

tistes franceses. Sin interés por el litigio y con pasión por el Derecho, su imparcialidad y su competencia pueden servir para guiar con rumbo seguro los pasos de la vida forense de un país. Tal misión exige renunciación absoluta a cuanto signifique actuación ante el pretorio respectivo. Pero el sacrificio que ello implique puede resultar fecundo si con él se logra la noble finalidad perseguida.

La mejora de labrar y poseer (*)

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho Civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO: I. *Concepto de esta mejora.*—II. *Alcance de la disposición.*—III. *Obligaciones del mejorado.*—IV. *Las costumbres de Bergantiños, Lalín y Cotovad.*—V. *Rentas en saco en lugar de la legítima.*—VI. *Formas de la mejora.*—VII. *Instituciones afines.*—VIII. *Origen de la mejora gallega.*—IX. *La mejora ante el Código civil y el Apéndice de Galicia.*—X. *Delegación de la facultad de mejorar: 1. Criterio que preside la designación del petrucio; 2. Fórmulas notariales sobre designación indirecta del petrucio: a) delegación en favor del cónyuge de la facultad de mejorar; b) mejora en favor del que se case para la casa petrucial; 3. Criterio del Tribunal Supremo; 4. Designación indirecta de heredero en los Derechos forales; 5. Sentido de la ley XXXI de Toro; 6. Ante el Apéndice de Galicia.*

I. Concepto de esta mejora

Sabido es que el labrador gallego—el “paisano”—conoce muy bien lo que sean los derechos subjetivos, y que, con ellos al hombro como armas de combate, conduce a los demás ante el juez para exigirles que cumplan sus deberes, devuelvan lo que no les pertenece según la norma jurídica e incluso, a veces, para salir vencedor en la pelea entre ellos entablada por puro espíritu de emulación.

Y sin embargo, ese mismo paisano, de ordinario, calla y se resigna silencioso cuando, al ocupar su hermano la jefatura doméstica, tiene que abandonar la casa y el lugar para fundar por su cuenta otra familia.

¿Cómo se entiende esto? ¿Por qué no marcha ante el juez y protesta de un trato que parece por demás injusto?

* Este trabajo es una parte del que, bajo el título “Derecho civil de Galicia”, publicará la Nueva Enciclopedia Jurídica.

Pues muy sencillo. Es que el paisano—amante de su familia, de su tierra y su lugar, y conocedor intuitivo de su propio derecho—guarda fiel obsevanca, casi culto, a sus costumbres jurídicas, formadas justamente por sus mayores, en defensa de la familia, de la campiña y, por ende, del lugar; costumbres que se mantienen vivas por eso mismo: porque son conocidas y juzgadas obligatorias por quienes ven en ellas la norma que regula sus derechos respectivos.

De una de estas costumbres vamos a ocuparnos: la que en defensa del patrimonio familiar, amenazado por la desintegración que ocasionan las particiones hereditarias, procura su pervivencia mediante la transmisión en favor de un único descendiente. Nos referimos a la mejora de labrar y poseer (1), que no ha sido debidamente caracterizada por los foralistas, y cuyo interés trasciende de la región gallega en que se aplica.

Pero como quiera que de costumbre se trata, nada mejor—para poder abrazar sus variados matices y describir sus múltiples modalidades—que trazar aquellas líneas de la institución que, por ser fundamentales, aparecen siempre como rasgos característicos de su fisonomía.

En esquema, la institución consuetudinaria que vamos a estudiar consiste en esto: en designar el jefe de la familia a uno de sus descendientes para que se haga cargo—con exclusión de los demás—del patrimonio familiar, pero sin merma de la posición preeminente que los padres deben ocupar y de hecho ocupan en el campo de Galicia.

Al logro de ese objetivo—indivisibilidad del patrimonio y salvaguarda de la preeminencia de los padres—acude la costumbre con previsiones varias para resolver los problemas que lleva consigo la presencia de otros descendientes, la muerte prematura del jefe de la familia, el declive de sus fuerzas o el simple hecho de haber aportado uno solo de los padres los bienes que integran el patrimonio familiar.

Juegan aquí elementos de diversa naturaleza—unos objetivos y otros de índole subjetiva—, de cuya combinación cuidadosa ha de resultar precisamente la equitativa solución de los intereses en conflicto.

De entre esos elementos, el que primero se ofrece a los ojos del observador es el jefe de la familia campesina, el dueño de la casa, el patrón, a quien suele darse el nombre de “petrucio” (2).

Y en seguida aparece, con espontaneidad, un segundo elemento, la

(1) “Es costumbre tan respetada—escribe HERVELLA FERREIRA—entre la población rural en los puntos donde se observa, que es frecuente que los hijos que salen de la casa, a veces pobres jornaleros, no se preocupen nunca de reclamar derecho alguno de los que corresponden por sus legítimas, dejándole todo al *petrucio*, para que el patrimonio no sufra menoscabo.” (*Las comunidades familiares y la compañía gallega*, Monforte, 1898, pág. 132.)

(2) Vid. LEANDRO CARRÉ ALVARELLOS, *Diccionario galego-castelán*, II, A Cruña, 1931, pág. 279. También es definido el “petrucio” como el mayor, o patrón de una familia; así lo hace MARCIAL VALLADARES NÚÑEZ, *Diccionario galego-castellano*, Santiago, 1884, pág. 449, pensando, sin duda, en que de ordinario la jefatura doméstica viene a recaer en el mayor de los descendientes.

No recoge la voz “petrucio” FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ, *Diccionario galego castellano*, Coruña, 1863.

casa, entendida como patrimonio familiar, en el sentido de conjunto de bienes que a la familia pertenecen y que en ella quiere conservarse. De aquí que se la designe con el nombre de “casa petrucial”.

Si además se tiene en cuenta que tan petrucio es el jefe futuro como el actual titular (3), y que la casa fué por éste recibida en virtud del mismo mecanismo, bien se comprende que de hecho, en el fondo, el patrimonio viene a quedar sometido a una especie de vinculación en beneficio del jefe familiar. Y de aquí que sea frecuente el uso de la voz “vinculeiro”, aplicada al sucesor que recibe por ese conducto los bienes de la casa (4).

II. Alcance de la disposición

Por lo general, el alcance de la mejora otorgada por los labradores tiende tan sólo a conservar la casa petrucial, el *lugar acasarado*, que tanto trabajo costó a los viejos y que desean se conserve siempre en sus principales fincas, como base para el sostenimiento de la familia gallega (5).

Lo más frecuente es que se haga la mejora llamada “por la vieja” o “de tercio y quinto”. El mejorado recibirá siete quinceavos del haber total (6) y su parte en el resto, como los demás hijos. Se suele agregar que en pago de esta disposición se adjudiquen los bienes más caracterizados de la casa. De tal modo, la mejora comprende la casa matriz con su corral, los “resíos” (7), “cortiña” (8), “alboyo” (9), hórreo, pajar, cuadras y edificaciones anejas (10). Y suele extenderse a los muebles, ropas, ganados (11), aperos y demás enseres que existan

(3) “Es el *petrucio*—nos dice ALFREDO GARCÍA RAMOS—el sucesor elegido por el padre para continuar la labranza y perpetuar la *casa*, bajo la fórmula de *mejora de labrar y poseer*” (*Estilos consuetudinarios y prácticas económico-familiares y marítimas de Galicia*, Madrid, 1909, pág. 42).

(4) Así se refleja en el cantar del pueblo que dice:

*O día que nos casamos
plantou Luis un laranjeiro.
Hoje laranjas ja da
que come o meu vinculeiro.*

Cfr. VALLADARES, Op. cit.

(5) La extremada división del suelo gallego hace que, aun en familias pobres, el número de fincas que integran el patrimonio de los causantes sea elevado. Por eso, de ordinario, su propensión se reduce a conservar la casa y lugar, como medio de evitar la división de la casa matriz y su correspondiente explotación.

(6) Integrados por la totalidad del tercio de mejora y por dos quintas partes del de libre disposición.

(7) Patio no cerrado y era.

(8) Tierra de labor cerrada sobre sí, que con las demás fincas unidas a la casa forma el lugar.

(9) Cobertizo.

(10) Lo que constituye el *conjunto, circundado o ruedo de la casa*.

(11) Si son los normales y no están dedicados al tráfico.

en la casa del testador; a los frutos verdes y sembrados, pendientes y recogidos, y a las carnes saladas y embutidas (12).

Menos frecuente es que se otorgue la mejora que ellos llaman "por la nueva", que abarca los dos tercios, libre y de mejora, además de la parte del mejorado en el tercio de legítima corta.

En raras ocasiones desean los testadores una mejora de ocho quinceavos, también llamada mejora de tercio y quinto; pero aquí se tomarán ambos tercio y quinto de la totalidad del haber, a diferencia del caso primero.

Cuando se trata de pequeño caudal y que desmerecería mucho por su división, los testadores piden que la mejora comprenda todo el patrimonio agrícola. Tal deseo se manifiesta más vehemente en los casos de ausencia indefinida en América de todos los hijos menos el mejorado, o cuando han ocurrido graves disgustos familiares, y entonces se acude a la solución del artículo 1.056, párrafo segundo, del Código civil, si las circunstancias lo permiten; y si no, a la donación inter vivos, según luego veremos.

Como comprobación de lo dicho, bastará recoger dos testamentos, entre los muchos del mismo tipo que pudieran transcribirse.

Por uno de ellos, el testador Benito Mareque y Mareque (13), en escritura otorgada el día 29 de julio de 1921, en Bandeira, Ayuntamiento de Silleda, ante el Notario don José Salgado Biempica, "mejora en el tercio de este objeto al hijo Avelino y lega al mismo, a cargo del tercio libre, la quinta parte del resto de la herencia, deducido previamente del tercio de mejora, y todo sin perjuicio del usufructo voluntario y legal de la esposa; por lo tanto, en su día el hijo Avelino percibirá como mejora y legado un beneficio de tercio y quinto como se usa de antiguo en el país, o sea siete quinceavas partes de la total herencia, señalando para cuenta a proporcional tasación con los demás, y si al beneficiario así le conviniese, el derecho o parte que haga el otorgante en la casa en que habita con era y terrenos unidos y dependencias".

Con fecha 21 de mayo de 1928, ante el Notario de Santiago don Jesús Fernández Suárez. Tomás Mohugán Tejo, vecino del lugar de Agrelo, parroquia de Santa Cruz de Rivadulla, "mejora a su hijo Tomás Mohugán Castelao, en propiedad para siempre y aparte de su legítima, en el tercio de todos sus bienes, derechos y acciones del testador, llamado de mejora. Y lega y manda al mismo su hijo Tomás Mohugán Castelao, también en propiedad y para siempre y aparte de su legítima, dos quintos del tercio llamado de libre disposición, pues la voluntad del otorgante es, en consideración a lo obediente que siempre ha sido su hijo Tomás y en atención a otras circunstancias, que el Tomás lleve en propiedad para siempre y aparte de su legítima, si bien con las condiciones y obligaciones que impondrá, lo que antes del Có-

(12) Todo ello se comprende en la expresión "a puerta cerrada", o en la de "muebles que se hallen de puertas para adentro", que lo sintetiza.

(13) Labrador, vecino de la Parroquia y Municipio de Boqueijón, lugar de Lamparte, provincia de La Coruña.

digo civil se llamaba mejora del tercio y quinto de todos los bienes, derechos y acciones del testador; habiendo de comenzar a tomar esta mejora por la casa en que el otorgante vive, sita en el expresado lugar de Agrelo, con el mueblaje de casa, aperos de labor, frutos y ganados, según se halle a su fallecimiento, con todas las dependencias y salido unido a ella y todo el terreno anexo tal cual queda relacionado" (y que se describe detalladamente en cláusula anterior).

III. Obligaciones del mejorado

El testador suele imponer al mejorar obligaciones en su propio beneficio, pero también en el de su cónyuge e hijos.

Las más frecuentes y características son:

a) "impone al mejorado la condición de vivir (o continuar viviendo) en la casa petrucial con el testador y con su esposa, cuidándoles en salud y en enfermedad hasta su muerte, con arreglo a su estado, a su clase y a la costumbre de la tierra".

Como nos hacía notar MIGUEL HOYOS DE CASTRO, Notario de Vigo, realmente esta cláusula es de poca utilidad práctica, si se tiene en cuenta la naturaleza mortis causa del acto testamentario; pero suelen exigirla los testadores (14). Sería difícil hacer jugar esta cláusula como *condición* en sentido técnico para deducir de ella consecuencias jurídicas en orden a la mejora. En realidad, como el heredero mejorado suele estar enterado del testamento de sus padres, la citada cláusula supone más bien un reconocimiento de fidelidad por parte del hijo mejorado, que los padres quieren garantizar moralmente consignando en su testamento esa obligación de asistirles y cuidarles.

b) "consentir que sus hermanos solteros, o viudos sin hijos, habiten en su compañía en la casa petrucial" (15).

Esta obligación suele imponerse más bien en favor de las hermanas. Si existen otros hijos que hayan emigrado, y para el caso de que vuelvan al lugar, se impone al mejorado la obligación de darles cama y habitación juntamente con el cónyuge si vuelven casados; pero se excluye a la descendencia de ordinario, por la insuficiencia de la casa. En ocasiones, esta obligación abarca también la de alimentarles, presuponiendo el trabajo del ausente que vuelve para la casa.

c) "casarse y hacer cabeza en la casa petrucial, siguiendo en ella hasta su fallecimiento" (16).

(14) Es que en el fondo late la idea de pacto sucesorio, que aproxima esas mejoras a un verdadero heredamiento.

(15) La gran cantidad de pleitos que esta cláusula planteaba la hizo caer en desuso en algunos puntos, como en Guitiziz, según testimonio del Notario Sr. Pérez Sauquillo. Pero en otros distritos no ocurrió así. Refiriéndose a Pontevedra, nos dice el también Notario D. Alberto Campos Porrata que la obligación más frecuente impuesta por los testadores a sus hijos mejorados es la de dar habitación en la casa matriz a sus hermanos mientras permanezcan solteros o viudos sin familia.

(16) A esto se llama—en la terminología regional—"casarse para la casa", o "en la casa".

Hace unos años, un matrimonio requirió al Notario y otorgó testamento en su domicilio, haciendo mejora de la casa y otros bienes a favor de un hijo, con la obligación de atenderles y cuidarles hasta el fallecimiento del último, *sin ponerle la condición de seguir viviendo en la casa, siendo jefe de la misma*, aunque sí legando el derecho de habitar en la casa a los hermanos solteros. Pasado el tiempo, murió la testadora bajo ese testamento, y al año fué requerido nuevamente el mismo Notario para autorizar el testamento del viudo, llegando tarde, es decir, en el momento en que éste fallecía; y preguntando la causa de otorgar o querer otorgar este nuevo testamento, la expresaron en estos términos: el mejorado había solicitado ser guardia, había atendido a la testadora y esperaba ocupar la plaza a la muerte del viudo, puesto que éste se encontraba gravemente enfermo; al enterarse éste, quiso, y no pudo, quitarle la mejora, porque al marcharse dejaba ya de ser jefe de la casa, que era lo que él buscaba, y además se llevaba las utilidades del lugar, pues las demás fincas de la mejora se las arrendaría a sus hermanos o a otras personas, viniendo a ser un enemigo de la unidad familiar y gravoso al matrimonio, en vez de ser el jefe y sostén de la familia (17).

Conviene advertir que el mejorado no llega a ejercer la jefatura familiar hasta la muerte de sus padres. Como dice GARCÍA RAMOS, la mejora por designación de *petrucio* lleva consigo las obligaciones de dirigir los cultivos, tener en su compañía a los padres, *comiendo a una misma mesa y manteles*, y consentir también a los hermanos mientras no se casen (18).

Sirva de ejemplo la siguiente cláusula de una escritura de 24 de febrero de 1859, mediante la cual doña Florencia Bouzas mejoró a su nieto Pedro Recarey en el derecho de labrar y poseer en el lugar de Freijeiro, que ella había heredado de su padre: "La predicha doña Florencia pacta que desde el día del casamiento del nieto se compromete a tener y conservar a éste y futura consorte en su casa y compañía, mesa y manteles, esperanzada de que le sean humildes y obedientes, cuidándose recíprocamente en sus achaques y enfermedades, y aliñándose todo por cuenta de las producciones del lugar que cultiva de Freijeiro y más bienes que tiene y tuviere doña Florencia, quien será la *cabeza de casa*, sin que el nieto pueda, ni la consorte, mezclarse en el régimen de ella, y sólo asiduamente se dedicarán al trabajo del conmemorado lugar; y cumpliéndolo así, siéndole humildes y obedientes. sin causar ingratitud, no podrá de modo alguno dicha doña Florencia separar de su compañía al nieto y mujer de éste" (19).

