejorado con la condicion de que sobreviva á su padre, porque mientras este vive no hay herencia, ni puede tener heredero de hecho, ni hasta que muera se debe la legitima. Pero á estos fundamentos se satisfáce: lo primero, con que aunque el padre mientras vive no puede tener heredero, esto se entiende siendo extraño, mas no siendo hijo, porque este se llama heredero de su padre en vida, y cuasi dueño de sus bienes: lo segundo con que sin embargo de no debérsele la legitima ni poder ser compelido el padre á entregársela, se la puede pagar en vida, y cuando le da algo en cuenta de ella, se dice mas bien que le anticipa ó paga antes de tiempo, que el que le dona; pues el hijo se llama acreedor á ella en vida de su padre: lo tercero, con que

la donacion hecha al hijo estando bajo de la patria potestad se confirma con la muerte del padre si no la revoca; y lo cuarto, con que asi como la donacion hecha á la hija por causa de dote es válida, y esta se da en parte de legítima, asi tambien la donacion del capital vale y no se puede revocar, pues corre parejas con la dote, y el padre puede ser compelido á hacerla á su hijo (1). En esta atencion digo que el hijo se hizo verdadero dueño del fundo, que como tal pudo enagenarle, y que una vez enagenado legítimamente no se puede retractar, aunque despues llegue el caso, y se advierta, que si antes de hacerlo hubiera sucedido, impediria que se perfeccionase la venta: fuera de que por el hecho de donarle el padre á su hijo, es visto haber consentido en su enagenacion, como sucede en los bienes profecticios, cuando le concede su administracion.

18. Si poseyendo el padre ó la madre alguna finca con el gravamen de no enagenarla y de restituirla á alguno de sus hijos despues de su muerte, mejoró al uno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleció sin hacer la restitution ni mencion de la finca, no llevará el hijo mejorado, como tal, parte alguna de ella, por no ser propia del mejorante, y antes bien la adquirirá igualmente con todos sus hermanos, como acreedores á ella, mediante á no haberla restituido á ninguno, y á que por esta omision y silencio es visto haber querido restituirla á todos, puesto que el gravado á restituir indistintamente á alguno de una familia puede hacer la restitution á dos ó mas de ella: de suerte que la mejora se deducirá unicamente de los demas bienes que el mejorante haya dejado.

19. Si muerta la madre que mejoró á uno de sus hijos, poseyó el padre como su administrador legítimo todos los bienes en comun, y con el trascurso del tiempo se aumentaron naturalmente, como si las ovejas ó vacas tubieron crias, ó las avenidas del rio agregaron algun pedazo de tierra á la de la mejora; aunque algunos dicen que esto no aumenta el valor de la mejora, por pertenecer al padre, como fruto, debe seguirse lo contrario, porque no es fruto lo que no renace (\*). Es verdad

1 Ley 17 de Toro. y 3. tit. 15. Part. 6.

\* Febrero no entendió á Acevedo, de quien tomó la doctrina de este párrafo, y así padeció una crasa equivocacion. La expresion *porque no es fruto lo que no renace*, puede referirse con verdad al pedazo de tierra que por aluvion se agregó a una heredad; mas no debe aplicarse, como lo

hace Febrero, á los partos de las vacas y ovejas; pues estos son verdaderos frutos, pertenecen como tales en el caso propuesto al padre usufructuario de los bienes adventicios de sus hijos, y de consiguiente nada aumentan la mejora. Por tanto Acevedo habla de los animales hereditarios, cuyo valor creció con el tiempo, hacién-

que la ley 23 de Toro manda se atiende al tiempo de la muerte del mejorante; pero esto se entiende cuando entonces se hace la division de sus bienes, no cuando subsisten algun tiempo proindiviso, de cuyo caso no habla, y los bienes que despues de la muerte del mejorante se aumentan, no son suyos, ni los ha dejado, de suerte que solo los frutos del aumento tocan al padre, y no lo aumentado.

