

considerando tal vez que nada tenia que tomar, calla algunos años, y conociendo luego que los bienes tienen mucho valor, pide se haga la particion, y se le aplique lo que le falta con los frutos de su mejora; pues ninguno llevará por esta razon, y si solo por lo que le falte para completar su haber como mejorado.

11. Pero supongamos que el testador no deja al hijo el tercio por via de mejora ó legado, sino por via de institucion, como si lega el quinto á su muger ó á otro, ó no disponiendo de él hace varias mandas en diferentes cláusulas, y despues en la de herederos dice: « y en el remanente de todos mis bienes muebles, raices y derechos, instituyo por mis universales herederos á Pedro, Juan y Diego, mis hijos, excepto el tercio que mando le lleve ademas, ó por via de mejora dicho Pedro; y si es necesario, le mejoro en él en la forma que mas haya lugar en derecho, etc. » En este caso afirma Ayora que el mejorado llevará la parte de los frutos correspondientes al tercio, y despues partirá igualmente con sus hermanos, fundando la razon de diferencia en que en el primer caso el mejorado tuvo el tercio como legado, y á los legatarios no pertenece el aumento ni disminucion de la herencia, sino á los herederos; y en este tocándole por derecho de institucion mas que á los otros hermanos, y perteneciendo á los herederos los frutos cogidos despues, debe llevar como uno de ellos los correspondientes á su haber, arreglado á la institucion, puesto que las palabras del testador proferidas de un modo producen un efecto, y proferidas de otro otro diverso. Mas sin embargo, yo dudo de la verdad de esta opinion, porque de cualquiera suerte que le deje el tercio, siempre es mejora; y aun juzgo que lo mismo debe proceder, ya se le deje y le perciba como heredero, ya como legatario (\*).

12. Si hubiese dotado el padre á una hija en cierta cantidad entregándosela en bienes muebles y dinero cuando se casó, y muriere él despues, si la herencia que dejó en bienes raices estuvo muchos años sin partir, y al tiempo de su division pretende dicha hija le den sus hermanos la parte de herencia que la toca, con los frutos de ella integros, á cuyo fin colacionará todo lo que recibió

(\*) Parece bien fundada la opinion de Ayora, pues en el caso propuesto el tercio, sin dejar de ser mejora, es parte de herencia, y en ningun modo puede llamarse legado: de suerte que viene á ser lo mismo que si un testador á falta de legítimos instituyese en partes desiguales varios herederos extraños, en cuyo caso nadie dudará que se les deben aplicar con arreglo á sus porciones hereditarias los frutos percibidos despues de la muerte del testador. Esta reflexion debe tenerse presente para resolver los casos anteriores y otros semejantes. *Febrero reformado.*

en dote; no llevará sin embargo mas frutos que los de aquella parte que le falte para completar su legitima; y si la dote importa tanto cuanto el todo de ella, nada llevará de la herencia, porque ya la tiene recibida, ni por consiguiente de sus frutos, porque estos tocan á sus hermanos como producto de sus legítimas. De nada le servirá alegar que fue perjudicada por no haber llevado cosa alguna en bienes raices; porque ademas de haberse contentado con los que se la entregaron, no pudo compeler á su padre á que de ellos la dotase; pues es arbitrario en él el dejar á sus hijos la legitima en los que quiera, con tal que no los grave en ella ni en su importe.

13. Si el testador mejora en cosa cierta ó en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto á uno de sus hijos, consignando la mejora en bienes determinados, que atendido su líquido caudal no exceden del valor de ella, no llevará el mejorado, como tal, mas frutos que los que durante la proindivision produjeron ó rentaron las fincas señaladas, ya sean muchos ó pocos, los cuales se separarán del total cúmulo para su aplicacion, y de ellos se llevará cuenta; porque por la consignacion se le transfirió únicamente el dominio de las cosas consignadas, y por consiguiente el derecho privativo á sus frutos integros, y no á mas en el concepto de mejorado; pero de los que hayan redituado los demas bienes productivos partirá igualmente con los coherederos por el derecho de legitima que á cada uno corresponde; á cuyo fin se agregarán al acervo del residuo de la herencia despues de separados la mejora y frutos de ella.