(17) Debemos la noticia de este hecho al Notario de Vigo D. Demetrio Méndez.

(18) *Estilos*.... pág. 43.

(19) Documento transcrito por PÉREZ PORTO, en su Memoria sobre *El Derecho foral de Galicia*, La Coruña, 1915, pág. 97.

En el testamento de D. Tomás Mohugán Tejo, antes citado, se lee: "imponer al mejorado como obligaciones la de pagar las deudas que contra sí tuviere el testador, probada su legitimidad, la de cuidar a sus padres y tener consigo en su

d) "pagar de su cuenta y cargo todos los gastos que ocasione la liquidación total de su herencia". Obligación que en algunos casos alcanza hasta el pago del impuesto de Derechos reales por la transmisión de la herencia.

e) "entregar a cada uno de sus hermanos. cuando se casen o dejen de vivir en la casa, la cantidad de ... por una sola vez", cantidad equivalente al importe de su legítima estricta.

A los demás hijos, por lo general, se les favorece con cláusulas de sustitución, si el mejorado no cumple las obligaciones que se le imponen, o la que se estime como fundamental, y siempre que el sustituto la observe desde que aquél haya dejado de hacerlo.

Así vemos en el testamento otorgado en Bandeira por Benito Mareque y Mareque, a que antes hicimos referencia: "si el hijo Avelino falleciese antes que el testador, o si se casa y fuese a vivir definitivamente fuera de la casa, o si mientras viva el otorgante y su esposa se ausentase del país, marchando al extranjero, en cualquiera de estos casos el beneficio de tercio y quinto pasará en iguales términos y condiciones al hijo Jesús".

IV. Las costumbres de Bergantiños, Lalín y Cotovad

Tras estas indicaciones, podemos ya recoger las llamadas costumbres de Bergantiños, Lalín y Cotovad, que estudiaron, entre otros, MURGUÍA (20), BUJÁN (21), HERVELLA (22), MANUEL LEZÓN (23) y MOUTÓN OCAMPO (24).

Estas costumbres, que difieren sólo en algún detalle, coinciden en su finalidad de proteger las pequeñas explotaciones campesinas contra los perjuicios de la división hereditaria.

En Bergantiños (25), el padre mejora a uno de sus hijos en el derecho de labrar y poseer sus bienes, a condición de satisfacer las cargas a que están afectos y dar a sus hermanos la utilidad que resulte a tasación pericial de la parte que pudiera corresponderles; de modo que,

compañía a sus hermanos solteros o viudos sin hijos, y casarse en la casa con joven de buena familia y costumbres y continuar viviendo en la casa con sus padres, ayudando a éstos, dedicándose a la labranza y viticultura, como lo han hecho sus padres y antecesores, conservándolo todo bien cultivado".

(20) *Estudios sobre la propiedad territorial de Galicia.—El foro.—Sus orígenes, su historia, sus condiciones*, Madrid, 1887, págs. 36 y sig.

(21) *Estudio jurídico sobre el contrato de compañía de familia*, Orense, 1887.

(22) *Las compañías familiares...*, págs. 131. y sigs.

(23) *El derecho consuetudinario de Galicia*, Madrid, 1903, págs. 111 y sigs.

(24) *Diccionario del Derecho civil foral*, II, Madrid, 1905, págs. 241 y sigs.

(25) Territorio de la provincia de La Coruña, regado por el río Allones, que antiguamente constituyó jurisdicción, compuesta de las feligresías de Aldemunde, Artes, Cabo-Vilaño, Coiro, Goyanes, Lestón, Oza, Razo, Sisamo, Sofán, Soutiello Torás, Trava, Vilaño y Vilela. En su término estaban comprendidos los puertos de Cayón, Malpica y Cosme.

si bien es un hijo solo quien hereda los bienes y dispone de ellos a su voluntad, los otros cobran su renta, y, en realidad, vienen a vivir todos del acervo común.

Por la de Cotovad (26), el hijo mayor recibe la casa petrucial por mejora de tercio y quinto, después de la muerte del padre, al cual sucede como verdadero *petrucio* en los bienes y en los honores.

En Lalín (27), el padre acostumbra a hacer la mejora en favor de cualquiera de sus hijos, aunque, por lo general, es el mayor quien la obtiene. Como en Cotovad, en la mejora de tercio y quinto se incluye, desde luego, la casa petrucial y su circundado, pero con la diferencia de que dicha mejora se hace inter vivos y cuando el mejorado contrae matrimonio. Sus obligaciones se reducen a tener a mesa y manteles en su casa a sus padres, mientras vivan, y a sus hermanos en tanto no contraen matrimonio, a cambio de lo cual le ayudan en los trabajos y faenas del campo, de modo que las facultades y preeminencias del jefe de familia se traspasan al mejorado (28).

De estas costumbres, ofrece especial interés la de Bergantiños, por el modo original de satisfacer su legítima a los hijos no mejorados, como se recoge en la fórmula notarial siguiente: "Instituye herederos a sus ... hijos; pero, en beneficio económico de la familia, prohíbe que se parta su herencia, integrada por una humilde explotación agrícola, que tiene en ..., y quiere que lleve íntegra dicha herencia su hijo M., el cual cumplirá entregando en pago de su haber, a cada uno de los restantes herederos, *la renta en sacos de trigo, a uso de tierra de Bergantiños, que proceda, a justa regulación pericial*" (29).

Antes de puntualizar el alcance de las rentas en saco en lugar de la legítima, debemos advertir que esas costumbres no sólo se practican en los tres puntos indicados. Así, MONTERO LOIS afirma que las costumbres de Bergantiños y Lalín, más que peculiares de dichos puntos, son generales en casi toda Galicia y con especialidad en la provincia de Lugo (30). LEZÓN, por su condición de registrador de Celanova, da testimonio de hallarse viva la costumbre también en la provincia de Orense (31). Y GARCÍA RAMOS sostiene que la mejora de labrar y poseer es conocida y practicada en toda la región gallega (32).

(26) Lugar de la provincia de Pontevedra. término municipal de Puenteáreas.

(27) Municipio de la provincia de Pontevedra.

(28) El mejorado tiene, además, la curiosa obligación de dejar que los hermanos que con él vivan críen un cerdo o una ternera mantenidos con las hierbas de la casa.

(29) Debemos la noticia de esta fórmula al Notario de La Coruña D. Juan F. Royo.

(30) *La compañía familiar gallega*, La Coruña, 1898, pág. 45.

MOUTON, op. y loc. cit., refiere la costumbre a algunas localidades de la provincia de Lugo, y más principalmente a Carballo.

(31) Op. cit., pág. 113.

(32) "Ha venido sentándose como tópico, sin duda porque hay más afición a copiar y rapsodiar que a hacer investigaciones propias, que tal institución sólo se conocía en tierras de Bergantiños, Lalín, Cotovad y otros pueblos, cuando lo cierto es que en toda la región existe el hecho, diferenciándose solamente en que en unas partes la designación se hace por capitulaciones matrimoniales y en otras

V. Rentas en saco en lugar de la legítima

Cuando hablamos de rentas en saco, llamadas también rentas *sisas* o foros frumentarios, conviene separarlas en dos grupos, pues mientras unas constituyen verdaderos censos frumentarios (33), las otras representan derechos legitimarios, sea que las hayan recibido las hijas al contraer matrimonio, sea que provengan del ejercicio del derecho de labrar y poseer, o del cumplimiento de los foros de pacto y providencia, o sea que alguno o algunos de los coherederos hayan convenido en abstenerse de participar en los inmuebles de la herencia a cambio de una pensión de ese género (34).

De las rentas en saco a cambio de la legítima ordenadas por el testador, puede decirse con AGUILERA Y ARJONA (35) que burlan el Código civil y mantienen en la práctica la libertad de testar, conservando el patrimonio en manos del petrucio.

En ellas se da el supuesto que describe AGUILAR Y GARCÍA: un heredero hace suyos los bienes que corresponden al coheredero en pago de su legítima, constituyéndose en él la obligación de entregar el capital que equivale al valor de los dichos bienes, según fueron apreciados en las operaciones particionales; pero el capital no lo entrega, sino que lo *impone* sobre los mismos bienes que por este medio adquirió, o sobre otros de su propiedad, y de aquí procede la renta (36).

Discutida en algún tiempo la naturaleza de estas rentas, en las que se veía una manifestación del foro, los autores modernos las clasifican entre los censos. GUSTAVO LA IGLESIA entiende que son verdaderos censos consignativos (37). PÉREZ PORTO afirma que en muchos casos guar-

por testamento, pero coincidiendo siempre en lo esencial" (GARCÍA RAMOS, *Estilos*, pág. 42).

(33) En su origen, aparecen como un medio hábil de eludir las leyes recopiladas que redujeron a bajo precio el interés de los censos consignativos y prohibieron constituir pensiones en especie. El propietario que necesitaba dinero, transmitía su finca al prestamista, y éste se la devolvía en concepto de foro, reservándose el derecho a una pensión en frutos (pan, aceite, vino, leña tocino, gallinas, trigo, etc.). Se llamaron foros frumentarios, porque lo eran en apariencia, y rentas en saco, porque el perceptor las recogía así en el domicilio del pagador. En realidad, eran un foro simulado y un censo consignativo disimulado. Ya antes del Código civil proclamó su validez el Tribunal Supremo, en la sentencia de 16 de septiembre de 1860. Hoy son válidos por la libertad de pacto, en lo que no contravengan a la ley de usura de 1908. Las anteriores son redimibles según el Real Decreto de 25 de junio de 1926.

(34) PÉREZ PORTO, *Memoria*, pág. 72.

(35) Galicia.—*Derecho consuetudinario*, Madrid, 1916, pág. 23.

(36) AGUILAR Y GARCÍA, *El contrato y el derecho real de foro*, Madrid, 1911, pág. 135. Advierte CASTÁN que la finalidad a que tienden estas rentas, que no es otra que la de mantener la indivisión del patrimonio, se obtiene en otras regiones españolas por el medio menos complicado de pagar el heredero una dote o cantidad a los legitimarios, sin gravar el patrimonio con pensión alguna (*Derecho civil foral*, 2.ª ed., Madrid, 1932, pág. 250).

(37) *Derecho foral español*, Madrid, 1903, pág. 654, nota 1.

dan la mayor analogía con el censo reservativo (38). Y AGUILAR Y GARCÍA puntualiza que hay en ellas un censo reservativo, al sujetar a pago de pensión los bienes que cedió el censalista, y un censo consignativo, al imponer sobre una heredad el capital equivalente a la legítima y representado por la pensión; pero lo que en ninguna manera aparece en ellas es el foro (39).

Adviértase que, en todo caso, representan para el legitimario un crédito garantizado por medio del censo y reintegrable a voluntad del mejorado, ya que pueden redimirse en todo momento al amparo de los artículos 1.658 y 1.662 del Código civil (40).

VI. Formas de la mejora

La mejora de labrar y poseer se constituye—como indica MOUTÓN OCAMPO—de dos formas: o cuando el padre no puede materialmente continuar en la dirección de los negocios de la casa familiar, por razón de edad o enfermedad, o en el acto de contraer matrimonio el hijo mejorado; en uno y otro caso, el descendiente heredero conserva a la muerte de su padre íntegramente las propiedades de sus mayores, que procurará aumentar, tanto por su propio interés cuanto por las atenciones que debe a sus hermanos (41).

Lo ordinario es que la mejora se ordene en testamento, y entonces se acostumbra a señalar los bienes por que ha de comenzar a percibirse la mejora, que suelen ser, como antes dijimos, la casa petrucial, con sus dependencias, asiento, bienes muebles, semovientes y determinadas fincas, que, naturalmente, en el caso de que ello pertenezca a los cónyuges, lo completan disponiendo en sus testamentos de su respectiva participación (42).

La institución de este tipo ofrece las ventajas que le otorga el artículo 829 del Código civil, pues si el valor de la mejora excede del tercio destinado a ella y de la parte de la legítima correspondiente al

(38) *Memoria*, pág. 78.—De igual opinión es HERVELLA, *Las comunidades familiares*, pág. 125.

(39) *Op. cit.*, pág. 135.

(40) Y esto aún antes del Código civil. Vid. BARRACHINA Y PASTOR, *Derecho foral español*, II, Castellón, 1912, pág. 278.

(41) *Op. cit.*, II, pág. 242.

(42) Es de carácter general y frecuentísimo que otorguen los cónyuges testamento en el mismo día, y que tengan la creencia de que es posible otorgarlo en un solo documento, extrañándoles que ésto no pueda ser así. Este hecho tan frecuente y esta creencia casi popular podría servir de base como me indicaba el Notario de El Ferrol D. Rafael López de Haro, para apoyar la admisión en Galicia del testamento mancomunado. A veces se lamenta en la región la imposibilidad legal de tal testamento, por el que se llevaría a efecto mucho mejor la voluntad de los testadores, pues con los testamentos separados se llega casi a la desheredación total de algunos hijos por uno de los cónyuges cuando recibe su herencia en bienes del otro cónyuge. Es de advertir que sólo un 4 por 100 de los paisanos hace testamento separadamente, y en estos casos es cuando no se lleva bien el matrimonio.

mejorado, queda éste facultado para abonar la diferencia en metálico a los demás herederos.

Pero por el carácter revocable del testamento deja sin garantía al mismo mejorado, como se ve en el siguiente caso, que nos relataba el Notario de Corcubión don Rafael García Hernández. Una viuda mejora a su hijo A, al que buscó esposa y tenía viviendo en la casa, donde continuó por espacio de treinta años; el mejorado y su esposa consagraron su vida al trabajo de las tierras de su madre, hasta que llegaron las querellas de suegra y nuera, cuando aquélla pasaba de los ochenta y cinco años. Quejosa la suegra, marcha a casa de su hija B, casada mucho antes y con hombre de posición, con el que formó su casa de labradores, independientemente de la de su madre. Esta revoca la mejora que hiciera treinta años antes, y en el testamento mejora a su hija B. Un mes después muere la madre: A queda en la pobreza, viendo cómo los bienes a que dedicó su vida son heredados por su hermana B, que casó bien y se hizo un porvenir independientemente. Todas las reclamaciones de A se presentan confusas e inseguras, pues la sociedad familiar gallega carece de ambiente en Corcubión.

Por eso, a veces se acude a la donación inter vivos a título de mejora, pensando que puede ser el único remedio para poner a los hijos al resguardo de la probada veleidad paterna. Solución que suele aconsejarse también, porque así se suaviza mucho la falta de titulación auténtica en esas comarcas, pues un testamento no supone nada en este sentido y una donación equivale, en todo o en parte, a una partición en documento público, a la que rara vez se acude (43).

Con todo, y aun en el caso de entregar ya en vida los bienes al donatario, el peligro de revocación no desaparece, si se interpreta el artículo 827 del Código civil en el sentido de que permite privar a la donación de su carácter de mejora, convirtiéndola en donación común. imputable, por tanto, al tercio de legítima estricta y al de libre disposición, pero no al de mejora (44).

Mejor solución es otorgar la mejora en capitulaciones matrimoniales, del modo que se practica en Asturias, como se ve en la siguiente cláusula de las capitulaciones otorgadas por los labradores de Fontaniella Manuel Menéndez Meras y su esposa María Díez Menéndez con su hija Oliva:

“Don M. M. M. y doña M. D. M., en atención al proyectado matrimonio, mejoran a su hija la doña Oliva Menéndez Díaz con la tercera parte de todos los bienes, derechos y acciones que cada uno de ellos tiene en la actualidad. Dichas mejoras de presente surten sus

(43) En algún punto, sin embargo, como en Villalba, según testimonio del Notario de dicho distrito, D. Demetrio Méndez, es corriente la partición de la herencia otorgada en el mismo testamento, o en contrato celebrado por los cónyuges, los cuales en el mismo día otorgan testamento aprobando la partición de la herencia hecho en documento protocolado.