20. En el citado capítulo 3.º título 2.º del libro 1.º se dijo que si el padre ó la madre mejorase en contrato irrevocable á dos ó mas hijos en el tercio y quinto de todos sus bienes entregándoles la escritura de mejora, los mejorados la aceptasen, y despues viviendo el padre falleciere sin sucesion uno de ellos (por cuya razon recaerá toda su hacienda en el padre), no se acrece al hermano sobreviviente la mitad de mejora que correspondió al muerto, sino que vuelve al padre como único heredero de su hijo. En orden á esta mitad parece que cuando fallezca el padre se deberá sacar de ella el tercio y quinto, cuya mitad será para el mejorado que sobrevivió, á quien se aumentará, por haberse aumentado la herencia del mejorante. Por ejemplo, si importa la mejora de todos los bienes del testador mil reales, tocan á dicho mejorado quinientos por su mitad, y de los otros quinientos que volvieron al mejorante por muerte del otro hijo se sacarán el tercio y quinto, que son doscientos treinta y tres reales, once maravedis y un tercio de otro, los cuales se dividirán en dos partes iguales, la una para el mejorado, á quien se aplicará con los dichos quinientos, y la otra se agregará al resto de la herencia para repartirle igualmente entre todos los herederos incluso el mejorado.

21. Pero sin embargo diré que este modo de dividir, aunque parece podrá tener lugar en la forma propuesta, cuando el testador mejoró limitada y únicamente á los hijos en cosa ó cantidad determinada, ó en ciertos bienes, cuyo importe consta ó se especificó al mismo tiempo; ni en dicho caso le tendrá, ni tampoco cuando no consta á cuanto asciende la mejora, por haberse hecho simple é indistintamente en todo; pues como se atiende á los que deja al de su muerte, sin distinguir de que parte provienen, ni con que título los adquirió; confundiéndose una vez que esten unidos é incorporados en su patrimonio; y es pro-

dose por ejemplo los becerros toros, los cabritos cabrones, y los corderos carneros; y de este aumento dice con razon que no es fruto porque no renace, y que por lo

mismo no toca al padre, y se acrece proporcionalmente á la mejora. *Febrero reformado.*

pio de la naturaleza de la mejora hecha simplemente el ampliarse á los bienes futuros; se contempla único mejorado el que lo fue y sobrevivió, y como tal debe llevar enteramente el importe del tercio y quinto de cuanto deje su padre, sin diferencia, ni mas cuenta ni division.

22. Sin embargo de que en los contratos lucrativos no há lugar segun el derecho romano el de acrecer, se exceptúa de esta regla la donacion que haga el Soberano á dos ó mas juntamente, pues si despues de aceptada uno de los donatarios muere testado ú intestado sin dejar heredero, ó la repudia antes que se le haga ó despues de hecha, se acrece al otro, sin que por falta de herederos legítimos ni parientes recaiga en el fisco, como á no ser donacion del Soberano recairia no habiéndolos; porque los beneficios, gracias y mercedes de los Príncipes se deben interpretar plenísimamente, con tal que no cedan en perjuicio de tercero (1).

23. En el citado capítulo 5.º título 2.º del libro 2.º párrafo 11, se dijo que es irrevocable la mejora del tercio por contrato entre vivos en cuatro casos: 1.º cuando el mejorante puso por sí mismo al mejorado en posesion de la cosa en que le consignó la mejora: 2.º cuando le entrega ante escribano la mejora de ella: 3.º cuando el contrato se celebró con un tercero, y medie causa onerosa (2): 4.º cuando el instrumento en que se hace se afirma y corrobora con juramento. Ofrécese ahora la dificultad que tambien se tocó aunque ligeramente en el mismo capítulo, párrafo 12, si cuando mejoran los padres á un hijo en tercio y quinto, se podrá tambien hacer irrevocable la mejora en cuanto á este respecto á que la ley citada al pie solo habla del tercio. Algunos dicen que aunque entreguen al mejorado la posesion de los bienes de la mejora, pueden revocarla por lo tocante al quinto, y disponer de él como si no la hubieran hecho: porque esta mejora es respectiva á los bienes presentes y futuros del mejorante, debiendo atenderse al valor que tienen al tiempo de su muerte, segun la ley 23 de Toro; y si valiera irrevocablemente, se imposibilitaria de testar el mejorante, puesto que hacia donacion de todos sus bienes, la cual, aunque sea solo de los presentes, está prohibida por la ley 69 de Toro: en cuya atencion, aunque se haya prometido mejorar por causa onerosa á alguno de los hijos, no vale eficazmente la mejora en el quinto, como