14. Mejorando el padre ó madre á uno de sus hijos en el tercio ó quinto con consignacion en cosa cierta, y señalando á otro su legitima en otra, aunque la de este produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas que lo que su finca produjo, porque el otro hijo adquirió igual dominio en la de su legitima que él en la de su mejora; y como se transfirió respectivamente á cada uno desde la muerte del testador, llevarán los frutos que sus fincas señaladas produjeron mientras no se dividieron los bienes de la herencia que dejó; en cuyo caso el mejorado, no obstante tocarle mas parte de esta, percibirá menos frutos por su mejora que el que no lo fue, y llevará su legitima en los demas bienes que haya, ya sean ó no productivos, pues<sup>2</sup> no se debe atender al valor que la herencia tiene con el aumento de frutos, ni estos se la deben agregar, como cuando

<sup>1</sup> Ayor. part. 2, quæst. 28. — <sup>2</sup> Leyes 19 y 23 de Toro.

no hay consignacion, sino al que tenian cuando falleció el mejorante, porque en este caso cada uno adquiere solamente el dominio en su alhaja ó fincas consignadas, y en el otro lo tienen todos proindiviso en el todo, y por eso la herencia y sus frutos se hacen cúmulo universal despues de separada y deducida de ella la mejora, y se dividen con igualdad entre todos.

15. Si el ascendiente mejora á un hijo ó descendiente en el tercio y quinto, consignándolos en una finca, y mandando que si el valor de esta excede á la mejora lleve en cuenta de su legitima el exceso, y muerto el mejorante se averigua que la finca vale mil ducados, por ejemplo, y excede á la mejora en doscientos, los cuales debe llevar por parte de legitima, y no se hace la particion en cuatro años, en cuyo intermedio renta la finca trescientos líquidos, y otros bienes del difunto mil y ciento, en todo mil y cuatrocientos; para dividir justificadamente estos, de los trescientos ducados que rindió la finca en los cuatro años llevará únicamente el mejorado en el concepto de tal doscientos y cuarenta, que son la parte correspondiente á los ochocientos que importó la mejora, y los sesenta se le aplicarán tambien como frutos que produjo la parte de legitima que se le consignó en la finca, cuyo dominio adquirió por la consignacion, y de los mil y ciento que rindieron los demas bienes raices percibirá lo correspondiente á la legitima que le falte y debe haber en estos, bajados los doscientos que le tocan en la finca; porque de aplicarle los trescientos por la mejora, y luego la parte correspondiente á los mil y ciento, como uno de sus herederos por su legitima igualmente con los demas partícipes, saldrian estos perjudicados en los sesenta, producto de los doscientos que llevaba en la finca por parte de legitima: de aplicarle igual parte de frutos de ellos, como si nada tuviera en cuenta de su legitima, se les perjudicaria igualmente por tener tomados los doscientos en cuenta de ella y sus frutos; y de unir los sesenta á los mil y ciento, y partarlos con igualdad entre todos, podrian ser perjudicados el mejorado ó los demas. Así pues, en aplicándole los frutos correspondientes á la parte de legitima, que bajados los doscientos le falte que tomar, á nadie se grava; porque los sesenta, producto de estos, son para él solo, y debe contentarse con ellos ó no admitir la parte de la finca en cuenta de legitima. Pero si no le consignare el exceso por parte de legitima, se uniran los frutos sobrantes de la mejora, v. gr. los sesenta ducados, á lo que rindan los demas bienes raices, y sean muchos ó pocos, se dividirán entre todos los herederos igualmente.

16. Esto tambien debe practicarse aunque el padre vincule la mejora, y tambien lo que por parte de legitima toque al mejorado en la finca ó fincas consignadas; pues no obstante el gravámen de vinculacion que puede imponerle en la legitima, aun cuando nada mas le toque por ella, y valdrá en este caso, debe hacerse la division de frutos en dichos términos, porque el gravámen, á mas de no extenderse á ellos, no se impuso á los coherederos sino al mejorado, y así no se les debe perjudicar en lo que les pertenezca.

17. Si el testador mejoró á uno de dos hijos en tercio y quinto, consignándole el tercio en ciertos bienes equivalentes á él, mandando llevase el quinto en dinero ú otros muebles, señalando al otro por cuenta de su legitima otros bienes raices, y dejando á mas de los señalados á ambos hijos otros raices y muebles; y el mejorado se apoderó solamente del quinto ó parte de él para satisfacer el entierro, misas y mandas, por cuya causa los bienes del tercio y todos los demas estuvieron sin dividir; y habiéndose llevado cuenta de lo que produjeron todos, resultó que durante la comunión rindieron de frutos líquidos mil y quinientos ducados de esta forma: quinientos los de la mejora, trescientos los de la legitima del otro hijo, y setecientos los restantes; en este caso se han de aplicar privativamente al mejorado como tal los quinientos, y á su hermano los trescientos, dividiéndose por mitad entre los dos los setecientos; y de esta suerte ninguno queda perjudicado en los que le corresponden por su haber legitimo. Pero si cada uno se apodera de los bienes raices que se le consignaron, y percibe sus frutos, quedando los demas proindiviso, de estos solos se han de dividir con igualdad los que produzcan, porque los de los otros los tienen ya sus respectivos dueños.