(44) FUENMAYOR, *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1941, págs. 136 y siguientes, y *La mejora en el sistema sucesorio español*, Coimbra, 1946, págs. 24 y siguientes.

efectos desde ahora como donación inter vivos, pero quedan subordinadas a la condición de que la mejorada ha de vivir en unión y compañía de los mejorantes, y de no cumplir doña Oliva la anterior condición, las mejoras quedarán sin efecto" (45).

Garantizados los padres por el juego de la condición resolutoria, lo queda también el mejorado por la irrevocabilidad de la mejora otorgada en capitulaciones matrimoniales (artículo 827, C. c.). Pero como en Galicia se desconocen casi en absoluto las capitulaciones matrimoniales, los hijos tratan de evitar la revocabilidad de las mejoras testamentarias, forzando a sus padres a que se las otorguen por medio de compraventas simuladas, que encubren verdadera donación, procedimiento indirecto no exento de riesgos para los padres e incluso para los mismos hijos.

GARCÍA RAMOS nos dice que algunas veces los padres hacen venta ficticia a favor del electo petrucio de la porción de bienes equivalentes a la mejora, reservándose el usufructo o imponiendo al comprador la obligación de tener a los vendedores en su compañía, alimentarlos, vestirlos, asistirlos en sus enfermedades y funerarlos (46).

En ocasiones, se llega más lejos todavía. LEZÓN nos habla de la costumbre, muy generalizada entre las familias rurales, por virtud de la cual el padre, una vez llegado a la decrepitud, cuando comienza a rendirse al peso de los años y a imposibilitarse para las faenas del campo y para la gestión de los negocios e intereses de su familia, otorga una donación inter vivos de todo su caudal a favor de sus hijos, con la obligación por parte de éstos de contribuir con una módica pensión o congrua, que no gravita como carga real sobre los bienes inmuebles así transmitidos, sino que ostenta el carácter de una obligación meramente personal, quedando, por ende, sin eficaces garantías su cumplimiento y fiado tan sólo a la buena fe y al cariño de los descendientes (47).

En los casos de emigración principalmente, se acude a la compraventa simulada, como sanción al olvido de la familia por parte del emigrado, y premio al trabajo para la casa al que queda. Siempre se efectúa por medio de venta por documento privado, y esto después de hacer testamento, en cuyo otorgamiento se les ha informado de la imposibilidad de desheredar por ese solo hecho. En alguno de esos contratos privados de compraventa se impone al comprador la condición de alimentar y asistir al vendedor y costear sus funerales, sancionando con la revocación de la venta para el caso de incumplimiento; en alguno se llegó a hacer constar que la venta comprendía, además de inmuebles, "los muebles que existiesen en la habitación del vendedor en el momento del fallecimiento de éste".

Estas donaciones encubiertas no ofrecen en verdad ninguna garan-

(45) Debemos la noticia al profesor de la Universidad de Oviedo D. Rafael Fernández Martínez.

(46) Op. cit., pág. 43.

(47) Op. cit., pág. 113.

tía para el descendiente favorecido, por cuanto, realizadas con objeto de burlar los derechos legitimarios de los demás herederos forzosos del otorgante, rebasan el área de los contratos simulados y penetran en el campo de los negocios ilícitos, con lo que adquieren el carácter de absolutamente nulas, según ha declarado terminantemente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de abril de 1946, siguiendo el criterio que ya habían apuntado las de 28 de octubre de 1897, 12 de noviembre de 1920 y 19 de mayo de 1932 (48).

VII. Instituciones afines

Para apreciar el valor de la mejora de labrar y poseer y las razones que nos mueven a defender la subsistencia de esta institución tal como se practica en las costumbres gallegas, nada mejor que señalar sus afinidades con otras instituciones, que se citan con elogio, de países extranjeros y de otras regiones forales españolas.

Aludiremos, en primer término, al *Anerbenrecht* germánico, *homestead* norteamericano, asilo de familia suizo, *bien de famille* francés (49), y a ciertas reglas dictadas por diversos países para salvaguardar los pequeños patrimonios campesinos de los perjuicios de la excesiva parcelación provocada por el sistema igualitario de partición entre los descendientes.

En Alemania tuvo gran aplicación el *Anerbenrecht*, ideado por STEIN (1807), partiendo de costumbres de antiguo vividas en varias regiones (50), y extendido a diversos estados alemanes con leyes y modalidades diferentes (51). La institución, conocida también bajo el nombre de *Höferecht*, ofrecía como única especialidad asegurar la

(48) AGUILERA Y ARJONA, op. cit., pág. 28, afirma que esas ventas simuladas de todos los bienes en favor del petrucio burlan en parte el sistema de legítimas. Sobre su nulidad, vid. FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, en "Anuario de Derecho civil". I, 1948, págs. 51 y sigs.

(49) Entre nosotros, han dado noticias sobre las instituciones extranjeras protectoras del patrimonio familiar CÓRDOVA DEL OLMO, *El patrimonio familiar inembargable*, Valladolid, 1922; IGNACIO SERRANO, *El Fuero del Trabajo.—Doctrina y comentario*, Valladolid, 1939, págs. 260 y s., y ENRIQUE ANTÓN CANO, *El patrimonio familiar agrícola*, Murcia, 1945, págs. 24 y s.

(50) Sobre la evolución del Derecho agrario alemán: HEDEMANN, *Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, II, *Das Bodenrecht*, vol. I y 2, 1930 y 1935; STOLL, *Deutsches Bauernrecht*, Tübingen, 1938, págs. 15 y s.; WIEACKER, *Bodenrecht*, Hamburgo, 1928, págs. 13 y s., y MOLITOR, *La legislazione agraria prussiana e tedesca ed in particolare la legge sul fondo ereditario*, en "Rivista di Diritto Agrario", XIV, 1935, págs. 525 y s.

(51) Vid. BAERNREITHER, *Das Stammgüter-system und das Anerbenrecht*, 1882; MIASKOWSKI, *Das Erbrecht und die Brundeigentumsvertheilug im Deutschen Reich*, 1882-1884; FROMMHOLD, *Die rechtliche Natur des Anerbenrechts*, 1886; BRENTANO, *Anerbenrecht und Grundeigenthem*, 1895; FROMMHOLD, *Deutsches Anerbenrecht*, 1896; DULTZIG, *Das Deutsche Grunderbrecht*, 1899; y el artículo *Hoferecht*, publicado en la "Enciclopedia jurídica Española", XVIII, páginas 253 y s.

transmisión de los bienes del campesino en favor de uno solo de sus herederos, que por eso era llamado *Anerbe*, pero sin alcanzarle las ideas de inalienabilidad e inembargabilidad.

El fundo se atribuye íntegramente al *Anerbe*, con sus accesorios. ganado, instrumentos de labranza, frutos recogidos, mobiliario de la casa, etc., y a sus hermanos y hermanas corresponde una legítima (*Bruder und Schwestertaxe*) moderada por la Ley, de modo que aquél pueda fácilmente soportar esta carga sin gravarse con deudas excesivas. En virtud del privilegio que se otorga al *Anerbe*, le alcanza una porción mayor del fundo, y es el legítimo administrador del mismo, hasta que pague las cuotas a los coherederos (52), los cuales pueden permanecer en el fundo en tanto no se les pague. Los menores permanecen hasta su mayoría de edad, y el *Anerbe* es usufructuario de sus cuotas. Al cónyuge supérstite se le asegura una posición equitativa.

Aunque se discute sobre el origen de la institución (53), la doctrina dominante la hace derivar de la indivisibilidad impuesta antiguamente para proteger los intereses de los señores feudales, que exigían en los contratos de arrendamiento y otros semejantes otorgados con los campesinos que los bienes pasaran a uno solo de los hijos del arrendatario o colono.

El movimiento de defensa y extensión del *Anerbenrecht* fué favorecido por las asociaciones de campesinos, que se multiplicaron en Alemania durante el siglo XIX, desde la fundación, en 1862, de la famosa *Westphalischer Bauern-verein*, creada y presidida por el célebre Barón de Schorlemer-Alst. Estas asociaciones, de carácter católico en su mayoría, tenían por fin la protección de la propiedad rural. Su labor fué acogida con gran simpatía por los católicos de otros países (54).

La Ley de introducción al Código civil alemán dispuso en su artículo 64 que no se alterarían las disposiciones de las Leyes locales relativas al *Anerbenrecht*. Pero estas Leyes fueron derogadas por la de 29 de septiembre de 1933 sobre fundos hereditarios (*Reichserbhofgesetz*) (55).

Por virtud de esta Ley, que recoge en esencia la vieja costumbre sucesoria alemana, la institución recibe, en algún aspecto, nuevos perfiles (56). Así, el fundo agrícola es, en principio, inalienable e inembargable (§§ 37, 38, 39 y 59).

(52) Las leyes de 8 de junio de 1896 y 2 de julio de 1898 establecieron en ciertas regiones—Posen, Westfalia y algunos distritos renanos—que el valor del fundo se calcularía capitalizando al 4 por 100 las rentas que produjera, y que los demás herederos sólo podrían exigir al *Anerbe* sus cuotas en rentas pagaderas en metálico, para evitarle la situación comprometida en que podría encontrarse si tuviera que pagar el capital.

(53) Equivocadamente, le atribuye origen democrático Süss, *Le homestead*, Genève, 1905, pág. 38.

(54) ROGUIN, *Traité de Droit Civil Comparé, Les successions*, II, París, 1908, págs. 20 y 23.

(55) El texto completo de la ley puede verse en "Annuaire International de Legislation Agricole", XIII, Roma, 1934, págs. 955 y s.

(56) Vid. WÖHRMANN, *Das Reichserbhofrecht*, 2.ª ed., Berlín, 1934; SCHAFF,

A tenor de lo establecido en los §§ 19 y siguientes, el fundo hereditario se sujeta a un ordenamiento sucesorio especial, indispensable para lograr la indivisibilidad y la atribución exclusiva del fundo cuando existen varios herederos de igual derecho según el Código civil. El citado ordenamiento sustituye por entero la sucesión legal y testamentaria del Código civil, que ni siquiera entra en juego cuando se agota el ordenamiento sucesorio especial del § 20 de la Ley, comprensivo sólo de la primera parentela. Entonces, según el § 25, la designación del *Anerbe* se realiza por disposición del *Bauer* y, en su defecto, por el jefe de los campesinos. El *Bauer* puede también, en todo caso, realizar por sí la designación si ello era costumbre en la región al entrar en vigor la Ley.

El de cuius puede disponer que la administración y el usufructo del fundo recaiga en el padre o en la madre del *Anerbe*, más allá, incluso, de su mayoría de edad, pero sólo hasta que aquél alcance los veinticinco años (§ 26).

Los demás descendientes del de cuius reciben alimentos y educación apropiada en la casa, mientras son coherederos o causahabientes, hasta su mayoría de edad. Deben recibir también formación profesional correspondiente a la situación de la casa. Al emanciparse—y si se trata de mujeres, al contraer matrimonio—el *Anerbe* ha de entregarles un peculio, si lo permiten los medios de la casa, peculio que puede también consistir en facilitarles lo suficiente para que obtengan un fundo de colonización (*Sidlerstelle*). Si caen en la pobreza sin culpa suya, pueden, incluso en momento posterior, encontrar refugio en la casa a cambio de prestar un trabajo adecuado (refugio en el hogar familiar) (57). Este derecho corresponde también al padre y a la madre del de cuius cuando son coherederos o causahabientes (§ 30).

Caracteres distintos presenta el *homestead* norteamericano (58), establecido en Texas por la Ley de 26 de enero de 1839 (59) y exten-

Das Reichserbhofrecht, Berlín, 1934; GÜLAND, *Das Reichserbhofrecht*, Berlín, 1935, e ISELE, *Familie und Familienerbe*, Tübingen, 1938.

Una buena síntesis de la ley alemana y de sus antecedentes puede leerse en THALHEIM, *Política agraria*, trad. esp., Barcelona, 1939, págs. 26 y s. Cfr. también HOPP, *El Derecho alemán de las fincas vinculadas*, en "Información Jurídica", núm. 16 y 17, 1942, págs. 21 y s.

(57) Vid. BUROHOFF, *Die Heimatzuflucht nach dem Reichserbhofgesetz*, 1934.

(58) Vid. WAPLES, *A treatise on Homestead and exception*, Chicago, 1893; SANTAGELLO SPOTO, *La legislazione civile e i beni di famiglia in rapporto all'homestead ed al hofrecht*, Caserta, 1894; SALEILLES, *Le homestead aux Etats Unis*, París, 1895; BUREAU, *Le homestead*, París, 1895; URTOLLER, *La piccola proprietà in rapporto al miglioramento dello stato dei coltivatori e l'homestead*, Bologna, 1895; CORNIQUET, *L'insaisissabilité du foyer de famille aux Etats Unis*, París, 1894; SUSS, *Le homestead ou bien de famille*, Genève, 1905. Vid. también ADOLFO A. BUYLLA, *El homestead*, en "La Administración", II, 3.ª época, págs. 474 y siguientes; *Homestead*, en "Enciclopedia Jurídica Española", XVIII, págs. 265 y siguientes, y MUÑOZ MORALES, *Apuntes sobre el derecho de "homestead"*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico", sept.-oct. 1934.

(59) Nos referimos al *homestead* de los Estados particulares, pues con el mismo nombre se conoce una institución federal por la que todo ciudadano nor-

dido por numerosas Leyes posteriores a otros Estados de la Unión Americana del Norte e incluso a países de América del Sur (60). Su misma terminología indica la finalidad de la institución (*Home* = casa, hogar, y *stead* = lugar). Por virtud del privilegio de relativa inembargabilidad y de inalienabilidad condicional, la casa habitada por la familia, con la tierra que le circunda (61), pierde su carácter de propiedad individual y se convierte en propiedad colectiva de la familia. El padre no puede enajenarla ni hipotecarla sin el consentimiento del cónyuge y de los hijos mayores. Salvo excepciones, no puede ser ejecutada por los acreedores. De tal modo la familia campesina cuenta con un refugio intangible en caso de reveses que obliguen a enajenar el resto del patrimonio. Con la muerte del padre, no se abre la sucesión. Permanece indiviso para la familia restante (62). Los hijos gozan del privilegio del "homestead" hasta su mayoría de edad, y la viuda en todo caso. Al cesar el privilegio, no se aplica la idea de transmisión íntegra del fundo, pues el inmueble se divide entre los hijos según las normas del Derecho común de sucesiones.

El Código civil suizo regula en líneas generales los asilos de familia (*Heimstätte*), cuya fundación permite a los cantones (arts. 349 y siguientes). El asilo comprende un fundo agrícola o industrial, o una casa con sus accesorios, inalienable e inembargable, y que debe ser explotado directamente o habitado por el propietario o su familia, con la peculiaridad de que, en caso de insolvencia, se somete el inmueble a la administración de un "gerente", que, respetando su destino, procura amparar a los acreedores en sus intereses. La autoridad puede obligar al propietario a dar asilo a sus parientes en línea recta, y a sus hermanos y hermanas cuando lo necesiten si no se han hecho indignos de tal protección.

Por otra parte, el mismo Código establece la sucesión íntegra de la hacienda agrícola, cuando constituye una unidad económica, por el valor correspondiente a su renta, en favor de aquel de los herederos que

teamericano que desee fundar un establecimiento familiar tiene derecho a una extensión determinada de tierra.

(60) Así, el "hogar doméstico" que regula el Código venezolano de 1904, y el "bien de familia" a que se refieren los arts. 70 a 73 del Código civil brasileño. Cfr. ALVES, *Código civil*, Río de Janeiro, 1927, pág. 70.

(61) Pero no los instrumentos de trabajo.

