

CAPITULO SEPTIMO

¿Si de los bienes que los descendientes recibieron en vida de sus ascendientes, y que por su muerte han de colacionar, como tambien de la cuarta marital, deberán ó no deducirse las mejoras hechas, y entregadas ó no á ellos mismos ó á otros mejorados, antes ó despues de la entrega de los bienes colacionables?

1. De las reglas que deberá tener presentes el contador, como preliminares, para el acierto en la materia de este capítulo.
2. Regla primera.
3. Regla segunda.
4. Regla tercera.
5. Regla cuarta.
6. Regla quinta.
7. Por nuestro derecho está mandado que el tercio y quinto de mejora no se deduzca de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes trajeren á colacion y particion.
8. La disposicion anterior se amplia á la dote prometida igualmente que á la entregada.
- 9 y 10. Limitaciones de la doctrina sentada en el párrafo 7.
11. Se resuelve la cuestion siguiente. Dando prestadas el padre ó la madre en una ó mas ocasiones al hijo ó hija que estan fuera de su poder algunas cantidades para atender á sus urgencias, y disponiendo en ultima voluntad del tercio ó

quinto, habiéndose obligado el hijo ó hija por vale ó escritura á devolverse las, como prestadas, y no cumplídolo, ¿se deducirá de su importe el tercio ó quinto?

12 hasta el 19. Modo de deducir la mejora cuando el testador hizo en vida donacion simple, que no completó el total de aquella, á un hijo (en cuyo caso se entiende este mejorado), y despues por última disposicion mejoró á otro expresamente en el tercio y quinto de sus bienes.

20 y 21. Si el padre por contrato oneroso ó irrevocable hubiese mejorado expresamente á un hijo en el tercio de todos sus bienes, y á cuenta de la mejora le entregó parte de ellos, ó si le hizo donacion con causa, y despues por última voluntad le mejoró en dicho tercio, ¿para la deducion de la mejora deberá ó no hacerse la acumulacion verbal y numeraria de lo entregado al hijo en vida, ó se ha de sacar solamente

de los bienes que el testador deja por su muerte, y luego unir el residuo con lo entregado para dividirlo todo igualmente entre los herederos como legítima?

22. Modo de deducir la mejora en el caso siguiente. Cuando el padre teniendo, por ejemplo, cuatro hijos, entrega á cada uno por via de dote ó donacion *propter nuptias* su legítima corta ó diminuta en el concepto de tal, quedándose solamente con el tercio y quinto de los bienes que á la sazón posee, y despues mejora á uno de ellos, no dejando al tiempo de su muerte mas bienes que aquellos con que se quedó.
23. Legando el ascendiente en última voluntad á un hijo ó descendiente ó á algun extraño el quinto de sus

bienes, ó disponiendo de él á favor de su alma, ¿se debiera deducir solamente de los que se encuentren en su herencia cuando muera, ó tambien de los que colacionan los hijos por habérselos dado en vida?

24. La cuarta marital no debe computarse para la deducción del tercio y quinto.
25. Tampoco se computará la cuarta aun cuando el marido hubiese mejorado irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio antes de casarse segunda vez; pero si intervino entrega de parte de la mejora al mejorado, se sacará únicamente la cuarta de los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte, y no de los que al contraer el matrimonio ya no eran suyos.

1. **P**ara la debida inteligencia de lo que va á tratarse en este capítulo recapitularé aqui parte de la doctrina que tengo explicada, reduciéndola á las cinco reglas siguientes, que debe tener presentes el contador para hacer la cuenta con la justificacion debida.

2. Regla primera. Los ascendientes pueden mejorar expresamente en vida y muerte á alguno ó algunos de sus legítimos descendientes con causa ó sin ella, y por contrato revocable ó irrevocable, entregándoles ó no el todo de la mejora, segun expuse en el libro 2, título 2, capítulo 4; ó parte en vida y parte en muerte; pero la mejora no puede ser mas que una en ambos tiempos, ya sean uno ó muchos los mejorados, y asi se ha de dividir entre todos igualmente, ó á proporcion de la voluntad tácita ó expresa del mejorante, pues de lo contrario se defraudarian las legítimas de los que no fuesen mejorados, lo cual resiste el derecho.

3. Regla segunda. Pueden dichos ascendientes hacer á los descendientes donacion durante su vida en uno de dos conceptos: ó expresando que es á cuenta de su legítima, y entonces no se entienden mejorados en el importe de lo donado, por lo que deberán colacionarlo como tal, y se les imputará en ella para igualarse en todo con los coherederos, á cuyo fin se unirá al cúmulo de los bienes inventariados partibles, y si resultase tener recibido mas de lo que por ella les toque, lo restituirán porque no fueron mejorados; si menos, se les dará el resto; y si cubre solamente la legítima, ni tendrán que tomar ni que restituir: ó sin expresar á cuenta de que se la hacen, y en este caso no verificándose algunas de las causas referidas en el párrafo 54 del capítulo 5, se conceptuará donacion simple, y al donatario ó donatarios por mejorados tácitamente en la cantidad á que ascienda, la cual se les ha de contar como mejora, para que si el donante hizo posteriormente otra expresa, respecto no haber podido extenderse ni hacerla en mas de lo que importase la de los bienes entregados, unidos con los que dejó por su muerte, se entienda parte del total de ella la donacion, y el mejorado expresamente no lleve mas que el residuo, como lo manda la ley 26 de Toro; pues la mejora expresa posterior no revoca la tácita anterior, excepto que el mejorante lo diga claramente; y así ambos se entenderán mejorados en su respectiva parte: en consecuencia no habiendo mejora posterior á la donacion, si esta excede al tercio y quinto y legítima que le debe tocar, se revocará en el exceso como inoficioso (1), y deberá restituirlo á los coherederos: si no completa el total del tercio y quinto de los bienes del testador, se deberá contentar el donatario con lo donado, porque es visto que el testador en nada mas quiso mejorarle: si lo completa solamente, lo llevará como mejora: si excede algo al importe de esta, se aplicará el exceso en parte de pago de su legítima; alcanzando para esta y para la mejora, y no mas, se le dejará en pago de ambas, y nada tendrá que recibir. Ultimamente si el testador manda en su última disposicion que de lo entregado en vida al donatario ó dotada, colacione cierta parte ó cantidad, y lo restante no, y mejora á otro expresamente en el tercio y quinto de los bienes que deje; en este caso se unirá al caudal líquido lo que quiso no colacionarse, á fin de sacar la total mejora de todo, y ver cuanto tocará cada uno por parte de ella; y deducida, se agregará al residuo del

¹ Ley *Si totas*, 5, y ley *Si mater*, 7, Cod. de inoffic. donation.

caudal lo que le mandó colacionar en pago de legítima, lo que se le aplicará en vacío, como recibido en cuenta de esta, sacando ante todas cosas el quinto de solos los bienes inventariados, y no de los colacionados.

4. Regla tercera. Para la computacion de la mejora, ya sea del tercio y del quinto separados, ó de ambos juntos, se ha de atender siempre al valor de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, que es cuando se debe la legítima, porque así lo ordenan las leyes 19, 23 y 29 de Toro, y no aquel en que hizo la donacion ó mejora; quiero decir que si cuando la hizo tenía muchos bienes, y cuando fallece deja pocos, ó al contrario, no se ha de atender para deducirla á lo que ascendian al tiempo de su constitucion; sino al de su fallecimiento; por lo que si juntos numéricamente los bienes donados con los que constan en el inventario, resulta inoficiosidad, ya sean en lo que corresponde al mejorado por su mejora y legítima, ó al que no lo es por esta sola, debe restituir el exceso á los coherederos.

5. Regla cuarta. La colacion (hablo de los bienes y gastos que no estan exentos de colacionarse, ni gozan este privilegio) se hace para uno de dos efectos, ó para igualarse todos los herederos, cuando lo que se colaciona se dió, gastó y entregó expresamente en cuenta de legítima, ó en este concepto se entiende dado, como la dote y donacion causal, necesaria ó coactiva, que se deben imputar en ella (1) (y esta es la propia y verdadera colacion de que tratan las leyes); ó para deducir mejora de los bienes del difunto, cuando á cuenta de ella, siendo expresa, dió algo en vida al mejorado, ó le hizo donacion simple que se entiende mejora tácita, y no se imputa en legítima, y así se llama impropriamente colacion, porque no sirve para igualar á los herederos, que es uno de los fines y el principal porque se introdujo, sino meramente para ver si cabe ó no en el tercio y quinto, de que en vida y muerte pudo disponer. Si lo donado fue á cuenta de legítima, y no hay mejora, se ha de agregar al total líquido partible, para que todos los partícipes en la herencia queden igualados: si hay mejora posterior, despues de sacada esta solamente de los bienes inventariados, se hará agregacion de lo donado al total líquido, para ver si es ó no excesivo á la cantidad á que puede extenderse el testador en vida y muerte: si lo donado en vida fue parte en cuenta de mejora, y parte de le-

1 Ley 4. tit. 15. Part. 6, Ley *Inter filios*, Cod. *Familia erciscund*, Ley *Ut liberis*, Cod. *de collationib*.

gítima, y mejora tambien á otro en muerte, se ha de sacar el quinto de solos los bienes inventariados, y para la deducción del tercio unirse al residuo lo donado en parte de mejora, á fin de ver á quanto asciende, y quanto toca á cada mejorado por él; y sacado el tercio se agregará al resto lo donado en cuenta de legítima, y su total (como que es de una naturaleza) se dividirá igualmente entre todos los herederos, aplicando en vacío al colacionante lo que tiene recibido, como de jo sentado.