1 Acerca del derecho de acrecer véase el capítulo 19, título 2, libro 2.

2 Estos tres casos se expresan en la ley 17 de Toro, ó 1. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

en el tercio; y por lo mismo la irrevocabilidad de que trata expresamente la 17 inserta se limita à este, no habiendo sin motivo la ley omitido hablar de aquel. Otros dicenlo contrario en los casos en que el tercio no se puede revocar; y otros conciliando las opiniones resuelven: que si la mejora del quinto es hecha por causa onerosa con tercero, no se puede revocar, y que no haciéndose por ella, si, à cuya opinion me inclino; excepto en lo tocante à la disposicion de su funeral, misas y descargos de su conciencia, pues en cuanto à estos creo que en todos casos es revocable, como ya he sentado en otra parte.

24. Si el padre ó la madre mejora à un hijo en el tercio de sus bienes señalándose en cierta cosa sin expresar mas, y esta no equivale à su importe, parece por una parte que se deberá suplir de los demas bienes del mejorante lo que falte para el complemento del tercio, atendido el total líquido de la herencia; y por otra parece que el hijo se deberá contentar con la cosa ó finca señalada, entendiéndose que el testador no hizo la mejora en lo que faltase, por ser visto no haber querido mejorarle mas que en ella; de lo cual puede deducirse: lo primero: que si dicha cosa perece por caso fortuito, no se ha de suplir su valor de otros bienes: lo segundo, que si vale mas que el tercio, no debe llevarla toda en pago de este y del quinto, porque la voluntad del mejorante no fue mejorarle en mas que en el tercio, y asi el exceso se tendrá por parte de legítima, en cuyo concepto se le aplicará; y lo tercero, que si el mejorante adquirió despues mas bienes, y el valor de la cosa equivale al del tercio de todos, la llevará íntegra en pago de este solamente. Pero si el mejorante dijo que lo que faltase para completar el tercio se le supliese de los demas bienes, se deberá suplir. Sin embargo véase la distincion que se hace en el párrafo 2.º capítulo 4.º título 2.º libro 2.º

25. En el mismo capítulo 4.º párrafo 4.º se dijo que el padre no podia mejorar à la hija por razon de dote, y en el capítulo 3.º título 2.º del libro 1.º párrafo 18, se expresó la cantidad que segun sus haberes ó rentas podrán dar los padres à sus hijas en dote. Por lo que hace al tiempo à que se ha de atender para ver si cave la dote en la legítima de la hija, opinan algunos autores que esta puede elegir el de la donacion de aquella, ó el de la muerte del donante; pero yo soy de parecer que se debe atender à este último tiempo, y que si unidos con la dote entregada los bienes efectivos que deja, y son legítima de sus hijos excepto el quinto, excediese aquella al importe de su legítima