(62) En cierto sentido se asemeja a la institución de la *zadruga*, que constituye un tipo de propiedad familiar colectiva, pero más amplia en su objeto y mucho más influida por la idea de vinculación. Vid. PEISKER, *Die serbische Zadruga*, en "Zeitschrift für Sozial-und Wirtschaftsgeschichte", VII, 1900; NOVAKOVIC, *De la communauté familiale. La Zadruga*, París, 1905; PÉRITCH, *Opposition between communism and bourgeois democracy as typified in the serbian zadruga family*, en "Illinois Law Review", Chicago, 1922; IVSIC, *Les problèmes agraires en Yougoslavie*, París, 1926; PÉRITCH, *Istituti del Diritto civile jugoslavo relativi alla materia agraria*, en "Rivista di Diritto Agrario", XI, 1932, páginas 473 y s.; ZDENKO VINSKI, *Die südslavische Grossfamilie in ihrer Beziehung zum asiatischen Grossraum*, Zagreb, 1938, y SICARD, *La zadruga sudslave dans l'évolution du groupe domestique*, París, 1943.

esté en condiciones de recibirlo y así lo solicite. Es de notar la facultad atribuída al adjudicatario por el artículo 624 de pagar la cuota de los coherederos, en ciertas circunstancias, por medio de "lettres de rente successorales" exigibles en el plazo de diez años, lo que le permite extraer del inmueble los medios necesarios para saldar dicha deuda (63).

El *bien de famille* se introduce en Francia por la Ley de 12 de julio de 1909, modificada por las de 14 de marzo de 1928 y 22 de febrero de 1931. Son inembargables tanto el bien familiar como sus frutos, salvo por los créditos anteriores a su constitución y por otros posteriores, como, por ejemplo, los de alimentos. Puede comprender una casa o porción de ella, o una casa y las tierras colindantes o vecinas, o una casa con tiendas y utensilios, ocupadas o explotadas por una familia de artesanos. El valor de dicho bien, comprendidos todos sus anejos, no puede sobrepasar de 40.000 francos (64).

El principio del pago de la reserva hereditaria "in natura" acogido por el Código civil francés (65) es modificado, para las pequeñas haciendas agrícolas, por dos disposiciones de 1938.

La Ley de 7 de febrero de 1938 remoja la división del ascendiente (*partage d'ascendants*), mediante la cual el de cuius puede transmitir íntegramente—por donación o testamento—la explotación agrícola en favor de uno de sus descendientes. Los demás reservatarios sólo pueden exigir una indemnización en metálico (66).

Pero con esto no se resolvía el problema en los casos en que el ascendiente no hubiera ordenado su sucesión. El D. L. de 17 de junio del mismo año dispuso que pudiera atribuirse toda la explotación agrícola "que constituya una unidad económica", si así lo solicitan, al cónyuge o a un heredero copropietarios, siempre que residan en el lugar de la explotación al morir el causante y que, además, dirijan las labores o participen en el cultivo de la tierra. Permite, también, oponerse a la partición mientras exista un menor, lo que autoriza a la viuda a continuar viviendo en el lugar de residencia del matrimonio hasta la mayoría de edad de los hijos (67).

(63) Vid. CHENON, *De la transmission integrale des exploitations agricoles ou industrielles dans le droit suisse*, París, 1902; SALEILLES, *La partage et la transmission integrale dans le code civil suisse*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil" VIII, 1909 págs. 537 y s., y BOREL, *Le Droit successorale paysanne du Code civil suisse*, Brugg 1926.

(64) Vid. POGNY, *Le bien de famille en France*, París, 1900; DUCÉ DU BRICTOURT, *Origines de la conception française du bien de famille*, París, 1903; PRANARD ET MANGOT, *Le bien de famille insaisissable*, París, 1910; MEUNIER, *La maison et le bien familial*, París, 1926, y VOIRIN, *Les caracteristiques essentielles de la législation agricole en France*, en "Rivista di Diritto Agrario", XI, 1932, pág. 184.

(65) Vid. WEIL, *Le droit des héritiers à leur réserve en nature*, París, 1934, y JEANTET, *Le droit à la réserve en nature*, París, 1929.

(66) Cfr. VOIRIN, *Commentaire de la loi du 7 février 1938*, en "Les lois Nouvelles", 1938, pág. 35.

(67) Cfr. CHAVEAU, *Commentaire du Décret-loi du 17 juin 1928*, en "Journaux des Notaires et des Avocats" 1938 art. 39, 866 y VOIRIN, *Commentaire du Décret-loi du 17 juin 1938*, en "Les lois Nouvelles", 1938, págs. 318 y s.

En Italia, donde se hicieron esfuerzos, sin resultado, antes de la guerra europea, para introducir el "bien de familia" (68), se crea en el nuevo Código civil la institución del "patrimonio familiar", que ofrece a nuestro objeto poco interés (69).

En la misma dirección de los ordenamientos a que nos hemos referido anteriormente, se encuentra la Ley italiana de 3 de junio de 1940: dictada sólo para los fundos asignados a los labradores por la vía de la colonización interior, significa, aunque tímidamente, un estimable esfuerzo para lograr la indivisibilidad de los fundos que se consideran como unidades de cultivo (70).

Pero, sobre todo, ofrecen interés las propuestas para evitar el gravamen que representa para el adjudicatario del fundo el pago inmediato a los coherederos del valor de su cuota.

La Comisión de la Asamblea Legislativa, al informar sobre el proyecto de Código civil (Libro de las sucesiones y donaciones) sugirió la siguiente medida:

Estas disposiciones recibieron mayor alcance por las leyes del Mariscal Petain: una de 20 de julio de 1940, que eleva a 400.000 francos el límite máximo de las haciendas protegidas, y otra de 15 de enero de 1943, que acepta como módulo la unidad económica que permite vivir a una familia de agricultores con uno o dos criados.

La ley belga de 16 de mayo de 1900, sobre el régimen sucesorio de las pequeñas herencias, dispone que cuando se trata de un pequeño inmueble dedicado a vivienda, o de una pequeña propiedad rural, el cónyuge superviviente copropietario o los herederos en línea recta, pueden quedarse con el mismo, previa su estimación, e indemnizando a los otros copropietarios.—Vid. PIRET, *El régimen sucesorio belga*, en "Revista de Derecho Privado", XXXII, 1948, pág. 546.

En Alsacia-Lorena, el art. 73 de la ley de 1 de julio de 1924 autorizó la transmisión íntegra de la explotación rural industrial o comercial en favor de uno solo de los herederos en línea recta del difunto. Si su valor excediere de la cuota disponible, los reservatarios tienen sólo un derecho de crédito. Vid. BLASS, *De la transmission héréditaire intégrale d'une exploitation en Alsace-Lorraine*, Paris, 1927, y ALMERAS, *La transmission du patrimoine des parents a leurs enfants dans les familles rurales loseriennes*, Montpellier, 1934.

En el mismo sentido, el Código civil rumano de 8 de noviembre de 1939, con reglas especiales sobre la sucesión en la hacienda agraria, contenida en los artículos 811 y 813.

Sobre ordenamientos de otros países para asegurar la indivisión sucesoria de las pequeñas explotaciones agrícolas, WAUTERS, *La reforma agraria en Europa*, tradf. esp., Madrid, 1931, págs. 115 y s.

(68) Vid. sobre estos proyectos: LUZZATTI, *La tutela económica, giuridica e sociale della piccola proprietà*, Roma, 1913, y NEPPI-MODONA, *Il bene di famiglia insequestrabile e la piccola proprietà rustica*, Firenze, 1912.

(69) Sobre los caracteres que le distinguen de otras instituciones protectoras del patrimonio familiar, vid. CARRARA, *Gli sviluppi degli istituti giuridici interessanti l'agricoltura nella attività legislativa dei vari paesi nell'anno 1939*, en "Rivista di Diritto Agrario", XIX, 1940, págs. 229 y s. Cfr. también MONET, *El nuevo libro I del Código civil italiano*, en "Revista de Derecho Privado", XXIV, 1940, págs. 5 y s.

(70) Vid. D'AMELIO, *La piccola unità colturale indivisibile*, en "Rivista di Diritto Agrario", XX, págs. 1 y s.; TAMBORLINI, *La indivisibilità delle unità colturali*, en R. D. A., 1941, págs. 43 y s. y BASSANELLI, *Il problema della tutela giuridica della minima unità fondiaria*, en la misma Revista, 1941, pág. 245 y siguientes.

“Constitución de enfiteusis en lugar de reembolsos.—Con el consentimiento de los coherederos que, incluido el beneficiario, representen la mayoría de las cuotas hereditarias, o si circunstancias particulares hacen inaplicable o perjudicial el sistema de reembolso, la autoridad judicial puede ordenar que el fundo se constituya en enfiteusis a favor del beneficiario, fijando el canon de la enfiteusis, las modalidades del reparto del mismo entre los coherederos, y cualquiera otra condición o cláusula oportunas. Se aplicarán las disposiciones sobre la enfiteusis.”

Y el *Osservatorio Italiano di Diritto Agrario* (febrero de 1939), al estudiar el régimen jurídico de las unidades de cultivo de los entes de colonización, propuso que la autoridad judicial pudiera ordenar la atribución de la unidad de cultivo a dos o más de los coherederos, para que éstos la explotaran en común. Los demás coherederos, a no ser que existieran en la herencia otros bienes, muebles o inmuebles, con los cuales pudieran pagarse en todo o en parte sus cuotas, y salvo la facultad del beneficiario o beneficiarios de satisfacerlas en dinero, no pueden pretender que se les pague íntegramente antes de un plazo de diez años. Durante este tiempo el beneficiario tiene, en todo caso, la obligación de dar a los coherederos la cuota de la renta anual media correspondiente a la respectiva cuota hereditaria no satisfecha. Y en el artículo 5.º de su proyecto decía: “Pueden los coherederos establecer que la unidad de cultivo se atribuya al heredero elegido a título de enfiteusis. En caso de desacuerdo entre los coherederos, y siempre que exista acuerdo entre aquellos que, incluido el beneficiario, representen la mayoría de las cuotas hereditarias, decide la autoridad judicial, la cual fijará el canon de la enfiteusis, la modalidad del reparto del canon entre los coherederos y cualquiera otra condición o cláusula oportuna. Son aplicables las disposiciones sobre la enfiteusis” (71).

Si nos fijamos en los Derechos forales, también podremos comprobar notables analogías en muchas de sus instituciones con la mejora de labrar y poseer.

Bien ha podido recordar recientemente GARCÍA GRANERO que lo que en Cataluña y Aragón es el heredamiento, y en Navarra y Vizcaya la donación *propter nuptias*, en Galicia lo es el petrucio (72).

No había señalado ALONSO MARTÍNEZ que en Guipúzcoa, Aragón, Navarra y Cataluña se conserva y perpetúa del mismo modo y por idénticos procedimientos la familia, y con ella la unidad agrícola, la cual no se disgrega y se fracciona a pesar de la legítima y de las peticiones que tanto preocupan y tal espanto ponen en el ánimo de los jurisconsultos forales. El propietario guipuzcoano, por lo regular, organiza la familia al casar a su hijo mayor, ni más ni menos que el aragonés y el navarro; pero hágalo por este contrato o en testamento, es

(71) Cfr. D'AMELIO, loc. cit., págs. 6 y s.

(72) *Cotitularidad y comunidad "Gesammte Hand" o comunidad en mano común*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", XXII, 1946, pág. 518.—La analogía entre la mejora gallega y el heredamiento ha sido expresamente señalada por GARCÍA RAMOS *Estilos*, pág. 44, y MOUTON OCAMPO, op. cit., pág. 241.

lo cierto que designa siempre al *hereu*, a su sucesor en el caserío, al poseedor de esta unidad agrícola, que siempre se conserva entera y sin la menor desmembración (73). Para ello dispone las cosas de modo que pueda pagarse la legítima en dinero a sus otros hijos; y si hay algún díscolo que se opone a estas combinaciones de familia, usa de la facultad de mejorar al heredero del caserío en el tercio y quinto y hace las particiones por sí mismo. El hecho aparentemente anómalo de la uniformidad de la vida civil bajo el imperio de legislaciones antitéticas, concluye ALONSO MARTÍNEZ, encierra una gran enseñanza: la de que las costumbres influyen en la sociedad mucho más poderosamente que las leyes. Pero pronto veremos, al querer encontrar fórmulas respetuosas con el Código civil para dar cauce a todas las exigencias de la mejora gallega, que no siempre las leyes se hacen cargo de los matices que la realidad brinda a través del ajustado ropaje del Derecho consuetudinario (74).

Digamos, por último, que son los propios foralistas de otras regiones quienes advierten las semejanzas entre el heredamiento y las instituciones extranjeras antes señaladas (75).

(73) La elección del hijo para casa, nos dice LEAL RAMOS, es una costumbre arraigadísima en el hogar rural guipuzcoano, por cuya virtud el padre o la madre en sus testamentos o en el contrato matrimonial eligen al hijo que consideran más apto para seguir la labranza del caserío, que aunque lo llevan en arrendamiento, suelen sucederse en él distintas generaciones, y a ese hijo le hacen donación del caserío o lo declaran heredero; a los demás hijos, si existen otros bienes independientes del caserío y del ganado, les dejan esos bienes; de lo contrario, disponen que el "hijo señalado para la casa" les pase algún tanto o nada, según las circunstancias. A esta particularidad se debe, principalmente, el que no exista el problema de la tierra en Guipúzcoa, por hallarse equitativamente repartida, hasta el punto de que el mayor terrateniente de la provincia apenas si llega a pagar más de tres mil pesetas de contribución territorial por sus caseríos. (*Factores jurídicos y sociales del problema agrario*, en el volumen "Problemas agrarios de España. VIII curso de las Semanas Sociales de España", Madrid, 1936, página 122.)

(74) El fenómeno señalado por ALONSO MARTÍNEZ no reside justamente en la semejanza de las instituciones jurídicas agrarias, sino más bien en la conveniencia de que las leyes, al ordenarlas, recojan fielmente las costumbres que sí ofrecen gran parecido en tiempos y lugares diferentes, por responder siempre a intereses y necesidades permanentes.

Por eso ha podido decir PRIETO BANCES, en un sugestivo estudio sobre la casería asturiana, que ésta es "en cierto modo, la *hufe*, la *hide*, el *boof*, y, como ellos, corresponde a un tipo milenario de civilización agrícola" (*La casería asturiana*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", XVII, 1941, pág. 731).

(75) MARTÍN-BALLESTEROS hace un parangón entre la "casa aragonesa", el *homestead* norteamericano el patrimonio hereditario alemán regulado por la ley de 1933 y el patrimonio familiar del nuevo Código civil italiano, en su obra *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944, págs. 148 y s.—Por su parte, PALA MEDIANO, escribe: "la lectura de la *Reichserbhofgesetz* y de sus dos ordenanzas o Reglamentos (21 octubre y 21 diciembre, 1933), nos produjo fuerte impresión como españoles y aragoneses. Dentro de un marco de rigidez y disciplina netamente germánico nos pareció ver instituciones que viven intensamente en los usos convencionales de las montañas de Aragón" (*El patrimonio rural vinculado*, en el volumen "Primera semana de Derecho aragonés", Zaragoza, 1942, pág. 57).

Refiriéndose a los heredamientos catalanes, dice JOSÉ MARÍA DE PORCIOLES

VIII. Origen de la mejora gallega

Al ocuparnos del *Anerbenrecht* germánico, recogíamos la doctrina dominante acerca de su origen, que lo hace derivar de la exigencia impuesta por los señores feudales en los contratos agrarios para conseguir que los bienes pasaran a uno solo de los hijos del arrendatario o colono. Origen semejante podemos asignar a la mejora de labrar y poseer. Nos dice PÉREZ PORTO que ora revistiese el foro carácter hereditario, ora correspondiese a la clase de los llamados de pacto y providencia, la finca aforada, el grupo de tierras componentes de una explotación, el lugar acasurado, continuaban materialmente intactos al fallecimiento del poseedor: en un caso, porque debían pasar forzosamente a la persona que reuniese las cualidades de antemano señaladas en la escritura de constitución; en otro, porque, sin llegar a exigir condiciones especiales para entrar en el goce de los bienes aforados, se capitulaba que habían de andar en una sola cabeza y que la primera voz (el recipiente directo) nombraría la segunda (el sucesor único en el foral), y éste la tercera, y así sucesivamente hasta la terminación del plazo convenido. Cita, como ejemplo, los foros que en 21 de diciembre de 1582 otorgó el Monasterio de San Martín de Santiago a favor de Pedro Domínguez y su mujer, ante el escribano Juan das Pallas, relativos a los lugares de Condes de Suso y del Corgo, y los de 7 de abril de 1825 y 29 de octubre de 1827, respectivamente, autorizados por los escribanos D. Andrés Jacinto de Torres y D. Bartolomé Vietes. En cualquier supuesto, el hijo nombrado *voz*, o preferido para la sucesión en el foro, ordinariamente el *petrucio*, tenía cumplido con abonar a sus hermanos lo que valiese la parte de ellos en las mejoras, ya que la tierra era del dueño directo. Y tan encarnada estaba en todos esta solución, que si el padre, por circunstancias imprevistas, no elegía el sucesor, debían verificarlo, según las viejas prácticas, los herederos; y en último extremo el señor directo, pues sólo de ese modo se daba cumplimiento a lo pactado en la carta foral (76).

que está muy arraigada en el alma del pueblo y se estima indispensable la institución para aquellos patrimonios modestos que sin el esfuerzo del trabajo de sus poseedores no serían suficientes para atender las necesidades y exigencias de la vida. Los padres, en estos pequeños patrimonios, necesitan asociar a un hijo, que generalmente ha de ser el mayor—porque es el que estará antes en condiciones de trabajar— a fin de que, con la seguridad de que heredará todos los bienes de sus padres, les cuide y asista en su vejez, y atienda a sus hermanos en representación de sus padres. Aunque reconoce que fuera de estos casos—en que “como otros *homesteads* o *Anerbenrecht*, creados por el sentido jurídico y práctico del pueblo, se impone la transmisión íntegra del patrimonio familiar”—la institución atraviesa una fuerte crisis. (*Regim económico familiar al Baix-Urgell i Sorriá* en el volumen “Conferiencies sobre varietats comarcals del dret civil catalá” Barcelona 1934, pág. 190.)