6. Regla quinta. Asi como cuando no hay mejora tácita ni expresa se colaciona el valor de los bienes recibidos por cuenta de legítima, y se agrega verbal y numéricamente al cúmulo de los inventariados, para igualar en el todo de unos y otros á los herederos que nada recibieron en vida de su ascendiente; del mismo modo se debe acumular ó agregar cuando la hay tácita ó expresa, sin haber precedido dote ni donacion, para que ni el mejorado lleve mas de lo que como tal le corresponde en vida y muerte, ni sea perjudicado, ni tampoco los coherederos, porque el testador los entregó en el propio concepto para este efecto y con esta intencion, y por esto se gradúan como existentes en poder del ascendiente: pero si precedieron á la mejora alguna dote ó donacion *propter nuptias*, ú otra que el testador entregó á cuenta de legítima, no se han de acumular al total de la herencia para deducir de ellas, y que sea mas cuantiosa, porque la ley 25 de Toro prohíbe que se saque de las dotes y donaciones precedentes colacionables. Lo que en este caso se debe practicar es, deducir primero la mejora no entregada de solos los bienes inventariados partibles, y despues de separada unir el importe de la dote ó donacion al residuo de ellos, como que todos son de la clase y naturaleza de legítima, y hecho todo esto un cuerpo, dividirlo como legítima entre todos los herederos, aplicando á la dotada ó donatario en vacío, ó entrada por salida, lo que tiene recibido, y dándole lo que le falte al complemento de su haber. Y si la mejora ó parte de ella se entregó, se ha de unir á los bienes inventariados su importe, y deducido su total, agregar al resto la dote y donaciones colacionables, y luego dividirlo todo, como legítima, en la forma expuesta.

7. Sentadas como indispensables estas cinco reglas ó advertencias para la clara inteligencia del modo de deducir las mejoras segun los casos ocurran, digo: que por derecho romano (1)

1 Ley 3 §. 1. ff. de collation. bonor. ley final, ff. de votis collation. ley Si soror, y ley Ut liberis, Cod. de collation. y

Authent. Unde si parens, Cod. de inoffic. testam. Matienz. en la ley 9. tit. 6, lib. 5. glos. 1, num. 2.

se permitia sacarlas ó deducirlas de los bienes que los descendientes colacionaban, ó de su importe, de suerte que á los colacionantes se quitaba la parte correspondiente de lo que ya poseían, porque por la colacion se contemplaban como existentes en el patrimonio del difunto; y como si nunca hubieran salido de este, se constituían hereditarios, al modo que los que tenia en su poder: pues por el hecho de estar obligados los colacionantes á colacionarlos, no se entendian mejorados en el exceso de lo que por sus legítimas les correspondia, y asi debian restituirlo á los coherederos, no mandando lo contrario sus ascendientes ó donantes. Pero por nuestro derecho está prohibido que se vuelvan á la herencia, y que se saquen el tercio y quinto no solo de las dotes y donaciones *propter nuptias* sino de las demas donaciones colacionables, segun lo ordena la ley 25, que es la 9. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. que dice: *El tercio y quinto de mejoría fecho por el testador non se saque de las dotes y donaciones propter nuptias, ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes trajeren á colacion y particion. Asi que precediendo la dote dada á la hija, ó la donacion entregada al hijo (ya sea propter nuptias: para que se case con muger determinada, ó solamente para que se case sin nombrarla, que llaman donación por causa del matrimonio (1), ó ya sea hecha sin causa, si se entregó expresamente á cuenta de legítima), no se debe sacar de su importe la mejora posterior hecha por el testador, ni parte de ella, ni colacionarse sino para efecto de igualarse con los coherederos en sus legítimas, ni tampoco acumularse con el importe de los bienes liquidos inventariados para que la mejora sea mas cuantiosa si le cabe en su haber. Lo primero, porque despues que el padre ó madre dotaron á la hija, ó en vida hicieron donacion al hijo, y se desprendieron de los bienes que les entregaron, quedaron privados de toda accion y facultad para disponer de ellos, pues por su entrega se constituyeron del patrimonio de los mismos hijos á quienes se transfirió su dominio: lo segundo, porque si se sacase de dichos bienes ó de su importe el de la mejora posterior, se disminuirian la dote y donaciones anteriores, tocando menos por su legítima á los donatarios y dotada, y teniendo que restituir parte de ellos solo porque tuviese mayor utilidad el mejorado, lo cual sería injusto; y aun cuando no se desminuyesen ni tuviesen que restituir porque*

1 Angul. en la ley 9. tit. 6. glos. 4 Gu-
tierr. lib. 2. *Pract.* quest. 65. num. 9. Cas-

till. lib. 4. *Controvers.* cap. 16. num. 44.

les cupiese en su haber, llevarían por sus legítimas menos que lo que les tocara y debían percibir á no deducirse de ellas la mejora: lo tercero, porque esta es siempre respectiva á los bienes que el padre y la madre tienen y poseen al tiempo de su muerte, y no á los que no existen en su poder entonces (1). Fuera de esto jamas se juzga que ninguno quiere disponer ni dispone de los ajenos, sino de los propios (2); y no siendo del mejorante los que tenia entregados, no es visto disponer de ellos. Por estas razones para ver si la dote entregada á la hija le cabe ó no en su legítima no se saca el quinto de su importe sino del de los bienes que deja el donante, como expuse en otro lugar, ni tampoco se une ni debe unir á ellos sino á su residuo, para que de este modo sea de los que tenia y poseía, y no de los que ya no existían en su dominio.

8. La disposición de esta ley parece tendrá lugar únicamente en la dote entregada, y no en la prometida á la hija casada y velada, atendidas las palabras *trajeren á colacion y particion* con que está concebida, pues denotan y suponen estar ya en poder del yerno ó hija á quien fue ofrecida, por no deberse decir que confiere lo que no tuvo ni tiene. Además la mejora se debe detraer de los bienes que el difunto poseía al tiempo de su muerte, según las leyes 19 y 23 de Toro; y como estos existían entonces en su poder por no estar entregados todavía á la hija á quien los prometió, parece claro que se ha de deducir íntegramente de ellos. Sin embargo se debe ampliar á la dote prometida igualmente que á la entregada; porque los bienes prometidos, aunque existen en poder del testador, no son suyos por estar obligado á su entrega; y así es lo mismo que si estuvieran entregados, pues la hija y su marido luego que se perfeccionó su casamiento adquirieron derecho á que se los entregase; por lo que se contempla existen interina y confidencialmente, ó en depósito, en poder de su padre, el cual puede ser compelido á su entrega; y como la herencia y mejora se deben sacar de lo que realmente es suyo, por no titularse así ni serlo lo que está debiendo, ni conceptuarse que existe entre los bienes de alguno aquello á que está obligado, por ser lo propio para el caso estar prometido que pagado, y fuera de su poder; por eso se amplía la disposición de la ley 25 inserta á la dote prometida, como si

1 Gom. Castell. Tello y Avendañ. en la ley 25 de Toro, num. 1. Matienz. en la ley 9 cit. tit. 6. y glos. 1. num. 3 y sig. Castell. dicho cap. 10, num. 38.

2 Ley *Confiscantur*, §. 1 ff. de *jure codicillor. Authen. Ingressi*, Cod. de *sacro sanct. Eccles.*

estuviera entregada (1). Lo mismo procede para con la donacion *propter nuptias* y otras donaciones con causa, aunque no esten entregadas, si estan prometidas, porque versa identidad de razon (2).