tima completa, debe restituir el exceso que haya: en primer lugar, porque la dote se da y anticipa en cuenta de la legítima que le puede tocar, y esta se debe considerar, al tiempo de la muerte del donante, que es cuando regularmente se dividen sus bienes, despues de la cual ni se aumentan ni disminuyen, ni hasta entonces tiene accion á pedirla ni su padre obligacion á dársela ni anticipársela: en segundo lugar, porque si aumentándose las facultades del donante puede pedir la hija el suplemento de su legítima, y se le deberá dar; tambien disminuyéndose ó no cabiendo en ella tanta dote por nacer despues mas hijos, debe sufrir su disminucion y entenderse dotada entonces, pues quien está á la utilidad debe estar á la pérdida, y la dote se entiende dada con la condicion de que quepa en su legítima cuando se dividan los bienes de su padre, que es cuando se le debe esta; y en tercer lugar, porque la ley ó pragmática inserta corrige la 29 de Toro, y se estableció para que los demas hijos no fuesen perjudicados en sus legítimas, haciéndose de peor condicion que la dotada, ni el padre se empobreciere por su prodigalidad, y permitiéndose la eleccion sería inútil su establecimiento, puesto que por un medio indirecto se originarian los daños que ocasionaban la indiscrecion de los padres y el abuso de la permission de dicha ley 29, los cuales quiso precaver y evitar en lo futuro la pragmática. No obsta alegar lo que se practica con las arras, porque hay notable diferencia de un caso á otro, la cual consiste en que en este contrato procede el novio arreglado á la ley que se lo permite, no cede su promesa en perjuicio de tercero, nunca excede esta ni debe exceder de la décima parte, y si ofrece cantidad determinada no puede pretender mas la novia, por muy rico que el novio se haga durante su matrimonio, y así su adquisicion es absoluta, perfecta é irrevocable; pero en el presente caso se viola la ley prohibitiva, resulta perjuicio á los hermanos de la dotada, y esta puede pedir el suplemento de su legítima, si se aumenta el caudal de su padre; y aunque el ánimo de este no haya sido el de mejorarla, se la mejora con permitirle la eleccion, por la cual son perjudicados sus hermanos; y la pragmática no solo prohíbe que el padre la mejore, sino que manda que no se entienda mejorada tácita ni expresamente. Tampoco obsta alegar que de hacer la restitucion resultará engañado el novio, porque este antes de pensar en casarse debe tener con que sotener las cargas matrimoniales, y no fiarse en que la novia le mantendrá, pues la dote no es para alimentarse, sino para que la muger halle con quien

casarse; y para ayudar á mantenerse á sí misma y á sus hijos, fue a de que quien contrae con otro, debe cerciorarse de su condicion, y todos tienen obligacion de saber el derecho (1), excepto cinco clases de personas, que son: el pupilo, el soldado, la muger, el pastor y el aldeano (2), á los cuales se dispensa en lo tocante á testamentos, contratos y otras disposiciones puramente civiles, y no en lo criminal (3). Asi pues, pareceme que la opinion contraria debe tener lugar solo en dos casos. El uno es cuando al tiempo de casar el padre á su hija ó dotarla cabe la dote en la legítima completa, que atendidos los bienes que tiene le correspondería, si entonces se dividieran, y ella renuncia el incremento de esta por el que puedan tener los paternos, contentándose con su dote por todo su haber, y obligándose con juramento á no pretender nunca el suplemento de aquella; porque en este caso, por no ser excesiva la dote al tiempo de su donacion ú oferta, y privarse la hija del beneficio que puede seguirse si se aumentan las facultades de su padre, cediéndole á sus hermanos, no será justo que padezca detrimento por la decadencia de fortuna de aquel, ni por tener posteriormente mas hijos, pues siendo todo esto contingente, hay igualdad entre ella y sus hermanos. El otro caso es cuando le cabia la dote al tiempo de darse ú ofrecerse, y le cabe al de la muerte de su padre, y solo por mejorar este á alguno de los demas hijos resulta ser inoficiosa ú excesiva; pues no parece justo que esta disposicion paterna le perjudique ni obligue á restituir lo que poseyó legítimamente é hizo suyo por caberla en ambos tiempos.

26. Como regularmente cuando hay mejora de tercio y quinto entre los descendientes legítimos del testador, se nombra primero el tercio que el quinto, parece que segun el orden de las palabras de la disposicion y comun estilo de hablar, se debe bajar primero el tercio; pero lo contrario ha de decirse no habiendo entrega de los bienes de la mejora; y asi el quinto dejado en un mismo testamento ó contrato, se debe deducir ante todas cosas del cuerpo de la herencia efectiva por favor del alma del mejorante, ya porque el quinto es la única parte de la herencia que el ascendiente tiene para disponer á su arbitrio en virtud de la ley 28 de Toro; ya porque si se saca antes el tercio, se grava al descendiente y al legatario ó mejorado del quinto, no dispone del de todos sus bienes, como se lo permite la ley, é importa la tercera parte menos que sacándose primero.

1 Ley 16, y penult. tit. 1. Part. 1.

2 Leyes cit. y ult. tit. 1. Part. 1, y 31.

tit. 14. Part. 5.