(76) PÉREZ PORTO Memoria, págs. 94 y 95.—Indica PEDREGAL y CAÑEDO que el foro, en su origen fué como la formación de un grupo agrario, que daba gran consistencia a la unidad de la familia. El foro, que nació de la necesidad de ofrecer estímulo al trabajo para el cultivo de los campos, se completaba con las

Como advierte AGUILAR Y GARCÍA, el sucesor en el foro cedía en pago a los herederos otros bienes del caudal relicto, o, de no ser así posible, se comprometía a satisfacerles, en compensación, cierto canon anual (77).

También es fácil comprobar cierta idea de vinculación en la mejora gallega. Así, MURGUÍA nos dice que la costumbre que hoy se practica en Lalín era ya antiquísima en Galicia, a mediados del siglo xv. El curioso pleito que las dos poderosas casas de Monterrey y de Lemos sostuvieron hacia el año 1460, versa sobre una mejora de esta clase. En el año 1454 Lope Sánchez de Ulloa emancipó a su hijo mayor Sancho a la manera que aún lo hace el campesino de Lalín, su vecino y casi comarcano, mejorándolo en tercio y quinto y entregándole, en vida ya, los bienes de que le había hecho mejora. ¿Constituía ésta un mayorazgo? Esto es lo que se disputaba. Una de las partes sostenía que sí, porque cuando un caballero o persona cualquiera mejoraba a su hijo mayor o menor en tercio y quinto, "se acostumbra a decir que lo deja por mayorazgo y no porque lo sea ni quiera hacer ni haga y así lo da a entender la dicha escritura del testamento con las palabras que dicen por *cuanto e ó maor*. Es la costumbre, añade, en el reino de Galicia de inmemorial memoria a esta parte". A esto se replicaba que el mayorazgo no podía formarse sin permiso real, con arreglo a la Ley de Toro,

ventajas de la sociedad familiar, que, sin desatender los derechos de cada uno de los hijos, tendía a conservar unido el grupo de bienes que se consideraba necesario para el sostenimiento de la familia. (*Asturias.—Derecho de familia*, en el volumen "Derecho consuetudinario y economía popular", de COSTA y otros, II, Barcelona, 1902, pág. 104.)

HINOJOSA nos dice que "debió su origen la sucesión individual, principalmente en Cataluña, como en Alemania, Inglaterra y algunas comarcas de Francia al interés del propietario, o señor directo de la tierra, en que no se fraccionaran los predios que daba en arrendamiento perpetuo, para que los arrendatarios pudieran pagar mejor los censos y ejecutar las faenas agrícolas a que estaban obligados. El propietario imponía como condición al colono la indivisibilidad del predio, no sólo para asegurar mejor la renta y el desempeño de las faenas o labores, sino también para evitar las discusiones que se originasen si en vez de uno eran varios los que debían prestarlas. Como la división del predio podía tener por consecuencia el acrecentamiento de las faenas en las tierras del señor, tampoco convenía a los colonos esta división. Se comprende por tanto, que aceptasen sin dificultad la condición de ser uno solo el heredero". (*El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, págs. 160 y 161, Madrid, 1905.)

Merece citarse, por su analogía con lo que venimos exponiendo, una disposición del fuero de Asturias incluida en la recopilación de 1781: "Porque la división de *caserías* entre muchos hijos del llevador de ellas es perjudicial a todos, pues no queda ninguna labranza suficiente, se ordena que las que son de arriendo no pueden repartirse y que haya de suceder en el derecho del mismo arriendo el hijo que el padre señalase con aprobación del dueño o afianzado, el pariente más cercano que esté desacomodado, en caso de morir sin sucesión y *abintestato* el casero" (Ordenanzas para el Gobierno de la Junta General del Principado de Asturias y su Diputación, Tit. XI, cap. 91). Recoge esta disposición MANUEL PEDROSO en sus notas a WYGODZINSKI y SKALWEIT, *Economía y Política Agraria*, Barcelona, 1930, pág. 69.

(77) Op. cit., pág. 96.

mas los que defendían que mejora y mayorazgo era lo mismo en Galicia, concluye MURGUÍA, estaban dentro de la Ley del país, como se ve por la costumbre de Lalín, por más que la mejora no constituya mayorazgo, a la manera que hoy la entendemos (78).

Que las cosas ocurrían así efectivamente, nos lo dice la queja de JOVELLANOS, en el informe que elevó al Real y Supremo Consejo de Castilla, a nombre de la Sociedad Económica de Madrid, en el expediente de Ley Agraria: "La Ley del Fuero—decía—, dispensando el derecho de mejorar, quiso que los buenos padres pudiesen recompensar la virtud de los buenos hijos. La de Toro, permitiendo vincular las mejoras, privó a unos y a otros de este recurso y este premio, y robó a la virtud todo lo que dió a la vanidad de las familias en las creaciones futuras. ¿Cuál es, pues, el favor que hizo a la nobleza esta bárbara Ley? ¿No es ella la que abrió la ancha puerta por donde desde el siglo XVI entraron como en irrupción a la hidalguía todas las familias que pudieron juntar una mediana fortuna? ¿Y se dirá favorable a la nobleza la institución que más ha contribuído a vulgarizarla?" (79). Esa aspiración general de vincular los bienes, por afán casi siempre de conservar y de acrecer el lustre del nombre familiar, respondía a razones más bien económicas en el caso de los campesinos.

¿Acaso no se defiende en nuestro tiempo la vinculación agrícola como único remedio contra los excésos de las particiones hereditarias?

Frente al fideicomiso medieval, de carácter nobiliario, SANTANGELO SPORO, a fines del siglo XIX, nos habla de un fideicomiso democrático (o *fin de siècle*), cuyo fin es: reconstruir la pequeña propiedad campesina para asegurar su conservación y con ello la independencia de la familia, defendiéndola contra la excesiva libertad del jefe y las especulaciones ruinosas, contra la pulverización sucesoria y contra la absorción por la gran propiedad (80).

JEANTET afirma que se ha mantenido el principio de la conservación de los bienes en la familia, pero abandonando la vieja idea de perpetuar el nombre. Hoy se confunde con la enemiga a que se desmembre las explotaciones: la razón económica ha sustituído al principio nobiliario (81).

Y entre nosotros, OTERO VALENTÍN escribe: "La vinculación histórica y el amayorazgado no satisfacían más que la vanidad de la familia, de ahí que fueron hasta perjudiciales para los beneficios de posible obtención, y disfrutaba el patrimonio quien ni sabía las fincas

(78) MURGUÍA op. cit., págs. 38 y 39.

(79) *Obras de Jovellanos*, VII, Barcelona, 1839, pág. 100.

(80) *Il fidecommesso democratico* en "Archivio Giurídico", LIII, 1894, página 490.—Por su parte BESTA habla de fideicomiso agrícola, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, pág. 99; y refiriéndose a Hungría, IHRIG describe tres especies de *cuasi fideicomisos rurales* (*Kriegsgut*, bien de guerra, para inválidos; *Heldengut*, bien para héroes, destinado a los ex combatientes, y *Familiengut*, bien de familia), con reglas sucesorias que permiten asignarlos a un solo heredero (*La política fondiaria ungherese nei suoi rapporti col diritto privato*, "Rivista di Diritto Agrario", XII, 1933, pág. 31).

(81) Op. cit., pág. 152.

que lo formaban; pero la unidad agraria del caserío ha subsistido por su positiva bondad" (82).

IX. La mejora ante el Código civil y el Apéndice de Galicia

Hasta ahora hemos observado y descrito la mejora de labrar y poseer tal como se presenta en la vida práctica del campo gallego, como medio para evitar la desmembración del patrimonio familiar, que, ordinariamente, se transmite a uno solo de los hijos o descendientes—el petrucio—, a quien se imponen deberes de asistencia y ayuda a sus padres y hermanos.

¿Podremos encontrar fórmulas correctas dentro del Código civil para dar cauce a todas las exigencias de la mejora gallega?

El problema se plantea especialmente en orden a estos tres temas:

- a) Respeto de la legítima de los descendientes no mejorados.
- b) Designación del petrucio por el cónyuge del causante.
- c) Virtualidad del usufructo universal a favor del viudo del de cuius.

Dejemos los dos segundos temas para un examen ulterior más detenido, y veamos las dificultades que nos ofrece el primero.

Cuando la disposición otorgada en favor del petrucio no sobrepase los tercios libre y de mejora y la porción de su legítima estricta, el problema no existirá siquiera.

¿Pero cómo será posible atribuirle a él solo los bienes todos que constituyan la herencia?

El § 2.º del artículo 1.056 nos brinda la solución en los casos en que dichos bienes constituyan en su conjunto "una explotación agrícola", pues el padre está facultado para atribuirlos por entero a uno de sus hijos, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás.

Otro precepto del Código civil que no ha sido, a nuestro juicio, debidamente utilizado, permite igual solución, aun en los casos de que no pueda correctamente calificarse de explotación agrícola al conjunto de bienes de la herencia. Nos referimos al artículo 829: "La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados". Bastará, pues, incluir concretamente en la mejora cada uno de los bienes que quieran hacerse llegar a manos del petrucio (83).

La atribución de todos los bienes al petrucio no encuentra difícil-

(82) *La doctrina del patrimonio*, Madrid, 1930, pág. 455.—MARÍN LÁZARO recuerda que, durante el siglo XIX, fué defendida en España "lo que se llamó el mayorazgo plebeyo, institución gemela de los patrimonios familiares inembargables" (*El segundo grado en las sustituciones fideicomisarias*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", tomo 169, 1941, págs. 32 y 33).

(83) El padre deberá, con todo, mencionar en su testamento a los demás descendientes, so pena de incurrir en preterición.

tades dentro del Código civil. Ahí están, según acabamos de ver, los artículos 1.056 y 829, que resuelven el problema. ¿Pero, acaso, lo hacen satisfactoriamente? Nos parece que no, pues el petrucio se verá imposibilitado las más de las veces para pagar en numerario las legítimas de los otros descendientes. Por eso, la costumbre señala, como medio adecuado—en el mismo sentido y por iguales razones que movieron a los italianos a proponer las medidas antes reseñadas—, el pago de esas legítimas mediante la constitución de “rentas en saco”.

Y aquí ya el Código civil se presenta como barrera infranqueable.

Se equivoca SÁNCHEZ ROMÁN cuando afirma, al referirse al § 2.º del artículo 1.056, que la posibilidad legal que en él se reconoce al padre de que disponga el pago en metálico de su legítima a los demás hijos, no es preceptiva, sino permisiva, y, por lo tanto, no hay obstáculo legal en que se arbitre otra forma de compensación si la naturaleza y el valor respectivo de los bienes lo permitiera (84).

Con razón afirma PÉREZ PORTO que no cabe olvidar que se trata de un precepto de excepción, de una derogación de las reglas generales sobre división de las herencias, y que, por tanto, sólo puede aplicarse a los casos textualmente comprendidos en él. Y añade que, en Galicia, donde el numerario anduvo siempre escaso, especialmente entre las familias labradoras, si se ha de seguir el único camino trazado por el Código, habrá necesidad de llegar en la universalidad de las ocasiones, a la venta, en cuyo supuesto el preferido y sus coherederos quedarán sin bienes, o a la hipoteca, que fatalmente lleva el mayor número de las veces al mismo resultado (85).

La dificultad sólo puede salvarse si se considera a la mejora de labrar y poseer como institución consuetudinaria de carácter foral vigente al amparo del artículo 12 del Código civil, incluyéndola, por tanto, en el Apéndice especial para Galicia que se ha ordenado preparar por la Orden del Ministerio de Justicia de 24 de junio de 1947, en cumplimiento del Decreto de 23 de mayo del mismo año. Especialmente deberá reconocerse al padre la facultad de ordenar que el petrucio pague la legítima de los demás herederos en metálico o en otros bienes, y, en particular, por medio de rentas en saco (86).

(84) *Estudios de Derecho civil*, VI, vol. 3.º, 2.ª ed., Madrid, 1910, pág. 1995.

Advierte PALMA MEDIANO, en sentido contrario, que la solución que ofrece el segundo párrafo del art. 1.056 no resuelve plenamente el problema, porque no siempre el heredero tendrá medios para abonar a los legitimarios en metálico su porción hereditaria y, tratándose de pequeños patrimonios, puede asegurarse que nunca será esto viable (*El patrimonio rural vinculado*, pág. 58).

(85) *Memorial*, pág. 99.

(86) Al estudiar el régimen sucesorio del Código civil suizo para las explotaciones agrícolas, SALEILLES se lamentaba de que hubieran desaparecido ciertas costumbres existentes en varias regiones francesas inspiradas por la misma idea de evitar el excesivo fraccionamiento, y pedía el restablecimiento de esas instituciones para evitar la ruina y la miseria moral de los campesinos (*La partage et la transmission integrale dans le Code civil suisse*, en “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, VII, 1909, págs. 609 y 610). Otro tanto podríamos decir nosotros

Reconocida, por Derecho especial de Galicia, esa facultad de pagar el mejorado el importe de las legítimas en dinero o, incluso, mediante rentas en saco, ¿deberán considerarse, en tal caso, protegidos los legitimarios por el sistema de menciones que establece el artículo 15 de la nueva Ley Hipotecaria? La respuesta será negativa si se sigue el criterio de SANZ (87) y COSSÍO (88), que circunscriben el precepto a los legitimarios del Derecho catalán; pero será afirmativa si se acepta el criterio de quienes, como ROCA SASTRE (89) y CASSO (90), no ven inconveniente en aplicarlos a otros supuestos, y particularmente al previsto en el párrafo segundo del artículo 1.056 del C. c.

X. Delegación de la facultad de mejorar

1. Criterio que preside la designación del petrucio.

Ordinariamente, la mejora de labrar y poseer es un premio al hijo que cuida y atiende a sus padres hasta su muerte; quiero mejorar, dice el testador, *al que me ate la cabeza*. Por lo regular, dice MOUTON, recae la mejora en el hijo mayor, que acostumbrado en las villas gallegas a no separarse nunca de sus padres, ni aun con motivo de casamiento, distingue con exacta facilidad las necesidades diarias de la casa mejor que cualquiera de los otros hermanos, y el cual ha sacrificado el primer tercio de su juventud en el servicio de las tierras de los suyos, trabajando en su cultivo, llevando la administración y ayudando al padre en todos los esfuerzos precisos (91).

Los "paisanos" suelen otorgar testamento (salvo por reconocimiento de hijos naturales) después de los sesenta años. Y es que, como decía un anciano a quien el notario recriminaba porque tardaba tantos años en otorgar su testamento, están atentamente examinando las condiciones de administración, capacidad de trabajo y condiciones morales, así como el comportamiento de cada uno de sus hijos, para elegir entre ellos el que mejor demuestre sus facultades y conducta, y, una vez elegido, aun retardan el otorgamiento de su última voluntad para que no se enteren los hijos de quién fué elegido y se comporten bien. Por

si, negando los ojos a la realidad, se violenta a la mejora gallega para hacerla encajar forzosamente en los moldes del Código civil.