9. Lo dicho en el párrafo 7 se limita en dos casos: el primero, cuando el testador mejoró irrevocablemente en el tercio y quinto de todos sus bienes á un descendiente, y despues hizo donacion *propter nuptias* ú otra con causa necesaria (que es colacionable como legitima) á otro descendiente; pues entonces se deducirá y exigirá efectivamente la mejora: la razon es porque el ascendiente tiene facultad legal de mejorar irrevocablemente en contrato á alguno ó algunos de sus legítimos descendientes en el tercio y quinto de sus bienes; y constituyendo en esta forma la mejora, adquiere el mejorado derecho á su importe en el todo, no solo de los que tiene al tiempo de su constitucion sino de los que despues adquiriera hasta su muerte; y respecto á que los que desmembra de su caudal con la dote y donaciones posteriores, son y deben entenderse parte de legitima de la dotada y donatarios, y no mas (pues el donante á ningun otro descendiente puede mejorar ya por las razones que se dijeron tratando de las mejoras); es claro que siendo esta irrevocable, y precediendo á las donaciones, se ha de deducir de ellas, no conceptuarse mejorado en cosa alguna el donatario posterior, y para hacer la deduccion acumularse al liquido caudal inventariado y partible; pues de lo contrario serian ilusorias la ley 17 de Toro y las demas que constituyen irrevocable la mejora, y repugnantes entre sí la misma ley 17 y la 25. Ademas de esto estaria en la libre potestad y arbitrio de los mejorantes el defraudar á los que habian mejorado, y en perjuicio de estos disponer despues de sus bienes como quisieren, sin dejarles que heredar en concepto de mejorados, á pretexto de ser onerosas las donaciones posteriores; por lo que ninguna duda queda que en el caso propuesto se ha de deducir la mejora irrevocable precedente de la dote y demas donaciones posteriores, y para ello considerarse y acumularse su importe, como si existiera entre los bienes partibles; y si lo donado excede á lo que al donatario ó dotada toca que percibir por su legitima di-

1 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 61. num. 1. Avendañ. en la ley 25 de Toro. glos. unic. desde el número 10 hasta el fin. Angul. en la ley 9. tit. 6. lib. 5. glos. 3 num. fin. Castell. lib. 4. y cap. 16. dichos num. 45.

2 Ley *Si quis argentum*, §. *Si autem* Cod. de donat. Angul. en la ley 10. tit. 6 glos. 7. num. 2 al 6. Valasc. consult. 2 Castell. ibi.

minuta, lo deben restituir (1). Esto se entiende á menos que al tiempo de hacerse la donacion del tercio y quinto se pacte que ha de surtir el efecto, y circunscribirse al tiempo en que se hace, y no al de la muerte del mejorante, pues en este caso no se deducirá de las dotes y donaciones posteriores, porque los contratos reciben la ley del convenio de los contrayentes (2), y este pacto puede hacerse por no estar prohibido.

10. El segundo caso de excepcion es cuando la dote fue inoficiosa, y el padre mejoró posteriormente á algun hijo; pues entonces mediante á que la hija no puede ser mejorada en contrato por razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo tácita ni expresamente (3), si se verifica su inoficiosidad, debe restituir el exceso á los coherederos; y como este se constituye de la herencia y patrimonio del difunto por la colacion y restitution, del mismo modo que los demas bienes que se encuentran en su poder; por eso se debe deducir la mejora, no solo de estos sino tambien de aquel; pues en cuanto á él jamas valió la constitucion dotal, y por lo mismo vuelve al donante (4), el cual puede pedirlo en vida y renovarlo, porque lo que por derecho no surte efecto no presta impedimento (5). Mas la limitacion de este segundo caso se entiende cuando resulta la inoficiosidad, considerados y unidos los bienes con que la hija fue dotada, y los que dejó su padre bajado el quinto de estos, y no cuando se verifica solamente por causa de la deducccion del tercio, pues en este caso parece no estará obligada á restituir el exceso de la legítima disminuida, que por deducir el tercio aparece tocarla, porque la ley que prohíbe que sea mejorada en contrato, no veda que lleve la legítima completa de todos los bienes del testador, ni manda que esta se compute y considere despues de sacada la mejora, ó que se deduzcan primero el tercio y quinto, para ver si le cabe ó no lo que tiene tomado. Tampoco lo expresan las preces que hizo el Reino, y dieron motivo á su creacion, ni de ellas se infiere; antes sí que la dotada lleve su legítima larga; ni por consiguiente resulta inoficiosidad al tiempo de su constitucion, ni al de la muerte; y como en aplicársela íntegra no se infringe su precepto porque no hay, ni

1 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quest. 62. Avendañ. en la ley 25 de Toro, num. 2. y Tello num. 3. Matienz. en la 9. tit. 6. lib. 5. glos. 3. num. 2. Ayor. part. 3. quest. 27. num. 85. Hermos. en dicha ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6. num. 87. Escobar comput. l. num. 11 al 13.

2 *Ley Contractus*, ff. *de regul. jur.* Tello ibi, Escobar ibi

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

4 Ayor. dicha quest. 27. num. 86 y 87 Angul. en dicha ley 9. glos. ultim. num. fin

5 Regla *Non præstat*, *de regul. juris*, in 6.

se verifica mejora que el testador haya hecho ni pactado, ni tenido intencion de hacer á su favor, y lo que no está prohibido se entiende permitido, por eso cuando fue dotada antes que se hiciese la mejora, se la ha de aplicar todo lo recibido, si la cabe en su legítima larga ó completa, separando únicamente el quinto de los bienes que deja el mejorante, porque á este ningun derecho tiene por ser privativo de su padre; asi como por el contrario cuando la mejora precede se debe deducir de la dote recibida, y cabiéndole despues de separado el quinto, nada deberá restituir, porque nada mas lleva que la legítima íntegra ó completa de todos los bienes del testador, que era la que la podia tocar si entonces se partiesen, y lo que el Reino quiso y pretendió se le diese y percibiese, ni por consiguiente resulta inoficiosidad. No obsta decir que los hijos no mejorados llevan menos que ellas por sus legítimas en el referido caso; pues esto proviene de la disposicion de las leyes, y del testador por haber hecho mejora: y asi aunque parezca de mejor condicion que ellos, no se entenderá mejorada por no haber tal mejora, ni intencion de hacerla, y ser eventual el que la toque la legítima íntegra, y á los coherederos no mejorados la diminuta; pues nunca percibe mas que lo que el Reino pretendió percibiese, y la pragmática no le privó de tomar; por lo que si la ley 25 de Toro, que prohibió sacar mejora de las dotes y donaciones, hubiera querido limitar este caso, lo hubiera expresado, ó prevenidolo la pragmática de Madrid; que mandó que las hijas no fuesen mejoradas; y pues no habla de el, no se les debe quitar lo que las leyes no las quitan; pero si cabe solamente, incluyendo y no deduciendo el quinto para el cómputo, debe restituir el importe de este al cúmulo de la herencia, ó al legatario ó mejorado en él, si lo hay, porque este no es legítima, y de consiguiente quedarse con él (1).

11. Ofrécese ahora la siguiente cuestion. Dando prestadas el padre ó la madre en una ó mas ocasiones al hijo ó hija que estan fuera de su poder algunas cantidades para subvenir á sus urgencias, y disponiendo en última voluntad del tercio ó quinto, habiéndose obligado el hijo ó hija por vale ó escritura á devolvérselas como prestadas, y no cumplídolo, ni demandándoselas sus padres judicial ni extrajudicialmente, ¿se deducirá de su importe el tercio ó quinto? A primera vista parece que sí, porque

1 Ayor. part. 3. y quest. 27. cit. num. 38 al 90, y part. 4. exempl. 5 vers. Sed.

quid erit si post dotem datam á patre, y siguientes,

el hijo é hija que está fuera del dominio paterno pueden tratar con sus padres sin obstáculo legal, al modo que el extraño; es asi que si este fuera el deudor, se sacarian el tercio y quinto de lo que importase su deuda, como que era parte del caudal del difunto; luego deben sacarse tambien de la del hijo ó hija. A pesar de este argumento que parece concluyente, y de la obligacion constituida por el vale ó escritura, digo que cabiendo lo prestado en el haber ó legitima que corresponde al hijo ó hija, no debe graduarse de mutuo, sino de anticipacion hecha en parte de su herencia, y que por consiguiente tampoco deben desfalcarse ni sacarse de su importe el tercio ni quinto, aunque el mismo mutuario sea el legatario ó mejorado en ellos. Lo primero, porque los hijos son acreedores legales y naturales á los bienes de sus padres, y cuasi dueños de ellos, y no deudores con obligacion coactiva de responsabilidad tan estrecha como los extraños, y no se debe llamar deudor de otro, ni lo es el que de rigurosa justicia tiene derecho claro y expedito á sus bienes, sino al contrario se considera como acreedor suyo: lo segundo, porque contemplando el derecho que tienen los hijos á los bienes de sus padres, á quienes naturalmente han de sobrevivir y heredar, y la necesidad con que les piden los socorros, se debe entender que sus padres, que no la ignoraban, no se los dieron en concepto de préstamo, como si fueran extraños, sino que se los anticiparon en cuenta de su legitimo haber; por lo que su importe no se debe conceptuar deuda a favor del caudal para efecto de reducir tercio ni quinto de él, sino por incremento suyo para el fin de imputarlo á los donatarios como recibido en parte de su legitima, y para el de que no puedan pretender esta íntegra, como si nada hubieran tomado, ni defrauden ni disminuyan por este medio el haber de los coherederos: lo tercero, porque la ley 25 de Toro, que prohibe sacar tercio y quinto no solo de las dotes y donaciones *propter nuptias*, sino tambien de las otras donaciones que los descendientes legitimos colacionan, habla generalmente, sin distinguir ni mencionar la cualidad, condicion ni requisitos con que se han de hacer y recibir las donaciones; y para prohibir que del importe de estas se dedujese el tercio y quinto se fundó en que estos se refieren á los bienes que el donante tiene en su poder al tiempo de su muerte, ó como suyos le pertenecen, y sus herederos pueden exigir del verdadero deudor; y en que lo donado no era ya de aquel por haberlo entregado (como pudo) en vida á quien indispensablemente le habia de heredar, y no era justo dispusiese de lo que