3 Ley 1. tit. 2, lib. 3. Nov. Rec.



que el tercio; y últimamente porque así lo dispone la ley 214 del Estilo, que declarando otra del Fuero Real (1) dice; *y es á saber sobre esta quinta parte y sobre esta tercia parte, cuando no hay otro fuero ni costumbre que sea contra la ley, que sacan primero por razon del alma y quinto de cuanto obiere, y mandarlo há á quien quisiere: y de todo lo al que finca mejorar á alguno de sus hijos, y mandarle há el tercio; y así se usa esta ley, y se observa regularmente en los reinos de Castilla, lo cual procede aunque el contrato sea irrevocable; pues por esto únicamente adquirió derecho el mejorado á no poder ya dejar de serlo, mas no á que el tercio se deduzca primero que el quinto, y así su importe, como existente entre los bienes del mejorante, se contempla donado en disposicion última confirmada con su muerte. El modo de girar la cuenta es hacer un cuerpo de todo el caudal del difunto, deducir de él todas las deudas, sacar luego de lo líquido la quinta parte, bajar del residuo el tercio, y dividir el resto en tantas partes iguales quantos son los herederos, incluso el mejorado ó mejorados si tambien lo son, pues no siéndolo, v. gr. por ser nietos, que no entran á heredar á causa de vivir su padre ó madre, se dividirá tan solamente entre los instituidos por tales. Pero es de advertir al partidor que cuando el testador deja á su favor deudas cobrables, dudosas y fallidas, ó de cualquiera de estas claces y bienes fructíferos é infructíferos; y mejora indistintamente en el tercio de todos los suyos ó en el quinto ó en ambos á alguno ó algunos de sus herederos, deben sacar mejora, hacer prorateo y liquidacion de cada una de estas especies, de modo que cada interesado lleve en ellas lo que le corresponda, y aplicarle proporcionalmente su parte segun la voluntad del testador, con lo cual procederá justificadamente, y ninguno será perjudicado. Pero cuando es un descendiente solo el mejorado en tercio y quinto, y bajando este de cualquiera suerte caben en él los gastos funerales, misas y legados, lo mismo es deducirle antes que despues del tercio, porque como el residuo de aquel se agrega á este, percibe el mejorado lo mismo, y en nada se le perjudica: todo lo cual se observa comunmente en la práctica, y se há ejecutoriado repetidas veces.*

27. Dudan algunos como ha de deducirse el tercio cuando el testador mejora en el de sus bienes á un hijo, y lega á otro ó á un extraño el quinto, porque si se saca primero este con arre-

1 Ley 9, tit. 15, lib. 3.

glo á la ley del Estilo, y del resto de sus bienes aquel, no se verifica ser mejorado en el de todos, sino en el del residuo; ni cumplirse la voluntad del testador, que es arreglada á la ley de Toro, la cual le permite disminuir la legítima de algunos de sus descendientes en el tercio íntegro y aplicarle á los otros; y por lo mismo parece debe deducirse el quinto, y luego sacarse el tercio de todo el importe del caudal del testador, como si el quinto no se hubiera deducido. Pero esta vana ficcion y sutileza de bajar el quinto, y suponer que no se ha bajado para sacar el tercio íntegro, se funda en un supuesto falso; porque aunque la ley de Toro permite al testador disminuir la legítima y mejorar á algunos de sus descendientes en el tercio de todos sus bienes, debe entenderse no disponiendo del quinto; pues si dispone ha de ser del residuo, que es la legítima que se le permite disminuir, y lo demas seria sacarlo del caudal que ya no hay existente; y con una ficcion aerea perjudican á los no mejorados, lo cual ni se manda ni se infiere de ninguna ley. En este supuesto para evitar dudas y disputas prevendrá el escribano al testador: *que mande deducir el tercio de lo que quede de sus bienes despues de separado el quinto, como se practica, y si no que se saque antes que este.*

28. Si el testador manda que se deduzca primero el tercio, se deducirá, porque como se le permite disponer del quinto á su arbitrio, está en su mano no hacer uso de la ley del Estilo establecida en favor suyo, y si deja tantas mandas graciosas que no caben en el quinto, se ha de mirar qué parte legó mas de lo que podia v. gr. si es cuarta, quinta, sexta &c. y luego prorratear el resto (bajados antes los gastos de su funeral, misas y legados pios) entre todos los legatarios y el del quinto, sacando de cada legado la parte que le corresponde, atendida su cantidad ó importe, y de esta suerte será justa la deducccion; pero esto se limita en los legados específicos, los cuales no deben entrar en el prorrateo, sino darse íntegros á los legatarios, porque estos los hacen suyos incontinenti que muere el testador y como conocidos son de mejor condicion que los genéricos, aunque algunos dicen lo contrario.