Claro está que la institución que defendemos sólo puede alcanzar los fines que se propone si se establecen normas imperativas sobre la indivisibilidad de los lugares, como lo hace el Proyecto de Apéndice para Galicia redactado en 1915. Nada tenemos que decir sobre inembargabilidad que, si bien sería muy aconsejable, es tema que no cuenta en su apoyo con la costumbre, para incluirlo sin más en el Apéndice que se elabore.

(87) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, págs. 138 y s.

(88) *Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1945, pág. 196.

(89) *Instituciones de Derecho hipotecario*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1946, pág. 409.

(90) *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1946, página 482.

(91) MOUTON OCAMPO, op. cit., II, pág. 242.

eso se comprende que existan muchas excepciones en la práctica al sistema de mayorazgo generalmente observado (92).

Por otra parte, se plantea un grave problema en caso de fallecer prematuramente el causante, pues entonces no puede designar directamente, con seguridades de acierto, el hijo que debe sucederle en el patrimonio familiar.

Nos dice YABEN, refiriéndose a Navarra, que para facilitar la transmisión íntegra del patrimonio familiar a uno de los hijos hace falta que a la muerte del dueño de los bienes tenga el cónyuge sobreviviente algunas facultades para designar sucesor. Si muere, en efecto, el dueño cuando los hijos son de corta edad, no puede precisar con alguna garantía de acierto a qué hijo debe transmitirse el patrimonio (93).

Cierto que el Código civil ofrece un camino para tal supuesto en su artículo 831, al permitir que los cónyuges pacten en capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado uno de ellos, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes. Pero en Galicia ese artículo es letra muerta, porque las capitulaciones matrimoniales se desconocen en la práctica casi en absoluto, según indicamos anteriormente.

2. Fórmulas notariales sobre designación indirecta del petrucio.

Cuando por las razones apuntadas no puede asignarse nominalmente al beneficiario de la mejora de labrar y poseer, se emplean en los

(92) Antes de promulgarse en 1933, la Ley sobre fondos hereditarios existía en Alemania la controversia sobre si en el caso de haber varias personas del mismo orden en condiciones de ser *Anerbe* debía preferirse el mayor (mayorazgo) o el menor (minorazgo). En favor de una y otra tesis se aducían razones considerables. En defensa del mayorazgo militaba el hecho de evitar el cambio en la persona del *Anerbe*, por el nacimiento de un hijo mayor, y la circunstancia de que, al morir prematuramente el *Bauer*, se evitaban las largas administraciones de usufructos maternos que a veces hacen necesario un segundo matrimonio. En el supuesto del minorazgo, la educación y dotación de los hermanos no designados sería más fácil; por otra parte, habrán abandonado ya el fundo cuando el menor asuma su administración, en calidad de *Anerbe*, y con ello alcanzará a éste la carga de la educación y mantenimiento de sus hermanos, como ocurriría de ordinario en el caso del mayorazgo. Además, cuando el menor llegue a la edad en que es capaz de administrar el fundo y de contraer matrimonio, el *Bauer* tendrá ya una edad en que fácilmente aceptará el vitalicio (*Allenteil*), evitándose así las frecuentes dificultades que surgen en caso de mayorazgo. El minorazgo favorece a los matrimonios precoces, porque el *Bauer* asume el fundo a una edad relativamente temprana; mientras que en el caso de mayorazgo el matrimonio del *Anerbe* se aplaza frecuentemente hasta que el *Bauer* se aviene al vitalicio. Frente a estas consideraciones, la Ley alemana sobre fondos hereditarios no tomó partido ni por uno ni por otro sistema, porque la conciencia popular y la conciencia jurídica de las clases campesinas son extremadamente sensibles sobre este punto. Se creyó preferible dejar en vigor las costumbres regionales que hicieran en las distintas regiones de Alemania. Pero en aquellas regiones en que no existía costumbre sobre el derecho legal de *Anerbe* se introdujo el minorazgo por la citada ley. Cfr. MOLITOR, op. cit., págs. 568 y 569.

(93) YABEN Y YABEN, *Los contratos matrimoniales en Navarra*, Madrid, 1916, pág. 163.

testamentos notariales fórmulas variadas que, en rigor, se reducen a dos tipos fundamentales: las que facultan al cónyuge supérstite para designar al mejorado en nombre del causante y las que otorgan la mejora al descendiente que se case para la casa petrucial. Examinaremos sucesivamente tales fórmulas y nos haremos cargo después del criterio que ha sustentado respecto de ellas el Tribunal Supremo en dos sentencias de gran interés.

a) *Delegación en favor del cónyuge de la facultad de mejorar.*

Se contiene en fórmulas del tenor literal de la siguiente:

“Mejora en el tercio de sus bienes destinados por la Ley a tal objeto y lega dos quintos del tercio libre al hijo o hija que resulte mejorado por su esposa (o esposo) en el testamento o disposición de última voluntad bajo que fallezca.”

Una variante de la anterior, con la particularidad de designar directamente al mejorado, aunque a reserva de que confirme la designación el cónyuge, nos la ofrece esta otra fórmula:

“Mejora el otorgante en el tercio y quinto al viejo estilo, o sea en las siete quinceavas partes de la herencia, a su hijo... Pero para que esta gracia tenga efecto será condición indispensable la de que el mejorado lo sea también por su madre en la disposición de última voluntad bajo que esta fallezca. Si así no sucediere, pasará la presente mejora, subordinada a igual condición, a su otro hijo... (así sucesivamente hasta el último hijo). Para los efectos del cumplimiento de la anterior condición, se entenderá mejorado por la madre aquel de sus aludidos hijos que por disposición de la misma obtenga participación en su herencia.

En rigor se trata de fórmula idéntica a la antes recogida, pues la designación del mejorado depende en un todo de la libre voluntad del cónyuge supérstite.

Entre los muchos testamentos que muestran el ejercicio de la facultad de mejorar por persona distinta del causante, vamos a recoger dos que nos parecieron curiosos.

En la cláusula cuarta del otorgado el 18 de abril de 1893, ante el notario don Antonio María Mareque y París, por el Labrador Manuel Casal Maceira, viudo y vecino de la parroquia de San Vicente de Boqueijón, se lee: “Por su derecho propio y en uso de las amplias facultades que su finada esposa la Dolores Millán le confirió por la disposición testamentaria que de consuno otorgaron por ante mí a veintiséis de agosto de mil ochocientos ochenta y siete, mejora a su hijo José, por su a la Adelaida, en el tercio legítimal íntegro y, además, por cuenta del otro tercio de libre disposición en la quinta parte de todo su haber y mujer, por vía de legado y en plena propiedad, para cuenta de cuya mejora y legado le señala la casa número diez y nueve de este lugar de la Iglesia, en que vive, con las oficinas de su compuesto unidas e independientes y terreno contiguo, tomando ef-

resto al completo según le corresponda en partija, con obligación de satisfacer los gastos del entierro y más tocante al pío admitir a su futura madastra y hermana en su compañía, viuda sin hijos, y ésta soltera, sin derecho a frutos, soldadas ni a formar sociedad, y la de dar a su respectiva hermana la Adelaida, al casarse o separarse, trescientos veinte reales por una sola vez, en dinero o tierras, a tasación de perito y elección del pagador.”

Adviértase que las facultades de que hace aquí uso el viudo le fueron concedidas en testamento anterior al Código civil.

En la última voluntad otorgada por Pilar Freire Vilacoba, ante el notario don F. Javier Hidalgo Serrano, el día 8 de noviembre de 1929, se dispone: “Mejora en la casa llamada Lago, sita en el lugar Pousada, en donde habita la testadora, con todos sus servicios, huerta, hórreos, todo ello circundado formando una sola finca, a la nieta que resulte mejorada por su hija doña Carmen.”

La cláusula faculta para mejorar a la hija en favor de cualquiera de las nietas, cosa poco frecuente, pues lo ordinario es otorgar la facultad de mejorar tan sólo al viudo o viuda del causante.

b) *Mejora en favor del que se case para la casa petrucial.*

Se refleja en esta fórmula, facilitada por el notario de Negreira don Angel Pardo de Verá, que entre todas las redactadas con igual criterio de que tenemos noticia nos parece la más previsora:

“Mejora en el tercio de sus bienes destinado por la Ley a tal objeto y lega dos quintos del tercio libre, constituyendo la llamada anti-guamente mejora de tercio y quinto, a aquel de los (tantos) hijos que antes de fallecer el último de sus padres haya casado, según modismo del país, para la casa principal que éstos habitan, vivido en ella en tal condición o estado hasta morir el último de los padres y prestado a los mismos y a su hacienda la debida asistencia. Surtirá efecto esta mejora aunque el hijo, con anuencia de sus padres o del que de ellos sobreviva, se hubiera ausentado, siempre que hubiere dejado en la casa para asistirle a su cónyuge. Si al fallecimiento del último de los padres no se hallare casado en la casa principal ninguno de sus hijos, sean legado y mejora para el que resida entonces en la referida casa, excluyendo el de mayor a los de menor edad si concurre en más de uno la expresada circunstancia” (94).

Sirva de ejemplo el testamento otorgado en 19 de julio de 1919 por María Túnez Rodríguez, en el lugar de Bralo, parroquia de Aguasanta, ante el notario de Padrón don Ignacio Viñas Nieto:

“Mejora al hijo que primero case para vivir en compañía de la testadora y por falta de ésta en la de su marido, el José Picadico, con-

(94) Según nos informa el Notario de Riveira, D. José Martín Chico, entre los marineros suele mejorarse a aquel que se cuide de los cónyuges hasta la muerte, sin precisar para nada que siga en la casa o que éstos vayan a parar a la nueva que forme el hijo.

trayendo matrimonio con el beneplácito del marido de la testadora, toda la parte que ésta, o sea la testadora, tenga a la hora de su finamiento en las fincas urbanas y sus asientos, eiras, tendales de este lugar sin reservación de cosa alguna, entendiéndose que ha de vivir con su esposo en este lugar y compañía del José Picadico Barbazán, y si su hijo no cumpliere, pasará el legado y mejora al que se case después de éste y cumpla las mentadas condiciones, comprendiéndose en el legado en uno y otro caso los frutos, sembrados y recogidos, muebles, aperos de labranza y animales vivos y muertos" (95).

En Asturias es frecuente también el empleo de fórmulas de ese tipo para la designación del mejorado. Así, nos dice ROMERO VIEITEZ que, a raíz de la publicación del Código civil, en las comarcas de Cangas del Narcea, Belmonte, Luarca y Castropol, se hicieron escrituras notariales de capitulaciones en las cuales los padres de los desposados hacían donación del tercio de mejora y del de libre disposición a favor de un hijo con la condición de "entroncarse", o sea vivir en la casa paterna. Esta práctica, respetuosa con la tradición conservadora de la unidad de la casa y explotación agrícola familiar, se hace ya corrientemente disponiendo del tercio libre en testamento, con lo cual, a más de servir a la interpretación generalizada del Código civil, se garantiza a los padres con la revocabilidad testamentaria de posibles contingencias posteriores (96).

La costumbre asturiana, por cuya virtud la casería la hereda el hijo o la hija casada en casa, es, a juicio de PRIETO BANCES, superior al rígido sistema del mayorazgo y aun a la institución catalana del heredamiento, que es antifeminista. En el mayorazgo el privilegio se concede a la casualidad del nacimiento: en la costumbre asturiana se otorga a la laboriosidad del hijo o a la bondad del que se destaca por su amor filial. La facultad del padre para elegir es completamente libre (97).

3. Criterio del Tribunal Supremo.

Dos únicas sentencias, que sepamos, ha dictado el Tribunal Supremo a propósito de las cláusulas notariales antes reseñadas. Por una de ellas se declara correcta la fórmula del tipo segundo; por la otra, se considera inválida la del tipo primero.

Sentencia de 31 de enero de 1899:

"La cláusula en la que el testador establece la mejora del tercio en favor de aquel de sus nietos que, procediendo de una de sus hijas, *case* con el consentimiento paterno *para la casa petrucial*, no se opone a los artículos 830 y 670 del Código civil, porque inspirada en el espíritu o

(95) En ocasiones se emplea una fórmula mixta, como la que nos comunica el No arío de La Estrada D. Pedro Jesús de Azurza: "Mejora al hijo que con el beneplácito de su madre (o padre) se case a casa y para casa y resulte mejorado también por aquél".

(96) ROMERO VIEITEZ, *La Mejora*, Madrid, 1936 pág. 118.

(97) PRIETO BANCES, *La casería asturiana*, pág. 732.

en la razón filosófica del artículo 831, que con el manifiesto propósito de mantener la sumisión de los hijos y el prestigio de la autoridad paterna faculta a los cónyuges para pactar en las capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado alguno de ellos, pueda el viudo mejorar en los bienes del difunto a los hijos comunes, no deja al arbitrio de un extraño la designación del nieto que haya de obtener la mejora, sino a la del padre mismo de los llamados en el testamento, quien, a la par, para que su elección tenga eficacia, ha de contar, necesariamente, según el sentido de la cláusula, no susceptible de interpretaciones distintas, con el concurso de la voluntad del mejorado, ya por lo que respecta a su matrimonio, ya por lo que toca a su instalación en la llamada casa petrucial”.

“Tampoco se opone la referida cláusula al artículo 750, porque la incertidumbre del agraciado con la mejora cesa por el cumplimiento de la condición impuesta en ella, que en el caso referido es el evento a que alude dicho artículo para la validez de las disposiciones testamentarias en favor de personas inciertas”.

A esta sentencia se refirió la Memoria del Tribunal Supremo de 1899, diciendo:

“No es el artículo 830, estudiado en abstracto, de los que se prestan a dudas acerca de su inteligencia e interpretación; pero ha ocurrido con el precepto que contiene lo que frecuentemente con las leyes más claras y precisas, a saber: que ofrece la realidad una diversidad tal de casos en sus circunstancias y matices y que no siempre es igualmente fácil la aplicación del derecho, o sea, su adaptación a determinados hechos, y aun cuando, por regla general, he rehuído en Memorias anteriores hacerme cargo de tales casos, por constituir dificultades que se derivan, no de la Ley, sino de la variedad en la vida de las relaciones humanas, la especialidad del resuelto por esta Sala, con referencia a dicho artículo, me mueve a llamar la atención acerca del mismo. Tratábase de un abuelo que mejora indeterminadamente al nieto que casase con consentimiento del padre para quedar al frente de la casa petrucial, y se litigó en el pleito sobre la validez de dicha mejora, pretendiendo los que sostenían su nulidad que una mejora así hecha infringía el terminante precepto del expresado artículo 830, puesto que esto equivalía a dejar a merced del padre que había de prestar su consentimiento para el matrimonio la eficacia de la mejora; pero esta Sala ha mantenido su validez, inspirándose en el sentido y espíritu del artículo siguiente, que demuestra no ser tan absoluto el precepto del anterior; porque es el abuelo quien hace directamente la mejora, aunque dejando incierta la persona del mejorado mientras no se cumpliera la condición del matrimonio, y porque de todas suertes no queda a merced exclusiva del padre tal designación, porque aunque tuviera que intervenir para prestar su consentimiento en el matrimonio, que era la condición de la mejora, tampoco podía realizarse ésta sin el del hijo, o sea el nieto mejorado” (98).

(98) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, VI, pág. 1212, nota 1.

Veamos la otra sentencia; de 16^o de marzo de 1932, en cuyos considerandos se recoge la cláusula que nos interesa, para declarar su nulidad:

“La cuestión rebatida en el recurso y en todo el pleito no es otra que el determinar en derecho la eficacia que ha de tener la cláusula quinta del testamento que otorgara D. Manuel Jesús Sande Lestón en 11 de septiembre de 1924, para decidir si es condicional y válida la mejora que en ella aparece, o es nula por faltar el carácter personalísimo que deben tener los actos de última voluntad según el contexto de los artículos 670 y 830 del código civil.”

“Frente al llamado testamento por comisario admitido por las Leyes antiguas, el artículo 670 antes referido establece los claros preceptos de que el testamento es un acto personalísimo, no pudiendo dejarse al arbitrio de un tercero ni su formación en todo ni parte, ni la subsistencia de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominativos. Y en consecuencia con tales principios, se dispone por el artículo 830 del mismo Código que la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro. Términos todos que, por su precisión, no necesitan comentario alguno.”