no era suyo: lo cuarto, porque las leyes imponen á los descendientes legítimos la obligacion de colacionar lo que reciben, de la que no pueden eximirse aunque quieran, ya sea á cuenta de legítima ó de mejora, y no la de volverlo á sus ascendientes: lo quinto, porque no es creible ni aun presumible que los padres que dan á sus hijos algunas sumas para socorrerse, se las entreguen con esperanza de que se las han de pagar, aunque se lo ofrezcan, sino á cuenta de lo que les ha de corresponder por su muerte, y por eso la ley que no lo ignoraba, no exceptuó ni tuvo necesidad de exceptuar este caso: lo sexto, porque el estimar como préstamo mutuo lo donado en el presente caso, sería querer que los hijos restituyesen á la herencia de sus padres lo que al instante habian de volver á percibir indispensablemente por corresponderles de rigurosa justicia, y hacer un círculo irregular y vicioso; y lo séptimo, porque aun suponiendo que al principio fuese en la intencion de todos préstamo, y como tal se gradúe, sin embargo de que el mutuario por la naturaleza de este contrato está obligado á volver al mutuante ó á sus herederos, no la misma cosa que le prestó, si no quiere, sino otra de idéntica especie, cantidad, calidad y bondad, no obstante que la mutuada se pierda, quemada ó se la hurten, por no corresponderle accion alguna á retenerla ni á quedarse con su importe en vida ni por muerte del mutuante; esto se entiende para con el mutuario extraño, cuya deuda y obligacion de pagarlas subsisten siempre en su fuerza y vigor, aunque el mutuante fallezca, por no haber ley que de ellas le exima hasta que se extinguen por la solucion, liberacion, novacion, compensacion y por otros medios que señala el derecho. Mas esto no tiene lugar en el heredero forzoso, porque no solo se constituye dueño de lo mutuo, al modo que el extraño en el momento que lo recibe, sino tambien cuando el mutuante su ascendiente fallece, si le cabe en su haber, como que es su heredero legítimo, por cuyo motivo, y porque ninguna ley le precisa á que pague y luego repita, la obligacion de restitution ó devolucion que tenia contraida, espira como tal en el mismo instante que fallece su ascendiente; muda de cualidad y naturaleza por las circunstancias de los interesados; y por disposicion legal se convierte en la de compensarlo, y admitirlo como anticipado y entregado á cuenta de su parte de herencia sin descuento ni desfalco, y á este efecto puede retenerlo en su poder como propio, respecto caberle. Por estas razones, y porque el mutuario descendiente goza de prerogativas que no competen al extraño, y el mejorado ó legatario no

es acreedor por contrato oneroso, no se les debe juzgar por las mismas leyes, ni equipararse los dos. Asi que no se ha de agregar lo que se dió al mutuario al acervo del caudal en concepto de deuda simple, real y verdadera, como la del extraño, para que de todo se deduzcan el tercio y quinto, sino en el de colacionable, á fin de que se le impute en vacío, como recibido; y si el ascendiente en su última disposicion le manda colacionarlo, cesa la duda de haber sido su ánimo dárselo á cuenta de su haber, aunque suene prestado. Pero si en los resguardos se expresa *que lo donado se ha de tener y estimar por caudal del donante, como si al tiempo de morir existiera en su poder, y el hijo ó hija fueran extraños, y que en este concepto ha de poder disponer de él, del mismo modo que del que tenga entonces sin diferencia, y no reputarse anticipado en parte de pago de su haber, sino real y efectivamente prestado, á cuyo fin se reserva esta facultad;* en tal caso, á consecuencia del consentimiento del mutuario y del pacto reservativo, que ninguna ley prohíbe, si el donante no lo limitase, suprimiese ó derogase posteriormente, se podrán sacar tercio y quinto de lo entregado á sus hijos en la propia forma que de lo que tiene en su poder cuando fallece; y lo mismo se deberá practicar, aunque no intervenga pacto, si el donante lo demanda en vida al donatario, aunque sea extrajudicialmente, y no le manda luego colacionarlo, porque en ambos casos está clara su voluntad.

12. Cuando el testador hizo en vida donacion simple que no consumió ni completó el total de la mejora á un hijo, en cuyo caso este se entiende tácitamente mejorado, y despues por última disposicion mejoró expresamente á otro en el tercio y quinto de sus bienes; hay diversidad de opiniones acerca del modo de deducir la mejora, para cuya inteligencia pondré prácticamente el caso. „Un padre que tenia tres ó mas hijos, donó en contrato simplemente, y entregó al uno de ellos diez mil reales, ó una finca ó cosa que los valia: despues mejoró expresamente en testamento ó en otra última disposicion á otro hijo en el tercio y quinto de sus bienes, y el líquido caudal partible que por su muerte se inventarió y halló pertenecerle fueron ciento veinte mil reales.” Es preciso buscar el modo justo de hacer la cuenta para que ni el donatario sea perjudicado en lo que ya tiene recibido, y en que se entiende mejorado, segun la ley 26 de Toro, ni el mejorado en testamento por su mejora, ni los demas hijos en sus legítimas diminutas; y tambien para que pudiendo cumplirse la voluntad del mejerante se observe en el

todo. Es punto frecuente en las particiones, digno por su gravedad de mucha atencion, y en su resolucion titubean muchos por el diverso modo de pensar de los autores; y asi procuraré instruir al contador de lo que debe hacer para que no yerre ni perjudique á los interesados. Mas antes de resolver cual de las opiniones se ha de seguir, debo sentar que la cuenta se puede hacer de cuatro modos. El primero es deducir la mejora expresa de solo el importe de los bienes inventariados, y entoncos el mejorado en testamento conseguirá como tal cincuenta y seis mil reales, á que ascienden el tercio y quinto de los ciento veinte mil reales inventariados; pero de este modo se defrauda la legitima en los diez mil entregados en vida al donatario, en los cuales se entiende mejorado, y por consiguiente este modo de sacar la mejora, como ilegal y gravoso á los no mejorados, de ninguna manera se debe adoptar, en lo cual conviene a todos los autores.

13. El segundo modo es deducir de lo donado un tercio y quinto, y del importe de los bienes inventariados otro tercio y quinto, v. gr. de los diez mil de la donacion sacar cuatro mil seiscientos sesenta y seis y dos tercios, que son el total de su tercio y quinto, y dejar para legitimas los cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio restantes, y de los ciento veinte mil los referidos cincuenta y seis mil, y el residuo que son sesenta y cuatro mil para legitimas tambien; en cuyo caso componia el total de la mejora, dividida entre ambos mejorados, sesenta mil seiscientos sesenta y seis reales y dos tercios, y quedarian para legitimas sesenta y nueve mil trescientos treinta y tres y dos tercios. Este modo de girar y deducir en nada perjudica las legitimas de los hijos, ni tampoco al mejorado en testamento, pero sí al donatario, porque de lo que ya es suyo como mejora se le quita para legitimas mas de la mitad, que son los cinco mil trescientos treinta y tres reales y dos tercios de dos, sin estar obligado á restituirlos por no resultar inoficiosidad. Esto no solo lo prohibe la ley 25 de Toro, sino que aun cuando el testador lo mande, no debe ser obedecido, ya porque la donacion primera irrevocable no se disminuye por la segunda, segun derecho (1), ya tambien porque en la donacion simplemente hecha no se puede imponer despues condicion ni gravamen (2), y últimamente porque lo donado era del donatario, y el testador ca-

1 Ley *Qui fuit questionis*, ff. de collatione, bonor.

2 Ley *Perfecta donatio*, Cod. de donationib. quæ sub modo.

recia de potestad para gravar lo agéno, quitarlo á quien lo tenia y disponer de ello. Por consiguiente tampoco es adaptable ni debe seguirse este método.