29. Lo dicho en el párrafo 26 procede tambien cuando la mejora se hace en dos instrumentos, v. gr. parte en testamento ó contrato, y parte en codicilo, sean uno solo, dos ó mas los descendientes mejorados en ellos, pues de cualquiera suerte se ha de deducir primero el quinto; bien que si es uno solo el mejorado en ambos, lo propio es sacar este antes ó despues que

aquel, como se demuestra haciendo la cuenta. Por ejemplo ascende el caudal líquido partible á quince, si se saca primero el quinto, importa tres y quedan doce, de los cuales el tercio son cuatro, de suerte que por tercio y quinto, bajando primero este le tocan siete; y si se baja antes el tercio, serán cinco y quedan diez, de los cuales el quinto son dos, por manera que le tocan los mismos siete.

30. Lo expuesto se limita cuando el mejorante manda que el tercio se deduzca antes que el quinto, sean dos los mejorados, sea uno solo, ó disponga á favor de uno de sus descendientes del tercio, y á favor de otro, de extraño, ó por su alma del quinto; pues entonces se observará su mandato segun se dijo en el párrafo 28, porque la deducción previa del quinto se ha establecido á su favor para que tenga mas que disponer por su alma, ó en lo que quisiere, y asi puede renunciar este beneficio á favor del mejorado en el tercio.

31. Tambien se limita cuando en contrato irrevocable, ó por causa onerosa, como casamiento, hizo mejora del tercio á favor de un descendiente legitimo con entrega de los bienes ó de su posesion verdadera ó ficta, y en disposicion última del quinto á favor de otro, de un extraño, ó dispuso de este en otros fines; como tambien cuando se pactó entre los interesados, segun puede hacerse, que la donacion surtiese su efecto antes de la muerte del donante: pues en estos casos se deducirá primero el tercio y disminuirá el quinto, porque mucho antes que el legatario de este adquiriese derecho á él, el mejorado en el tercio le tenia adquirido á su importe en el de todos los bienes del mejorante; por cuya razon careció de facultad para legar quinto de parte del tercio que tocaba enteramente al mejorado en él, y asi para el efecto de deducirse se ha de considerar como una deuda contra el caudal del mejorante ó donante: lo cual procede aunque el instrumento revocable en que se donó ó legó el quinto se otorgue antes que el irrevocable del tercio, porque este inmediatamente surtió su efecto, y aquel no, hasta que se confirmó con la muerte del otorgante, desde la cual empieza á tener vigor por no poderle ya revocar.

32. Mas para hacer la deducción del tercio entero ó de la parte de el que señale el testador al mejorado, se ha de tener consideración á lo que valen sus bienes cuando muere, y no á lo que valian cuando hizo la mejora (1); porque el tercio es le-

1 Ley 23 de Toro, que es la 7. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

gítima, y el valor de esta se atiende al tiempo de la muerte y no en vida; por lo que si cuando el testador la hizo tenia pocos bienes, y al tiempo que fallece tiene muchos, se deducirá y pagará el tercio al mejorado del importe de estos; y si por el contrario tiene pocos, percibirá menos, aunque entonces tuviese muchos, pues no hay eleccion de tiempos, háyase entregado en vida el todo ó parte de la mejora al mejorado, ó nada; y solo habiendo habido entrega se unirá su importe al caudal partible, y hecho todo un cuerpo se deducirá de ello la mejora, y verá si cabe ó no, ó tiene mas que haber en cuenta de ella.