“Al disponer D. Manuel Jesús Sande por la cláusula quinta de su testamento que por cuenta del tercio de libre disposición, del destinado a mejora y de su legítima, dejaba los bienes, que en la misma refería, al hijo o hija que lleve por el testamento, bajo que fallezca su esposa D.^a María Mayo mayor proporción en la herencia de aquélla o la mitad de la misma por los mismos conceptos que se mencionan en la cláusula, es evidente que faculta a su esposa para designar al hijo de ambos que haya de disfrutar de aquella mejora, sino para anularla, produciendo con ello alteración de las porciones en que hayan de suceder los herederos instituidos nominativos, ya que la doña María Mayo resulta en condiciones de otorgar testamento dejando mayor porción de sus bienes a alguno de los hijos, con lo cual quedaría cumplida la aparente voluntad del marido, como puede no testar o dejar, en caso de hacerlo, igual porción a cada hijo, y en estos casos anulada la cláusula. Todo lo cual demuestra que la cláusula tantas veces repetida concede indebidamente a D.^a María Mayo la facultad de mejorar que prohíbe el artículo 830 del Código civil; sin que a ello se oponga el que D.^a María en su testamento disponga aparentemente sólo de sus bienes, porque la realidad es que a la vez designa al heredero que haya de disfrutar de los bienes señalados por su esposo.”

“Tampoco se han infringido por la misma los artículos 790 y 796 del Código, como se supone por el segundo de los motivos del recurso, porque aunque todas las disposiciones testamentarias, tanto a título particular como singular, pueden hacerse bajo condición, no existe en el presente caso la mejora condicional pretendida, pues el evento casual que había de definir la institución estriba precisamente en la designación del hijo mejorado hecha por la madre, y como le está prohibido hacerlo por los artículos 830 y 670, según antes se expresa, es claro

que la condición habría que estimarla por no puesta, al ser contraria a la Ley, conforme al artículo 792 del Cuerpo legal de referencia, como tampoco puede estimarse que exista condición potestativa impuesta al heredero, ya que en el testamento no se designó al mejorado, ni existe indicación alguna en tal sentido; y sin que pueda admitirse las costumbres gallegas que existan en tal sentido amparando la que en el recurso se llama casa petrucial (99), porque serían nulas en derecho por virtud de lo dispuesto por el artículo 5.º del Código civil.”

“El hecho a que se refiere la sentencia de 31 de enero de 1899, invocada en el recurso, discrepa del presente en que, mientras en éste no hay condición ni nada tiene que hacer el hijo que vaya a ser mejorado, en aquel caso había condición potestativa, pues era preciso que el nieto se hiciera acreedor a la mejora, casándose y aceptando vivir en la casa petrucial; mas aunque se reconozcan como análogos, no lo son menos con el actual los casos de las sentencias de 5 de julio de 1893 y 16 de junio de 1902, y en ellas esta Sala reputó sin valor ni eficacia las respectivas cláusulas testamentarias.”

A nuestro juicio, no existe esa analogía entre el supuesto de la sentencia de 16 de marzo de 1932, mientras que existe, en el fondo, gran similitud entre la cláusula testamentaria de la sentencia de 1932 y la que declara válida la sentencia de 1899, an mádas ambas del mismo propósito y merecedoras de idéntica calificación jurídica.

La de 5 de julio de 1893 declara:

“Tanto la legislación anterior al Código civil como éste, establecen el principio riguroso de que el heredero designado en testamento debe ser persona cierta, deduciéndose de las Leyes 6.ª, 11 y 13 del título 3.º de la Partida 6.ª, que persona cierta quiere decir tanto como persona expresamente señalada por el testador, aunque no lo haga por su nombre.”

“Por la Ley 11 del título y Partida citados *se prohíbe que se autorice a tercero para hacer la designación de heredero, y a esto equivale el nombrar el testador a las personas a cuyo favor testara un tercero*, pues aun cuando aquél pudiera saber a quiénes pensaba éste nombrar herederos, ese pensamiento está de toda suerte expuesto a una mutación de voluntad.”

La sentencia cuya doctrina acabamos de transcribir se refiere al nombramiento de herederos sustitutos, recayente “en las personas a cuyo favor testase” la esposa del causante, sin aludir a mejora alguna.

(99) En el recurso se había alegado para defender la validez de la condición impuesta en la cláusula testamentaria que “ni la ley ni la moral son contrarias a esa condición y antes al contrario, ella se inspira en tradicionales costumbres de la región gallega, que llevan siempre a todos los jefes de familia a querer conservar y mantener incólumes la casa petrucial y el agro rústico de labor hereditario; y por la naturaleza especial de la propiedad en aquellas provincias, por lo limitado y reducido de su cuantía, dada la división en que la propiedad allí se encuentra, existe el natural y legítimo propósito, amparado por la tradición y costumbre, que aún pueden determinar principios de Derecho foral, de que se perpetúe en alguno de los hijos la continuidad de la labor personal de sus bienes rústicos y el amparo del hogar establecido en la casa petrucial”.

La de 16 de junio de 1902 declara ineficaz la cláusula por la que se disponía que, la mejorada directamente por el causante podía elegir la mejora "en la finca o fincas que tuviera por conveniente". En uno de sus considerandos dice: "si con arreglo al artículo 830 del Código civil no es lícito encomendar a otro la institución de la mejora, tampoco puede encomendarse a otro, ni al propio mejorado, la facultad que el 829 confiere al testador de señalar la cosa cierta en que haya de pagarse, porque todos los actos en que se desenvuelve la testamentifacción son personalísimos por su naturaleza, y de acuerdo con este principio establece el 670 que no puede dejarse la formación del testamento, en todo ni parte (y parte del mismo es el señalamiento o determinación de la cosa específica), al arbitrio de un tercero".

Repetimos que la sentencia de 5 de julio de 1893 responde a caso diferente del que motivó la de 16 de marzo de 1932, pues si bien en ambas se condena una cláusula de delegación, esta delegación recae en aquel supuesto sobre la designación de un heredero, y en el segundo sobre la elección de la persona beneficiaria de la mejora. Sobre esta diferencia volveremos más adelante.

Tampoco guarda analogía el caso de la sentencia de 1932, tantas veces citada, con el de la sentencia de 16 de junio de 1902, pues mientras en aquélla se deja a merced del cónyuge supérstite la elección del petrucio, en ésta quedan sólo determinados los bienes sobre los que debe hacerse efectiva la mejora, mas no la persona misma del mejorado, designada nominativamente por el testador.

Lo que sí resultan semejantes son los casos de las sentencias de 31 de enero de 1899 y de 16 de marzo de 1932. Refiriéndose a la primera, la *Revista de los Tribunales* observó atinadamente lo que resulta de los párrafos siguientes, que nos parece oportuno recoger:

"Respetable es el principio filosófico en que se inspiró el legislador para la excepción al artículo 830 del Código civil contenida en el siguiente 831; digna de consideración la extensión que en la mencionada sentencia se dió, por estimarla inspirada en el propósito de robustecer los vínculos familiares; pero ello no nos parece suficiente para aceptar como válido que se debilite el precepto del artículo 830, reputando cosa diferente a la delegación de la facultad de mejorar, la de designar entre los hijos el que ha de disfrutar la mejora, uniendo a esa designación la de que sea elegido al casarse para vivir en compañía del cónyuge viudo, padre de aquél.

"Porque en la realidad es igual que se encomiende al viudo la facultad de mejorar en los bienes de la esposa difunta, como que por virtud de ese rodeo, que en muchos casos sería hasta una habilidad o recurso para burlar la prohibición de la Ley, se le concedan atribuciones para escoger al mejorado dentro de los hijos, y condicionando la mejora con el hecho del casamiento del hijo y el de vivir en compañía del viudo.

"El fondo, el resultado, es el mismo, puesto que una vez designado el hijo que ha de cumplir esa condición, el padre podrá relevarle de la

misma y consentirle que habite con separación, mucho más si ese padre volviese a contraer ulteriores nupcias en uso de su perfecto derecho.

"Además, se impone sobre esa mejora una condición en favor del viudo, no de los demás hijos o legitimarios, y, por lo tanto, se infringe también el artículo 824 del propio Código; puesto que el padre, según autorizados comentaristas, no es el legitimario a que se refiere ese precepto, que sólo alcanza a los descendientes del mejorante" (100).

A nuestro juicio, el diferente criterio sustentado por el Tribunal Supremo a propósito de dos cláusulas que, en rigor, merecen el mismo trato, se debe a no haber contemplado con iguales ojos el supuesto a que respondían, idéntico en el fondo.

La sentencia de 1899, para salvar el peligro de nulidad que presenta el artículo 830, interpreta con gran amplitud la norma del 831. Y para encajar la cláusula testamentaria dentro del Código civil, tiene que conceder: 1.º, que resulta indiferente que la designación del mejorado se haga por el trámite de las capitulaciones matrimoniales—según exige el artículo 831—o a través de un testamento; 2.º, que esa designación indirecta se deje al arbitrio del cónyuge del causante—como exige el artículo 831—o a voluntad de otra persona, que en el caso concreto era una hija del testador.

La sentencia de 1932, que redujo a la nada la invocación hecha por el recurrente de las costumbres gallegas amparadoras de la casa petrucial, mediante la aplicación, no razonada, del artículo 5.º del Código civil, fundamenta la invalidez de la cláusula en un argumento engañoso. Dice, en efecto, que en el supuesto que contempla no existe mejora condicional, porque esa condición es contraria a los artículos 830 y 670, con lo cual hace supuesto precisamente de lo que se discute. Y añade que en el hecho a que se refiere la sentencia de 31 de enero de 1899 había condición potestativa, "pues era preciso que el nieto se hiciera acreedor a la mejora, casándose y aceptando vivir en la casa petrucial", pero se olvida que de haber seguido un criterio rigorista, la sentencia de 1899 debiera haber considerado por no puesta tal condición, conforme al artículo 792, por ser contraria a la Ley, en cuanto se impone sobre la mejora un gravamen prohibido por el 824, que sólo autoriza a imponerlo en favor de los hijos y descendientes legítimos del causante (101), mas no en favor de su cónyuge, a cuyo beneficio se ordena esa obligación de vivir el mejorado en la casa petrucial.

No ofrece mayor consistencia el otro argumento de la sentencia de 1932. Ciertamente que por virtud de la cláusula por ella condenada se faculta al cónyuge del causante para designar al hijo de ambos que haya de disfrutar de aquella mejora, como para dejarla sin efecto. Pero igual ocurre con la cláusula de la sentencia de 1899: ¿No es libre, acaso, el viudo para no dar su consentimiento al matrimonio del hijo que desee

(100) *Nulidad de una mejora cuando se encomienda a un tercero la designación de la persona mejorada*, en "Revista de los Tribunales", XLV, 1911, consulta núm. 6, págs. 104 y s.

(101) Cfr. FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, pág. 59.

casarse para la casa petrucial, y con ello impedir la efectividad de la mejora? Y tal ocurrirá, en efecto, si el viudo contrae nuevas nupcias y quiere alejar de la casa a todos los hijos del anterior matrimonio. Pero también eso mismo puede ocurrir en el caso contemplado por el artículo 831: el viudo o viuda puede distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar, o no mejorar, en ellos a los hijos comunes.

En el fondo, ha dicho muy bien ROCA SASTRE, no hay fórmula jurídica mala; el problema consiste en que encajen, en que se adapten a las necesidades y circunstancias del caso, o sea, que respondan a una necesidad sentida en cada situación específica. De aquí que propugnemos por *soluciones históricas*, o sea, las que se apoyan en la experiencia (102).

Con ese criterio no podemos menos que defender la conveniencia de conservar en Galicia, para la designación del petrucio, las fórmulas de uno y otro tipo antes recogidas: la que subordina el nombramiento del mejorado a la condición de que se case para la casa, y la que faculta al padre o a la madre del posible petrucio para elegirlo en nombre del causante.

Esta segunda fórmula resulta indispensable en el caso en que muerto el causante sin haber podido designar por sí al mejorado, por ser los descendientes de poca edad, fallezca después de dicho causante el que debe dar su consentimiento al casamiento para la casa del descendiente, sin haberlo podido dar tampoco, por la poca edad de todos los descendientes o cualquiera otra circunstancia. En tales casos, la fórmula del tipo b) resulta ineficaz, mientras que la otra, la del tipo a), permite elegir al petrucio si existen ya elementos de juicio para saber cuál de los descendientes posee mejores condiciones para suceder en la jefatura doméstica.

4. Designación indirecta de heredero en los Derechos forales.

Esas dificultades que en Galicia se presentan para la acertada designación del continuador de la casa petrucial cuando el causante fallece prematuramente, las encontramos resueltas en los Derechos forales por medio de instituciones varias que se inspiran en el mismo espíritu. De ellas vamos a recoger algunos rasgos.

La institución de heredero distributivo, conocida en Cataluña (103) y Mallorca, constituye, al decir de PASCUAL Y RUIZ, una verdadera institución consuetudinaria del Derecho foral mallorquín, "que es más común en los testamentos entre cónyuges, y tiene por objeto primordial premiar a aquel de los hijos o parientes que mejor conserve la memoria del difunto o mejor honre al sobreviviente, o bien prevenir una muerte inesperada sin testar, teniendo hijos de tierna edad, ignorando cuál de ellos será el de mejores aptitudes morales o intelectuales para

(102) ROCA SASTRE, *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", I, 1945, pág. 337.

(103) Bajo la denominación de "cláusula de confianza". Vid. BORRELL, *Dret civil vigent a Catalunya*, V. Barcelona, 1923, págs. 198 y s.

la continuación de la casa. Ante tales dudas, encomienda el marido a la mujer, o ésta a aquél, la elección de heredero, adquiriendo en este caso la mujer, cuando ella es la sobreviviente, especial relieve en la familia. Por no ser común en este territorio, como en Cataluña, el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, estas disposiciones suelen consistirse en los testamentos, bien instituyendo el uno al otro cónyuge heredero *usufructuario con facultad* de disponer a favor de los hijos *comunes* o próximos parientes, o bien nombrándole *heredero propietario* con obligación de disponer a favor de los mismos hijos o personas determinadas, y previendo el caso de que el instituido no haga uso de aquella facultad o no cumpla dicha obligación, según el caso, suele el testador determinar, por modo supletorio o subsidiario, la forma cómo debe deferirse o distribuirse su herencia entre las personas que designa o nombra por vía de sustitución" (104).

El Tribunal Supremo declaró por sentencia de 10 de diciembre de 1931 que "es costumbre observada en Cataluña y Mallorca, y sancionada por la jurisprudencia, que el marido pueda conferir a su mujer la facultad de elegir libremente heredero universal de los bienes de aquél entre los hijos de ambos, o de distribuir entre ellos la herencia, guardando el respeto debido a las legítimas, siempre que este encargo se otorgue con palabras que claramente lo den a entender" (105).

Es interesante la observación de PEDRO BALLESTER; quien ante la realidad balear, desconocedora, como en Galicia, de las capitulaciones matrimoniales, escribía: "Ya que el artículo 831 ha autorizado el pacto en capitulaciones matrimoniales, de que muriendo intestado uno de los cónyuges pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, ¿no se hubiera podido establecer, también por vía de excepción, que esta facultad se transmitiera entre cónyuges por testamento?" (106).

Por lo que se refiere a Cataluña, ROCA SASTRE ha estudiado una institución, parecida al heredero distributivo (107), bajo el nombre de heredamiento fiduciario. Lo define, en sentido amplio, como aquel acto por el cual "el padre o la madre atribuye a un tercero el derecho de elegir heredero o de distribuir la herencia entre los hijos, para el caso

(104) *La institución de heredero distributivo*, en "Revista de Derecho Privado", XVIII, 1931, pág. 114.

(105) Véase el comentario a esta sentencia de ENRIQUE TAULET en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", VIII, 1932, págs. 717 y s. Reconoce también la existencia de esa costumbre en Cataluña y Mallorca la S. de 29 de enero de 1883, declarando que dicha costumbre está sancionada por la jurisprudencia anterior al Código civil.

(106) *El Apéndice de Baleares*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", tomo 146, 1925, pág. 72.