14. El tercer modo es unir y acumular verbal y numéricamente los diez mil reales entregados en vida á los ciento veinte mil inventariados, y compondrán ciento treinta mil; deducir de estos el total de la mejora, que importa los mismos sesenta mil seiscientos sesenta y seis reales y dos tercios; dejar al donatario los diez mil que en cuenta de mejora tácita tiene en su poder, y debe colacionar en este concepto, para que no perciba mas de lo que el donante pudo dar en vida y muerte á entrambos mejorados, y luego aplicar al que lo fue en testamento los cincuenta mil seiscientos sesenta y seis y un tercio de dos restantes para el mismo efecto. Este modo de hacer la cuenta es el que siguen los autores (1), y lo observan los contadores de la Corte inteligentes en particiones, porque con él ninguna ley se infringe, ni se perjudican ni disminuyen las legítimas ni mejora tácita ni expresa, y es lo mismo que si todos los bienes entregados existieran en poder del mejorante, y este dejara en su testamento á cada uno la propia porcion; pues por la colacion se constituyen como existentes en él, y se hacen de su herencia.

15. El cuarto modo es sacar la mejora únicamente de los ciento veinte mil que importan los cincuenta y seis mil referidos, y de estos bajar los diez mil entregados en vida al donatario como mejora tácita, y entonces quedará reducido el total de ambas partes de mejora á solos cuarenta y seis mil reales, y por consiguiente aunque el donatario no será defraudado, ni tampoco las legítimas, pero el mejorado en testamento no llevará el residuo íntegro de la mejora que el testador hizo á su favor de todos sus bienes en vida y muerte, como pudo, por que le faltan cuatro mil seiscientos sesenta y seis reales y dos tercios para completarla. Este modo de deducir es el que citando y siguiendo á Angulo y Escobar, se esmera en defender con particular esfuerzo el señor Castillo en dicho capítulo, apoyándolo con una decision de la Real audiencia de Sevilla, impugnando el de Tello y sus partidarios, fundado en las leyes 19, 23 y 25 de Toro y en varios argumentos. A vista de la opinion respetable de estos autores me hallaba perplejo, sin poder inclinarme á seguirla y abandonar la contraria; que siempre ha-

1 Tello, Ayora, Acevedo, Castillo lib. 4, *Controvers.* cap. 16, num. 4.

bia seguido y me habia enseñado la práctica de la Corte, por no exponer dichos autores los fundamentos de ella, y mucho mas diciendo Tello (1) que en juicio jamas habia podido obtener por la suya, y que la otra estaba admitida por cuasi todos los jueces y letrados. Así que, deseoso de acertar en este punto, determiné accrearme á examinar y desentrañar las tres leyes de Toro, en que se funda la opinion contraria, y apurar si hablan ó no del caso concreto en la disputa, y por tanto paso á su explicacion.

16. La ley 19 de Toro, que es la 3. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. dice: *El padre, madre y abuelos en vida, ó al tiempo de su muerte, pueden señalar en cierta cosa ó parte de su hacienda el tercio y quinto de mejora en que lo haya el hijo ó hijos ó nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare ó valiere la tercera parte de sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no la pueda el testador cometer á otra persona alguna.* Tres son los fines de esta disposicion legal: 1.º que el padre, madre y abuelos haciendo mejora de tercio y quinto en vida ó muerte, que es por contrato ó última voluntad, puedan señalar bienes ciertos y determinados para su pago: 2.º que el tercio no exceda de lo que montare la tercera parte de los que tengan al tiempo de su muerte, aunque los consignados para satisfacerlo valgan mucho mas: 3.º que no puedan cometer á otro la consignacion de ellos, pues deben hacerla por si propios. Pregunto ahora, ¿el consignar es dar y entregar en vida cosa alguna al mejorado? No por cierto. Es únicamente señalar la cosa cierta y determinada, en que despues del fallecimiento del mejorante se le ha de entregar el importe de la mejora; luego aunque la ley inserta ordena que el tercio no exceda de lo que valga la tercera parte de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, respecto á no tener efecto la consignacion hasta que fallezca, y existir entonces entre sus bienes los señalados en que se ha de adjudicar y entregar la mejora al mejorado, no se verifica ni puede verificarse su infraccion; ni hay que hacer acumulacion ni computacion, ni de qué, y por consiguiente no es aplicable al presente caso su disposicion en la cosa mas minima, porque ni aun remotisimamente habla de él. Pregunto de nuevo, ¿á que se dirige esta concesion ó señalamiento? A dar y conceder al mejorado derecho específi-

1 Ley 25 de Toro, num. 4.

co en los bienes señalados hasta en la parte que alcance la mejora, y á que los coherederos, quieran ó no, puedan ser compelidos á entregarle precisamente los mismos que el mejorante señaló, y no otros de la herencia, para pago de la mejora, como no habiendo consignacion lo pueden hacer. ¿Y que fin tuvo la ley en mandar que el tercio no exceda de lo que valga la tercera parte de los bienes del testador al tiempo de su muerte? El obviar dudas y pleitos y no gravar las legítimas. ¿Y en que podian ser gravadas estas? En que si desde la constitucion de la mejora hasta la muerte del mejorante trascurrian algunos años, se disminuía su caudal, y el mejorado, á pretexto de la consignacion, pretendia se le diese todo lo consignado en pago de su mejora, alegando se le habia trasferido su dominio, como al legatario de cosa específica el de esta, y por la disminucion del caudal no le cabian los bienes señalados; no le sufragase alegar ni justificar que el total de estos tenia cabimiento en el importe de la mejora cuando se le habia hecho (pues se desfalcaban las legítimas por el menoscabo de caudal), antes bien estuviese obligado á contentarse con lo que de ellos le cupiese, considerado el valor de los que el mejorante dejase, porque el tercio es parte de legítima, y asi como esta cuota de bienes se considera al tiempo de la muerte, porque hasta entonces no se debe, del mismo modo la mejora de los que el testador deja, se debe considerar cuando fallece y no cuando se hizo, porque de lo contrario serian perjudicados enormemente los hijos en sus legítimas, y el mejorado se utilizaria indebidamente en su detrimento.

17. La ley 23 de Toro, que es la 8 del mismo título y libro, dice: *Cuando el padre ó la madre por contrato entre vivos, ó en otra postrimera voluntad, hiciere á alguno de sus hijos ó descendientes alguna mejoría del tercio de sus bienes que la tal mejoría haya consideracion á lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se hizo dicha mejoría.* Esta ley tampoco habla palabra del caso de donacion ni entrega de la mejora del tercio ni parte de él, y sí de que ya sea hecha revocable ó irrevocable, por contrato ó última voluntad se atiende siempre al valor que tengan los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, por la misma razon alegada en el párrafo anterior; y así, como no hay entrega en vida, es preciso atender á aquel tiempo, y por no existir en poder del mejorante todos sus bienes, no hay que computar ni colacionar; ni debe el mejorado, á pretexto de ser irrevocable la mejora, hacer

mérito de lo que valian cuando la constituyó el mejorante, ni de que desde entonces adquirió derecho á ello, porque su irrevocacion sirve únicamente para que no pueda ya dejar de ser mejorado sin causa legal, y para que su padre quede sin potestad para mejorar á otro y gravar el tercio, mas no para que en su deducccion se considere el tiempo en que se hizo la mejora, sino el de la muerte, desde el cual empieza á tener efecto por no haber precedido entrega. Per consiguiente esta ley tampoco es aplicable al caso propuesto.

18. La disposicion de la ley 25 se dirige á prohibir que de los bienes ó donaciones que se colacionan (*) se saque mejora porque como no son del mejorante, no puede hacerla de lo que importen, y estando ya en poder del donatario, y siendo suyos, si se deduce de ellos, se le quitan indebidamente por beneficiar al mejorado, y hacer que la mejora sea mas cuantiosa. Pregunto ahora, ¿prohibe que se hagan la computacion y acumulacion referidas en el párrafo 14 que se observan en la práctica? No por cierto: ni habla una palabra de ellas, ni aun se cotige. Luego pueden hacerse, porque en materia privativa, lo que no está prohibido por ley se entiende permitido, y si la ley lo quisiera lo expresaria. ¿Manda por ventura que se haga la deducccion mencionada en el párrafo 15; ó que cuando el donante entregó al donatario lo que le donó, y despues hizo mejora, se haya de sacar precisamente el importe de lo donado en vida (ya sea en cuenta de legitima ó mejora) del de los bienes que deja cuando muere, y disminuir la expresa posterior, aunque de esta suerte se verifique que no dispone del tercio y quinto íntegros en vida y muerte, limitandole en este caso la facultad que para esto le confieren otras leyes? Tampoco. ¿Se quita algo al donatario ó mejorado en vida para darlo á otro, ó aplicarlo á legitimas, como sucede haciendo la cuenta del segundo modo demostrado en el párrafo 13? Nada, ni por consiguiente se infringe la ley 25 citada; y decir lo contrario es nimio alucinamiento y preocupacion. ¿Puede el testador mejorar á uno ó mas en vida y muerte, y entregarle toda la mejora en vida, ó solamente parte, y dejar en su poder el resto para que se le entregue despues de su muerte? No hay duda. ¿Debe observarse su voluntad no siendo opuesta á las leyes? Es constante. ¿Se opone á su precepto principiando á disponer en vida de parte de la mejora,

* Son los entregados en vida á cuenta de legitima los que tienen obligacion de colacionar los donatarios para igualar-

se con los que nada recibieron, que es el motivo de haberse establecido la colacion.

y entregarla al donatario ó mejorado, y concluir en muerte la disposicion del resto de su importe á favor de él ó de otro? De ningun modo, antes bien es conforme á su permision. Pues si todo es asi, ¿á que viene el valerse de esta ley para el presente caso? No lo alcanzo; y asi saco por legitima consecuencia que ninguna de las tres leyes habla ni aun remotísimamente del caso propuesto: por cuyo motivo no se debe contraer á él su disposicion; y la interpretacion que les dieron los autores referidos es arbitraria.