33. Lo mismo milita en cualquiera donacion de cosa ó cantidad hecha simplemente á un hijo ó descendiente, porque tiene fuerza de mejora, y el donatario se entiende mejorado en ella segun la ley 26 de Toro, sea válida cuando se hace ó inválida hasta que se confirme con la muerte del donante, no mandando este al tiempo de hacerla que la colacione, pues si lo manda entonces, siendo irrevocable, ó despues si es revocable, no hay mejora, y se deberá recibir en cuenta de legítima.

34. Mejorando el padre en alguna disposicion última á un hijo ó descendiente legítimo en el tercio de sus bienes; y no disponiendo del quinto puede, dudarse cual se ha de bajar primero, y como se ha de hacer la deducccion, caso que los gastos del funeral, misas y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de este despues de deducidos. Por ejemplo deja el padre quince mil ducados, y los gastos y legados referidos importan mil. Parece que segun la ley del Estilo, que se halla en observancia en los reinos de Castilla, se debe bajar primero el quinto que son tres mil; sacar de los doce mil restantes el tercio, que importa cuatro mil, aplicarle al mejorado en él; y luego dividir los dos mil que sobran del quinto, bajados los mil, importe de los legados, gastos funerarios y misas; y el resto de la herencia entre todos los herederos igualmente, incluso el mejorado.

35. Pero con esta deducccion sale perjudicado gravemente el mejorado, y asi primero se ha de sacar en dicho caso el tercio del remanente del quinto para él, que son seiscientos sesenta y seis ducados, siete reales y un tercio de otro; luego de los doce mil bajar tambien y aplicarle los cuatro mil del tercio; y unidos el resto de él que son ocho mil, y el del quinto que asciende á mil ochocientos treinta y tres ducados, tres reales y dos tercios, dividirlos igualmente entre todos los herederos, entrando el mejorado: porque el testador por el hecho de haber

mejorado á su hijo en el tercio de todos sus bienes, por poder disponer libremente tan solo de los del quinto, y no haber dispuesto de este como podia hacerlo, es visto haber querido que llevase de él el tercio, asi como de los demas bienes que son legitima de sus hijos; pues de lo contrario no se le dejaba nada de lo suyo, sino solamente de lo que era legitima, ni se cumplia su voluntad, la cual no fue únicamente mejorarle en el tercio de los bienes que dejaba bajado el quinto, sino tambien en el de los suyos privativos, que son el residuo de este.

36. Si el padre ó la madre mejoró en disposicion última á un descendiente legitimo en el tercio de sus bienes mandando que pagase de él los gastos de su funeral, misas y legados y no disponiendo en ninguna manera del quinto, deberá satisfacerlo todo del tercio hasta en lo que alcance el quinto, y no mas; y únicamente se entenderá mejorado en el exceso de uno á otro.

37. Lo mismo ha de decirse cuando el padre mejoró en el tercio de sus bienes á un descendiente suyo, y á otro en el quinto, ordenando que el mejorado en el primero satisficiese por si solo los gastos de su entierro y demas expresados; ó que entregase para ellos al mejorado en el segundo la mitad del tercio; pues deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto entero de los bienes del mejorante, y no mas, entendiéndose que mejoró ó distribuyó el tercio entre los dos, dejando mayor porcion de este al del quinto que á él. La cuenta se hará de esta suerte: v. gr. asciende toda la herencia liquida partible á veinte mil reales, cuyo quinto son cuatro mil, y cuyo tercio, bajados estos, importa cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio de otro. En este caso deberá expender hasta en los cuatro mil de los cinco mil trescientos treinta y tres del tercio, y no mas, aunque importen mas los legados y gastos referidos y se entenderá mejorado en los mil trescientos treinta y tres y un tercio restantes, que juntos con los cuatro mil del quinto componen los cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio del tercio total de la herencia, y asi no se grava la legitima en cosa alguna. Y si le manda entregar al del quinto la mitad del tercio, y esta no alcanza para los gastos y demas cosas que hubiere dispuesto, deberá suplirlo el del quinto hasta en lo que falte para completar la quinta parte de los bienes del testador, y no mas, incluyendo lo entregado por el mejorado en el tercio; y se conceptuará mejorado en el residuo, como en parte de tercio.