(107) En rigor, dice ROCA, se trata de dos manifestaciones de la misma institución: cuando el fiduciario es el cónyuge del causante tenemos el heredero distributivo o cláusula de confianza; cuando son fiduciarios los dos parientes más próximos, el "heredamiento fiduciario", nombre que podría aplicarse también, con más precisión técnica, a la cláusula de confianza.

de morir aquéllos sin haber instituido heredero"; y, en sentido estricto: "el heredamiento que el padre o la madre otorgan a uno de sus hijos, a quien elegirán los dos parientes más próximos, en el caso de que el padre o la madre o el cónyuge mueran sin instituir heredero". El heredamiento fiduciario responde a la conveniencia de que el hijo que ha de ser heredero o continuador de la casa, sea el más idóneo. Y como esta idoneidad no se puede comprobar hasta que los hijos tengan cierta edad, para el caso de muerte prematura del padre o de la madre propietarios de los bienes, se atribuye a un tercero, generalmente al cónyuge, y a falta de éste a los parientes, la facultad de hacer la designación en el momento oportuno (108).

Navarra conoce una institución consuetudinaria semejante al heredamiento fiduciario, sancionada por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1873.

En Vizcaya la finalidad de las anteriores instituciones se consigue a través del testamento por comisario. Si bien el poder puede darse a favor de cualquier persona, en la práctica sólo se concede, por lo regular, a favor del cónyuge (109).

El Apéndice Foral aragonés regula, en su artículo 29, la delegación de la facultad de designar heredero en favor del cónyuge, en estos términos: "El testador puede encomendar a su cónyuge, solo o con asistencia de determinados parientes, que a modo de fiduciario comisario, ordene y regule la sucesión de aquél, elija el heredero o los herederos y distribuya los bienes, ora libremente y sin otras cortapisas que los derechos atribuidos con carácter forzoso por la Ley, ora dentro de los límites que el testador señale y que no sean imposibles ni contrarios al derecho natural. Los actos del fiduciario comisario, en cumplimiento de este encargo, habrán de constar en escritura pública. Valdrá la última voluntad cuando ellos consistan en disposiciones testamentarias, y serán irrevocables los que otorgue entre vivos". Advierte MARTÍN-BALLESTERO que, ordinariamente, se establece la limitación de que esa designación de heredero sea única, de modo que todos los bienes de la casa vayan a manos de un solo sucesor (110).

5. Sentido de la Ley XXXI de Toro.

Para conocer bien el espíritu y alcance de las fórmulas notariales sobre delegación de la facultad de mejorar, practicadas de antiguo en Galicia, y que han seguido viviendo en dicho territorio después de publicarse el Código civil—aunque en menor medida a partir de la sentencia de 16 de marzo de 1932—, nos parece oportuno recoger aquí la discusión de los intérpretes de las Leyes de Toro acerca de la

(108) ROCA SASTRE, *L'heretament fiduciari al Pallars Sobira*, en el volumen "Conferencias sobre Varietats Comarcais del Dret Catalá". Barcelona, 1934, páginas 101 y s.

(109) JADO, *Derecho Civil de Vizcaya*, Bilbao, 1923, pág. 267; ANGULO *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, págs. 195 y 196.

(110) *La casa en el Derecho aragonés*, pág. 132.

Ley XXXI, que habla de las facultades de los comisarios para mejorar en nombre del causante.

Como se sabe, el testamento por comisario fué consagrado por el Fuero Real, que, en la única Ley que trataba de la materia, se limitaba a autorizar el nombramiento de comisarios para hacer testamento por otro, sin precisar cuáles habían de ser sus atribuciones en el caso de no haberlas determinado el testador (111). De ello se originó la duda de si los comisarios se hallaban facultados para disponer a su arbitrio de la herencia, y hacer todo lo que pudiera hacer el testador por sí mismo, y cómo habían de conciliarse estas facultades con las restricciones que imponían otras leyes sobre la manera de designar al heredero, el nombramiento de tutores, las mejoras, etc. A remediar los graves abusos producidos por los términos excesivamente generales del Fuero Real, se ordenaron varias disposiciones de las Leyes de Toro, y de modo muy particular la XXXI, que dice así:

“Porque muchas veces acaece que algunos porque no pueden o porque no quieren hacer sus testamentos, dan poder a otros que los hagan por ellos; y los tales comisarios hacen muchas fraudes y engaños con los tales poderes estendiéndose a más de la voluntad de aquellos que se los dan, por ende por evitar los dichos daños, ordenamos y mandamos, que de aquí adelante el comisario no pueda por virtud de tal poder hacer heredero en los bienes del testador ni mejoría del tercio ni del quinto ni desheredar a ninguno de los hijos, ó descendientes del testador, ni les pueda subsistir, vulgar ni pupilar, ni exemplarmente, ni hacerles substitución alguna, de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor a ninguno de los hijos, ó descendientes del testador, salvo si el que le dió el tal poder para hacer testamento, especialmente le dió el poder para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera: el poder para hacer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre á quien manda que el comisario haga heredero, y en quanto a las otras cosas señalando para qué le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló y mandó, y no más” (112).

Los términos de la Ley determinaron muy pronto en los intérpretes dudas en materia de la facultad de mejorar.

Así, RODRIGO SUÁREZ se preguntará: “*Commissarius an possit meliorare unum ex filiis testatoris?*”. A lo que responde que aquel a quien compete hacer testamento, debe, en la duda, observar igualdad entre los hijos. “*nisi interveniat expresum mandatum ad meliorandum*” (113).

(111) Ley VI, tít. V, lib. III: “Si alguno no quisiere, o no pudiere ordenar por sí, la manda que ficiere de sus cosas, e diere su poder a otro, que el que la ordene. é dé. é la dé en aquellos lugares onde él tuviere por bien, puedalo hacer: é lo que él ordenare, ó diere, vala, así como si la ordenase aquel que dió el poder”.

(112) Esta ley, que figura en la Novísima Recopilación, L. 1.ª, tít. 19, lib. 10, estuvo vigente hasta la promulgación del Código civil.

(113) *Commentarii Roderici Suarez. in l. Quoniam in prioribus... Salmanticae, MDLVI, Octava limitatio, pág. 169. col. 2, b.*

De modo más claro, para refutar la opinión restrictiva de TELLO FERNÁNDEZ, plantea el problema VELÁZQUEZ DE AVEDAÑO: "*Nominatio specialis eius qui exheredandus, substituendus, seu meliorandus est an sit necessaria*". Y responde no ser necesario que el testador, al otorgar poder al comisario para mejorar, designe la persona del mejorado. por cuanto la Ley distingue dos supuestos: uno, referido al poder de nombrar heredero; otro, sobre facultad de sustituir, desheredar y mejorar; y mientras para el primero exige la designación por el propio testador del que ha de instituirse heredero, no así para las otras cosas. Lo cual, concluye, no es nada extraño, porque en estas otras cosas—sustituir, desheredar y mejorar—no queda al arbitrio de un tercero "*dispositionem substantiam*", como ocurre en el nombramiento del heredero (114).

Es JUAN GUTIÉRREZ quien mejor estudia la cuestión de si, según la Ley XXXI de Toro, puede el padre encomendar a otro la facultad de mejorar a uno o dos de sus hijos o nietos elegidos libremente por el comisario (115). Para él hay que distinguir un doble supuesto, según el padre dijera que concede facultad o da poder a su esposa o a algún otro para mejorar a uno o dos de los hijos o nietos, o que, con fórmula distinta, diga el padre que mejora a uno de los hijos, el que haya elegido la esposa o el marido o el tutor. En este segundo caso, no existe la menor dificultad, porque aquí sólo se deja a voluntad del comisario la elección de las personas, no la substancia de la disposición (116). Más dudoso es el otro caso en que dice el padre que concede facultad para mejorar a uno o dos de sus hijos o nietos, porque cuando la substancia de la disposición parece que se deja a voluntad de otro, no debe ser válida la disposición, y así lo entendió TELLO FERNÁNDEZ. Contra el parecer de éste, aduce GUTIÉRREZ un triple argumento: 1) que en este caso no se encomienda a otro la substancia de la disposición, sino

(114) LUDOVICUS VELAZQUEZ DE AVENDAÑO: *Legum Taurinarum a Ferdinando et Ioana Hispaniarum regibus, foelices recordationis utilissima glossa sequitur*: Toleti 1599 folios 67 vuelta y 68.—La interpretación amplia que atribuye al comisario facultad para designar al mejorado es la defendida generalmente por los autores; sirvan de ejemplo ANDRÉS ANGLUO *Commentaria ad leges Regios meliorationum*, título. 6, lib. 5.º Matriti, 1592, lex testia, glossa quarta; núm. 13, pág. 335; FRANCISCO CARPIO. *De executoribus et commissariis testamentariis libri quatuor*. Ursaone, 1638, liber secundum, caput XVIII, folios 216 y s., y JUAN MATIENZO, *Commentaria Regii Senatoris in cancellaria Argentina Regni Peru in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*. Mantuae Carpentanae MDLXXX. lib. 5, tit. 4, Ley V (31 de Toro), gloss. III, folio 116 vuelta y 117.

(115) JOANNIS GUTIERREZ, *Practicarum Quaestionum civilium*. Libr. II, Quaestio XLII, en "Opera omnia", Tomus primus, Lugduni, MDCCXXX, pág. 221.

(116) Es el argumento que encontramos en la mayor parte de los autores. Así, dice ANTONIO GÓMEZ, refiriéndose al mismo supuesto que GUTIÉRREZ: "... quia tunc substantia legati vel dispositionis non confertur in ejus voluntatem, sed tantum qualitas, vel quodam accessorium, hoc est, illa electio personae" (ANTONII GOMEZII, *Ad Leges Tauri Commentarium Absolutissimum*, Matriti MDCCXLVIII, pág. 248). En igual sentido, LUIS DE MOLINA. *De Primogeniorum Hispanorum Origine ac Natura*, Lugduni, MDCCXXVII, lib. II, Cap. IV, página 257.

tan sólo la ejecución, es decir, la facultad de elegir una persona incierta entre varias ciertas (los hijos o nietos); 2) que lo mismo es decir *mejoro* que *concedo facultad de mejorar*; 3) que la Ley XXXI de Toro sólo exige, en cuanto a la institución de heredero, el nombre de éste, mientras que para la mejora sólo requiere que se especifique la persona a quien se da el encargo o la comisión.

CASTILLO SOTOMAYOR se adhiere en un todo al parecer de GUTIÉRREZ y se fija, además, en el preámbulo de la Ley XXXI, que muestra la causa final de la norma que contiene, debiendo entenderse en sentido literal, del que resulta no se exige la determinación de la persona del mejorado por el testador (117).

ALVAREZ POSADILLA nos dice que la Ley XXXI de Toro trata de restringir los poderes generales para evitar los abusos que se cometían, o se podrían cometer por los comisarios, y dice que el poder general no es bastante para las cosas que la Ley exceptúa, sino que es necesario especial mandato y señalamiento para cada una de ellas; porque ya se ve hay mucha diferencia entre un poder general de testar, en el que sin pensar el padre en mejorar a hijo alguno pudiese el comisario mejorarle, al caso de que el padre quiere mejorar a alguno, a juicio y disposición del comisario; y en que mejorando el comisario no va contra la voluntad del testador: aun por Derecho común en el que estaba prohibido conferir la institución de heredero a arbitrio ajeno, no se prohibía el conferir el nombramiento entre ciertas personas, v. gr., a uno de los hijos de mi hermano, quien Pedro señale: con que siendo los hijos número determinado y entre quienes la Ley prescribe las mejoras, y el padre expresa la voluntad de querer hacerla, no es extraño que la Ley permita que pueda dejar y mandarlo al arbitrio de comisario (118).

Los autores inmediatos al Código civil entienden, por lo regular, que la Ley XXXI de Toro permite otorgar poder para mejorar, dejando al arbitrio del comisario la elección de la persona en quien haya de recaer la mejora (119). Pero no falta algún parecer en sentido con-

(117) JOANNIS DEL CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum juris*, Tomus Quartus, Coloniae Allobrogum, MDCCXXVI Cap. XXXVI, núm. 7 y 8, págs. 353 y s.

(118) JUAN ALVAREZ POSADILLA, *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*, 4.ª impresión, Madrid, 1833, pág. 195.

De la misma opinión, PELÁEZ DE MIERES, *Tractatus majoratum et meliorationum hispaniae*, Tomus primus, Lugduni, MDCCXXV, Partis Primae Quaestio Quadragesimo octava, núm. 210, pág. 344, y Quaest. 48, núm. 25, pág. 326; J. ALFONSO DE AZEVEDO, *Commentarii juris civilis in Hispaniae Regiae Constitutiones*, Tomus tertius, Lugduni, MDCCXXXVII, pág. 136.

(119) Cfr. ESCRICHE, "Comisario testamentario", en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, ed. reformada por Galindo y Vicente y Caravantes, II, Madrid 1874, pág. 337; JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, II, Madrid, 1876, págs. 60 y 61; DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATO, *El Derecho civil español, con las correspondencias del romano*, II, 2.ª ed., Valladolid, 1877, pág. 201; CLEMENTE FERNÁNDEZ ELÍAS, *Noñísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, II, 2.ª ed., 1880, pág. 127; SALVADOR DEL VISO, *Lecciones elementales de*

trario. Entre ellos descuella la doctrina de JUAN POVEDA GARCÍA, para quien el poder es de tres clases: especialísimo, especial y general; división que está fundada en las Leyes XXXI y XXXII de Toro, que, respectivamente, hablan de los dos primeros la una, y del último la otra. De los tres, parece ser el más extenso el especialísimo, que permite instituir heredero; pero como es condición precisa que el testador lo haya indicado de antemano, es, después de todo, bastante reducido el derecho del mandatario investido de tal facultad. Y añade que fijar el límite de los derechos que confiere el poder especialísimo o especial, es cosa no exenta de dificultades. La primera prohibición, la de nombrar heredero, vino a derogar en parte la disposición del Fuero Real, que permitía instituirlo libremente; abuso grande que era tal vez la fuente de los fraudes y engaños que se quisieron evitar. Pero si la Ley es terminante en su primera parte, no lo es tanto en la segunda o en la que se refiere a las facultades para desheredar, mejorar, sustituir o nombrar tutor a los hijos o descendientes del testador. De aquí la necesidad de preguntar: Si el comisario decide uno de estos cargos, ¿podrá cumplirlo a su arbitrio, si no se le indicó el nombre de la persona? La relación de esta cuestión con la que se ha dicho que la Ley resuelve de un modo categórico, es tan íntima que no cabe que haya dado solución a una de ellas sin que *ipso facto* haya también quedado resuelta la otra, pues en rigor son una misma. Si los intérpretes pretenden que son distintas, estableciendo distinciones que no vienen a cuento, incurren en la contradicción de declarar, de una parte, que no es permitido al comisario nombrar heredero, y decir, de otra, que basta, para que pueda hacer cualquiera de las otras cosas, que señaladamente se le haya mandado ejecutarlas. Empero no llevan razón los que así piensan, concluye POVEDA. Si la Ley ha de ser restringida a lo que evidentemente se deduce que quiso decir, es preciso deferir a que de la misma manera cuando se trata de uno de los otros extremos se necesita que el testador haya expresado claramente para qué dió el poder; y en consecuencia, que sólo será dado mejorar cuando haya sido señalada la persona que debe ser mejorada y los bienes en que la mejora ha de consistir (120).

A mediados del último siglo escribía FRANCISCO DE CÁRDENAS: "Aún todavía dudan algunos intérpretes si facultados especialmente para mejorar un hijo entre varios, nombrar tutor sin limitación de persona, sustituir y repartir cierta cantidad en legados con la misma indeterminación, pueden los comisarios señalar a su arbitrio el hijo que ha de mejorar, el tutor que ha de ser nombrado, la persona que ha de sustituir al heredero, y los que han de ser legatarios y en qué porciones; luego para hacer todo esto con completa seguridad y sin temor de cuestiones futuras, deben los comitentes hacerse cargo de todo en sus

Derecho civil, II, 5.^a ed., Valencia, 1885, pág. 317, y GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 14 ed., II, Madrid, 1886, pág. 28.

(120) JUAN POVEDA GARCÍA, *Testamento por comisario*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", XLIX, 1876, págs. 96 y 97.