19. Habiendo demostrado que el caso propuesto no está comprendido en las leyes 19, 23 y 25 de Toro, resta indagar si lo estará en la 26, que es la 10 del propio título y libro, y si estándolo, se deberá hacer con arreglo á ella la cuenta formada en el párrafo 14, que se observa en la práctica, y para proceder á esta indagacion, inserto sus mismas palabras. *Si el padre ó la madre, en testamento ó en otra cualquier última voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos, ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio y en el quinto, entiéndase que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto y legitima de lo que debian haber de los bienes de su padre y madre y abuelos, y no en mas.* Esta ley contiene cuatro partes. La primera, suponiendo la facultad concedida por las precedentes al ascendiente legitimo para mejorar á alguno de sus descendientes, se dirige á mandar que si se hiciere donacion en vida ó legado en muerte, pues esta es donacion hecha en última disposicion segun derecho (1), se estime lo donado por mejora, aunque no lo exprese; lo cual entiendo, ya sea simplemente por mera liberalidad, ó por alguna causa, con tal que no sea necesaria, pues la ley no distingue; bien que algunos autores la entienden solamente de la donacion simple; y se colige de sus palabras, asi como de las de la ley 29 que habla de las donaciones causales. La segunda, que al donatario se cuente por parte de tercio y quinto de los bienes de su ascendiente lo que este le donó, en cuanto quepa en el mismo tercio

1 Leyes 6. tit. 6, y 1. tit. 9. Part. 6, y §. 1. Instit. de legat. Ley *Legatum est. ff. de legat. 1. y 2.*

y quinto de ellos. La tercera, que hecha la donacion no puede mejorar al donatario ni á otro en mas de lo que importaren el tercio y quinto juntos con lo donado, el cual se ha de contar é incluir en el valor de ellos. Y la cuarta, que si lo donado excediese al valor del tercio y quinto de los bienes del donante, valga hasta su importe y en el de su legitima, y no en mas. Preguntó ahora, ¿habla del caso concreto en la disputa? Si. ¿Prohíbe la computacion y acumulacion expresadas en el párrafo 14? No: antes quiere que se haga; ya porque manda que se cuente al donatario por parte de tercio y quinto de los bienes del donante lo que le donó (que esto es computar y acumular) para ver lo que resta de mejora, sin lo cual no se puede saber ni igualar á todos en sus legítimas; ya tambien porque prohíbe al donante que pueda mejorar al donatario ó á otro en mas que en el exceso de lo que contando é incluyendo lo donado, importe la mejora de los bienes que entregó en vida, y deja por su muerte; pues por la donacion general hecha por título lucrativo, no se entiende revocada la precedente particular, antes si esta restringe á aquella, y la limita al residuo del tercio y quinto (1), y esto significan sin violencia aquellas palabras: *Y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto....* Asi se entiende, y debe entender cuando principia en vida la mejora y la concluye en muerte, porque á mas de que la ley no hace distincion de tiempos, y cuando no distingue no debemos distinguir, se colige de sus últimos períodos: *de lo que debian haber de los bienes de su padre y madre, abuelos y no en mas.* Ahora bien, ¿se debe aplicar á legítimas lo donado simplemente? No: porque esta ley manda que se estime por mejora, y de hacer lo contrario se contraviene á ella. ¿Tienen derecho todos los hijos á los bienes íntegros de sus padres en concepto y con el título de legítima contra su voluntad? No: porque se permite á estos disponer del tercio á favor de algunos de ellos, y del quinto al de extraño, ó en otras cosas á su arbitrio. ¿Hay alguna ley que mande se cercene la mejora para que crezcan las legítimas, ó al contrario? No: porque todas quieren se dé á cada uno lo suyo, y á este fin fueron establecidas. ¿Será contra lo dispuesto en alguna, por aplicar al mejorado en testamento el residuo in-

1 Covar. in *Rubr. de testam.* part. 3. unum. 19. Telle en la ley 17 de Toro, num.

125. Angul. en la 9. tit. 6. glos. 10. num. 4.

tegro de la mejora que le correspondè, considerada ó cumulada la donacion hecha á otro en vida por parte de ella? No: antes bien se cumple con lo dispuesto en la 26. ¿Y se gravan por esto las legítimas diminutas de los hijos? Tampoco: porque nada de su importe se les quita, pues les toca lo mismo que si su padre, en caso de no haber hecho la donacion, y de tener en su poder lo donado, mejorara solamente por testamento en el todo de sus bienes á los dos, mandando llevase cada uno lo que habiendo donacion le toca. ¿Se debe deducir solamente la mejora de los bienes que el testador deja, y del importe de ella sacar el de lo donado, como quieren los autores contrarios á Tello? De ningun modo: 1.º porque ninguna ley lo manda, antes bien de la 26 se prueba lo contrario: 2.º porque se restringe al testador la facultad que otras de Toro le dan para mejorar en vida y muerte en el tercio y quinto íntegros de todos sus bienes, y la que esta le concede para hacer donacion en vida, y mejorar en muerte hasta la cantidad que quepa en los del donante: 3.º porque sería notable absurdo hacer que los bienes entregados en el concepto de mejora se aplicasen á legítimas, y clara injusticia é iniquidad quitarlos al mejorado que ya los poseía como dueño, por darlos á los que no lo son, ni tienen el mas leve derecho á ellos, sino excede su valor á la legítima y mejora, atendidos los del mejorante unidos con ellos: 4.º porque debiendo cumplirse la voluntad de este en cuanto quiso que la mejora se dedujese con consideracion á lo donado, y á los que dejare, respecto haber principiado en vida á usar de la facultad que le conceden las leyes, y concluido en muerte; no solo no se cumple, sino que contra ella y contra el precepto de la ley 26 se perjudica al mejorado en testamento, lo cual es inicuo. Por estas razones, por no infringirse la ley 25 de Toro, respecto no quitarse al mejorado en vida cosa alguna de lo que ya es suyo, ni por consiguiente sacar de ello la mejora, como sucede haciendo la cuenta del modo explicada en el párrafo 13; por no prohibir esta ley ni otra la acumulacion de lo donado en vida con lo inventariado para hacer la computacion y deducccion; no venir al caso las leyes 19, 23 y 25; ni haber ley que mande se gire la cuenta como quieren los autores opuestos, antes bien probarse lo contrario de la 26 de Toro, y ser esto preciso para igualar á todos en sus legítimas; y por lo demas expuesto en los párrafos anteriores; soy de opinion que la cuenta se debe girar en los terminos explicados en el párrafo 14, que en la práctica de la Corte es corriente; y de esta suerte se cumple la voluntad

del donante: se observan las leyes; nada se quita á los mejorados; no se defraudan las legítimas necesarias de los hijos, y se procede con justificacion dando á cada uno lo que le toca.

20. Si el padre por contrato oneroso, v. gr. casamiento, ó por el irrevocable, aunque no sea oneroso, mejoró expresa é indistintamente á un hijo en el tercio de todos sus bienes, y á cuenta de la mejora le entregó parte de ellos; ó si le hizo donacion *propter nuptias*, ó otra con causa que es conferible, y despues por última voluntad le mejoró en dicho tercio, ¿para la deducion de la mejora se deberá ó no hacer la acumulacion verbal y numérica de lo entregado en vida al hijo; ó se ha de sacar solamente de los bienes que el testador deja por su muerte, y luego unir el residuo con lo entregado, para dividirlo todo igualmente entre todos los herederos como legítima? Esta dificultad la toca el señor Castillo (1) como caso ocurrido en la Real audiencia de Sevilla, la cual, segun dice, lo resolvió como el anterior, y defiende vigorosamente su decision, fundándose en las leyes 19 y 23, y mucho mas en la generalidad de la 25 que prohíbe se saque mejora de las dotes y donaciones que se traen á colacion y particion. Contiene esta dificultad dos casos distintos, los cuales se deberán resolver de diverso modo, y no confundirse uno con otro. En cuanto al primero, digo: que el ser un hijo solo ó dos los mejorados, no muda el espíritu de las leyes ni la sustancia de la disposicion, y mucho menos versando para su resolucion no solo iguales razones ó las mismas, sino otra superior, que es el ser mejora expresa (de que no se puede dudar), con entrega de parte de ella al mejorado en cuenta del total que le puede caber en vida y muerte; y si cuando es tácita, porque la finge la ley, se deben hacer la acumulacion y computacion referidas, con mayor razon siendo expresa se deberá acumular, porque cesa toda duda, y está clara la voluntad del mejorante, que principió en vida, como pudo, á poner en ejecucion la mejora, con entrega de parte de los bienes que la habian de componer, para que se concluya, en muerte su entrega con lo que le falte, como si nada estuviera entregado. Ademas no hay razon para que los entregados en este concepto muden el de aquel en lo que fueron, y se unan á los que se han de dividir como legítima, ni ley alguna lo manda, porque no son colacionables como las dotes y donaciones causales, ni para que á este efecto se quiten al que los tiene ya como suyos, pues esto

1 Cap. cit, num. 59 y sig. en el lib. 5.

sería claro injusticia. Agrégase á lo dicho que la entrega de parte de la mejora es donacion exenta expresamente de colacionarse como legitima, y la ley 26 incluye este caso por cuanto dice: *para que á él ni á otro no pueda mejorar mas etc.*; y asi se debe practicar lo propio que en el precedente. Mas para hacer esta deducccion es de advertir que respecto no haber mejora de quinto se separarán proviamente hasta en el importe de este y no mas, de los bienes que el testador deje, y no de los entregados á cuenta del tercio, los gastos de su funeral, misas, entierro, legados y todo lo demas que, segun la ley 39 de Toro, corresponde deducir de él; y de lo que reste se hará la acumulacion y computacion, porque por el hecho de no haberlo mejorado en él, es visto haberlo reservado para disponer á su arbitrio de lo que importase. Separado que sea lo que se deduzca, si queda algo del quinto, se une al resto de los bienes inventariados, como que son de la herencia, los dejó el difunto, y mejoró en el tercio de todos; y junto todo con lo recibido á cuenta de este, se ve si el mejorado tiene ó no que tomar por su mejora, y si no le cabe todo en ella, que reciba el exceso en cuenta de legitima; y si nada sobra del quinto, tenga paciencia, y esta diferencia, de que no se acordó el señor Castillo, es la única que hay de este caso al anterior, porque no hay mejora de quinto. Adviértase que si el testador hizo donacion simple á un hijo en vida, y despues por última disposicion le mejoró, y á otro en el tercio de sus bienes, partirán ambos igualmente el total de la mejora recibiendo en cuenta el donatario lo que en vida percibió; excepto que el mejorante mande que dividan con igualdad el importe de la mejora de los bienes que deje, y que el donatario lleve ademas lo que le ha donado, pues entonces percibirá esto mas que el otro de ella.

21. El segundo caso contenido en la dificultad propuesta es cuando el testador hizo donacion *propter nuptias*, ú otra conferible al hijo, y se le agregó, y despues le mejoró en el tercio. Entonces se hará la cuenta de otro modo, esto es, se deducirá únicamente la mejora de los bienes que por muerte del testador se encuentren sin cumular con ellos para su deducccion la precedente donacion causal que hizo y entregó al mejorado. Lo primero, porque esta se dió y anticipó en cuenta de legitima, y como tal es conferible para la igualdad; por lo que se debe unir solamente al acervo destinado para legitimas, por ser de una misma clase y naturaleza, y no deberse unir ni aplicar á un fin lo que se dió para otro. Lo segundo, porque de no practicarse

asi, se infringe la ley 25 de Toro que prohibe sacar el tercio y quinto de las donaciones precedentes que traen á colacion y particion, para que no sean defraudados los donatarios en sus legítimas: solo en cuanto al quinto se observará lo explicado en el párrafo anterior, asi por lo respectivo á su deduccion, como á lo que de él se debe bajar, y demas expuesto; y en este caso es fundada la opinion del señor Castillo, aunque ni en uno ni en otro toca cosa alguna acerca del quinto.

22. Si el padre teniendo v. gr. cuatro hijos, entrega á cada uno por via de dote ó donacion *propter nuptias* su legítima corta en el concepto y con expresion de tal, quedándose solamente con tercio y quinto de los bienes que á la sazón posee, y despues mejora al uno de ellos, y no dejando al tiempo de su muerte mas bienes que aquellos con que se quedó, parece que la mejora se deberá deducir solamente de estos, y que por consiguiente no se hará computacion ni se unirán las legítimas entregadas para el giro de la cuenta, porque la mejora no se debe sacar de las dotes y donaciones que se traen á colacion y particion. No obstante se debe distinguir. Si el padre al tiempo de su entrega expresó que se quedaba con el tercio y quinto para disponer de ellos íntegramente con arreglo á derecho, y que los hijos habian de colacionar sus legítimas, y cumularse á efecto de deducirlos, del mismo modo que si no se las hubiera entregado, se cumularán y sacará de ellas el tercio y quinto, porque en este concepto las recibieron. Mas si faltó la expresion referida, no; porque ya son suyas, y el padre no puede mejorar en los bienes ajenos, por prohibirlo la ley 25 de Toro; y asi sin embargo de que por la colacion se constituyen como de la herencia, esto es para la igualdad y no para deducir de ellas el tercio ni quinto, y que con su acumulacion sea mayor la mejora; por lo que el mejorado llevará el tercio y remanente del quinto del mismo tercio y quinto con que su padre se quedó, y el resto se dividirá igualmente entre todos.

23. Legando el ascendiente en última voluntad á un hijo ó descendiente ó á extraño el quinto de sus bienes, ó disponiendo de él á favor de su alma, ¿se deberá deducir solamente de los que se encuentran en su herencia cuando muere, ó tambien de los que colacionan los hijos por habérselos dado en vida? Parece que de todos se deberá deducir por las razones siguientes: 1.^a porque debiéndose mezclar estos con ellos para igualarse los herederos, y reputandose unos mismos porque constituyen una herencia, es consiguiente que de todos se deduzca co-

mo de patrimonio del difunto: 2.^a porque aunque los hijos sean instituidos con desigualdad en el testamento, de modo que el padre deje mas á uno que á otro; aquel hijo, que en vida recibió algo de su padre, está obligado á colacionarlo (1): luego es claro que si el padre deja el quinto, debe ser aumentado y deducido de lo que el otro hijo trae á colacion: 3.^a porque por el hecho de conferirse las dotes y bienes donados se confunden y hacen de la herencia, del mismo modo que los que se encuentran en ella (2), por consiguiente de los conferidos se ha de deducir igualmente que de los hereditarios, porque se consideran tambien de esta clase; y á no ser asi, se coartaria indirectamente á los padres la libre y amplia potestad que la ley les concede para testar del quinto; la que no se les debe restringir: 4.^a porque el precepto de que se colacionen las dotes y donaciones á la herencia del que las dió ó hizo, no se limita á un solo efecto, antes bien habla simple, general ó indistintamente, confundidos ya y mezclados los bienes colacionados con los hereditarios: luego no deben separarse unos de otros para la deducción del quinto, sino hacerse esta de todos; pues si otra cosa quisiera el testador, la hubiera expresado: 5.^a porque cuando los padres dotan ó hacen donaciones á sus hijos ó hijas sin expresar cosa alguna, es con la tácita condicion de que las colacionen y traigan á la herencia que dejen, pues la ley con su precepto suple la falta de manifestacion de su voluntad; y la colacion se hace para que lo colacionado se divida, y los herederos sean iguales; y si de las dotes y donaciones no se pudiese deducir, hubiera sido superflua la disposicion de la ley 25 de Toro en contrario en cuanto al tercio y quinto cuando son mejora: por consiguiente cuando este no lo es, se debe deducir de todos. A pesar de todo lo expuesto, digo: que el quinto, ya lo deje el testador á un hijo como mejora ó legado, ó á extraño, ó disponga de él en otras cosas, debe deducirse únicamente de los bienes que tiene cuando muere, y no de los colacionados (3). Lo primero, porque por lo mismo que los dió y el donatario ó dotada los recibió, salieron de su dominio y patrimonio, y pasaron al de estos; y asi se debe entender que legó de otros, que de los que tenia al tiempo de su muerte como suyos: lo segundo,

1 Gom. en la ley 29 de Toro, num. 5.

2 Ley 3. § 1. ff. de collation. bonor. y ley Si soror, Cod. de colationib.

3 Tello en la ley 23 de Toro, num. 2. vers. Unde teneo. Martienz. en la 7. tit. 6. glos. 2, num. 3. Angul, en ella, glos. 2.

num. 6. y en la 9. glos. 1. num. 8. Castell. lib. 4. Controvers. y cap. 16. dichos, num. 52, y cap. 35. num. 45. Herinos. en dicha ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6. num. 84. Valasc. de partit. cap. 19. num. 6 al 17.

porque jamas se presume que ninguno dispone de lo ajeno, sino de lo propio, porque no puede: y si legase el quinto de lo ya donado, testaria de lo que no es suyo, y está en poder de su dueño: lo tercero, porque la colacion inducida y preceptuada por derecho, es únicamente para igualar á los hijos, y que no sean perjudicados en su legitimo haber (1); y si de los bienes colacionados se sacase el quinto, resultaria desigualdad, porque se les desfalcaba: lo cuarto, porque aunque se legue el quinto á un hijo, respecto á no ser legitima á que tenga derecho, es lo mismo para el caso que si se legara á extraño, con el cual no há lugar la colacion (2): lo quinto, porque el quinto es cuota de bienes como la legitima, para la cual se debe atender al tiempo de la muerte, por lo que se debe tener igual atencion para él; y lo sexto, porque para que se haga el cómputo de los colacionados, no milita la razon que cuando se hace donacion simple, pues esta se entiende parte de mejora, y en el exceso de legitima, y por este es colacionable; y no siéndolo el quinto, ni teniendo accion á él ningun hijo, cesa el motivo de hacer la colacion. Ademas respecto á que sabia y debia saber el testador cuando hizo la donacion, que su única hacienda era el quinto, y que por consiguiente la quinta parte de lo donado era suya, y no obstante la donó, es visto haber querido por lo mismo que el donatario la llevase, y reservado únicamente para testar el quinto de los bienes que se hallasen cuando falleciese; por lo que los colacionados se entenderán entregados á los colacionantes en parte de legitima ó por via de mejora, segun sean, hayan intervenido ó no las causas para su donacion; esta debe entenderse, excepto que al tiempo de dar la dote ó hacer la donacion, exprese y conste en ellas que las han de colacionar y computar, para sacar de todo el cúmulo, el quinto, y disponer de él á su arbitrio; pues en este caso habrá lugar la computacion y deducion de su importe, igualmente que de los bienes inventariados por su muerte.

24. Para la conclusion de este capítulo resta examinar si en la computacion para deducir la mejora de tercio y quinto, se ha de incluir ó no la cuarta marital que el derecho concede á la viuda (3). Digo, pues, que dicha cuarta no se ha de computar pa-

1 Ley *Ut liberis*, Cod. de *collation*.

2 Ley *A patre*, Cod. de *collation*, ibi, *Extero jure*.

3 Los legisladores considerando la miseria y desamparo de la viuda, y con el

fin de mitigar su dolor, estimularla á que viviese castamente, y evitar que por la indigencia se prostituyese en desdoro y oprobio suyo, y de su difunto marido aunque no la concedieron alimentos, ni gravaron

ra la deducción del tercio y quinto, antes bien como deuda legal y necesaria contra los bienes del marido se debe bajar de estos primero que se haga la deducción de la mejora, según se practica con las demás deudas que deja cuando fallece, porque no es donación que hace á su muger, sino débito que contrae á su favor en fuerza de la concesión legal por el hecho de casarse con ella siendo pobre, á cuyo importe adquiere derecho la muger en caso que no la asigne lo suficiente para sus decentes alimentos mientras subsista (1): lo cual se debe observar sin disputa cuando se contrajo antes de hacer la mejora.

25. Si el marido mejoró irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio antes de casarse segunda vez, parece que se computará la cuarta para deducir la mejora, y que después de

á los herederos de este con la obligación de dárselos de sus bienes (á menos que se los legue el marido. ó quede embarazada, ó mientras la restituyen su dote), dispusieron justamente que si quedase tan pobre al tiempo de la muerte de su marido que no tuviese bienes propios con que alimentarse, ni este la dejase con que vivir según su calidad, y sus hijos heredasen una cuantiosa herencia del padre, tuviese derecho á la cuarta parte de esta, como dije en el libro 2, título 2, capítulo 9, párrafo último, con tal que no exceda de cien libras de oro (a). Esta cuarta marital corresponde á la viuda aun cuando con su trabajo pueda ganar el sustento, porque además de no ser este seguro, se la concede para consuelo de la pérdida de su esposo, y también la corresponde aunque después adquiere bienes por otra parte, en razón de que se atiende al tiempo de la muerte del marido, y no al posterior, que es eventual. También tiene derecho á ella, aun cuando el marido la legue el quinto, y mande que se contente con él, siempre que no alcance para su decente manutención, porque es débito necesario. Pero este derecho á la cuarta marital no tiene lugar en los casos que se expresan en dicho capítulo 9.

Con motivo de esta cuestión habla también aquí Febrero de varios efectos que produce la viudedad á favor de las mugeres, algunos de los cuales son bien extraños,

y estan concebidos en términos chocantes, por ejemplo; *que la viuda no es menos estimada que la virgen, ni está distante de esta; que está reputada por mas liberal que las otras mugeres; que es una verdadera imagen de su marido que goza de los rayos de honor y nobleza de este &c.* Prescindiendo de estos elogios extravagantes, me contraeré á los verdaderos privilegios de las viudas, y son los siguientes: 1.º les compete el fuero de su difunto marido, y gozan de las mismas prerogativas que este: 2.º en todo deben ser respetadas y honradas, como si su marido viviera: 3.º su testimonio ó deposición prevalece al de otras mugeres. 4.º por la viudez no vuelven á caer bajo la potestad paterna: 5.º gozan de los privilegios concedidos á los pupilos y á las doncellas: 6.º les compete el beneficio de la restitución *in integrum*, como personas miserables: 7.º deben determinarse sus causas sin estrépito ni figura de juicio, porque se reputan entre las sumarias y pias: 8.º pueden ya sean actoras ó demandadas, pretender que las avoque á sí el Soberano; y últimamente deben ser juzgadas con equidad y misericordia (b).

1 Tello en la ley 25 de Toro, num. fin. vers. *Pro complemento*, Segur. in *Repetit. leg. cohæredi*, §. *Cum. filie*, fol. 30. col. 3. y 4. Gom. Arias en la 32 de Toro, num. 19 al fin.

a Cada una de estas libras hace sesenta y dos castellanos ó sueldos de oro, y cada uno de estos valia 485 maravedis de los presentes, según Escobar de ratiocin. comput. 1. num. 16 y 17, y comp. 25.

b La doctrina relativa á los privilegios y penas de las viudas, puede verse en Bartolomé Bersano, que la trata con extensión.

deducida esta se sacará aquella del residuo, porque el mejorado ya tenia adquirido derecho á la mejora del total de los bienes de su padre cuando se volvió á casar, y la viuda pobre no revoca las donaciones anteriormente hechas (1). Sin embargo de esto no la disminuirá, pues aunque la donacion sea irrevocable, sirve solamente su irrevocabilidad para que el hijo no deje ya de ser mejorado, ni de percibir la mejora cuando fallezca su padre; mas no para disminuir la cuarta, porque esta es débito necesario contraido antes de su muerte, y aquella se ha de graduar atendidos los bienes efectivos y propios del testador al tiempo que fallece; y como entonces ya está contraido el débito de la cuarta, y su importe como débito legal no es suyo, sino de su viuda, por eso se debe sacar antes que la mejora, ya sea hecha á hijo del anterior matrimonio ó del mismo (2). Entiéndese lo dicho cuando no intervino entrega de parte de la mejora al mejorado antes de casarse el mejorante, pues si la hubo, no se acumulará ni computará su importe respecto á que cuando se contrajo el débito, ya era dueño el mejorado de lo que le habia donado, y no pudo estar obligado á las deudas del mejorante; por lo que se sacará únicamente la cuarta de los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte, y no de los que al de contraer matrimonio ya no eran suyos. En cuanto á si compete ó no al marido pobre la cuarta, véase lo que dije en el citado capítulo 9, título 2. libro 2, párrafo último. Por lo concerniente á si sucediendo este en ella, estará ó no obligado á satisfacer los gastos funerarios de su muger de lo que importe, ó se ha de deducir primero la cuarta para él, y luego el quinto, y de este pagarse; aunque hay variedad de opiniones (3), creo que primero se ha de sacar la cuarta que el quinto, por ser deuda y cosa agena. Y en orden á si la cuarta marital se debe ó no deducir de los bienes confiscados al marido, mi dictamen es que sí (4), porque es deuda contra ellos.

1 Corn. consil. 178. vol. 2. Socin. consil. 108 vol. 1. Gregor. Lop. ibi, glos. 9.

2 Angul. en dicha ley 9. glos. 2. num. 9 al 11, Escobar comput. 1 num. 14 y 15.

3 Angul. ley 13. glos. 3. num. 30. y 34.

4 Antunez Portugal de donat. reg. lib. 3, cap. 26, num. 11 al 16.