18. En orden á la pertenencia de los frutos pendientes al fallecer el testador en los bienes en que consignó la mejora, se debe distinguir. Si deja viuda, se han de inventariar y tasar, porque le toca la mitad de su importe líquido, y lo propio milita si ella muere y queda su marido <sup>1</sup>. Si no hay viudo ó viuda, ha de distinguirse tambien; ó el difunto dejó herederos legitimos ó extraños: si legitimos, se han de inventariar y tasar asimismo, y aplicarse al mejorado, no como frutos pendientes, sino como parte de mejora y de hacienda que deja el testador, de la cual se debe deducir en cuanto quepa en el quinto, tercio y legitima, atendido todo el caudal que se encuentra pertenecerle: lo cual

<sup>1</sup> Ley 5, tit. 4, lib. 10, Nov. Rec.

procede, ya el testador le haya mejorado en tercio y quinto, consignando en los mismos bienes la mejora, ya solamente en estos, sin expresar si era por parte del tercio y quinto; pues en ambos casos se ha de atender á si caben ó no en aquello en que el derecho le permite mejorar á sus descendientes legítimos aun cuando en los mismos bienes no haya frutos pendientes; y si instituyó herederos á extraños por carecer de legítimos, se ha de volver á distinguir: ó le mejoró en ciertos bienes sin mas expresion, ó en el tercio y quinto ó en otra cuota, consignando en ellos la mejora: si le mejoró en bienes ciertos que señaló, entonces, como que es legado, sea de mucho ó de poco valor, y el testador puede disponer á su arbitrio, sin tener que atender á si grava ó no á los coherederos, se le aplicarán como frutos pendientes, que son parte de las mismas fincas; pero si le mejoró en el tercio y quinto, ó en otra cuota de sus bienes, pertenecen á la herencia los mismos frutos, y se han de tasar con los bienes de esta, y solo cabiéndole en la cuota consignada, se le entregarán con las fincas en que se hallan, porque se perjudicaria á los coherederos, y se le daría contra la voluntad del testador mas de aquello en que le había mejorado; pues la consignacion fue para que se le aplicasen irremisiblemente las fincas en parte de la mejora, y no otra cosa en su lugar, no para que llevase los frutos pendientes en ella, si no le cabian en la cuota en que le había mejorado.

19. Siempre que el título de la mejora que se hace se reduce á no título, debe el mejorado restituir con frutos la finca ó cosa en que lo fue, como sucede en la donacion por causa de muerte, pues como cuando se revoca se reduce á no causa, por estar suspensa y sin efecto mientras vive el testador, se debe restituir la cosa donada con los frutos adquiridos desde el tiempo en que se hizo la donacion; y lo propio milita en la condicional, que por no cumplirse la condicion se desvanece, como si nunca se hubiera hecho.

20. Y si el título no se reduce verdaderamente á no título, sino que se revoca, se debe restituir la cosa donada sin frutos; y así, aunque por el nacimiento de los hijos se revoca la donacion<sup>1</sup>, solo se vuelven los frutos adquiridos desde aquel y la noticia que tuvo el donatario, porque no son parte de la cosa donada para que se restituyan con ella; lo cual procede aun en los frutos naturales, pues mientras posee, sin embargo de que el título sea revocable, es verdadero dueño, y así los adquiere y puede pedir

<sup>1</sup> Ley 8, tit. 4, Part. 5.

las expensas y mejoras hechas en la cosa donada, sin estar obligado á compensarlas con ellos.

21. Pero en este caso basta que el donatario tenga noticia del nacimiento, no es preciso que el donante exprese que quiere revocar la donacion, como algunos afirman, pues el donatario por lo mismo que lo sabe, no ignora que posee sin título, ó al menos con título nulo, que es lo mismo que no tenerle, y de consiguiente es poseedor de mala fe, y como tal debe restituir los frutos que queden líquidos, deducidas las expensas hechas en sus labores, siembra y recoleccion<sup>1</sup>.

22. Mas no deberá restituir los que percibió y consumió antes de la noticia del nacimiento de los hijos, por haber sido poseedor de buena fe<sup>2</sup>, pues este hace suyos los percibidos hasta la contestacion del pleito, sean naturales ó industriales, hágase ó no mas rico con su importe, porque se equipara al verdadero dueño en cuanto á ellos, háyalos adquirido por título oneroso ó lucrativo. Algunos distinguen, pero no debe hacerse distincion, porque la ley no la hace sino en cuanto á los naturales que producen los árboles sin trabajo del hombre, y aun en estos procede, si se hizo mas rico con ellos<sup>3</sup>.

23. De lo expuesto se infiere que cuando los bienes de la mejora se entregaron al mejorado, de tal suerte que su dominio se transfirió en él, y la mejora se revocó por su ingratitud, debe restituir los frutos desde el dia en que fue ingrato, porque desde entonces es poseedor de mala fe, y no antes, que como verdadero dueño los adquirió.

24. Lo propio milita cuando la donacion ó mejora entregada se revoca en el todo por haberse reservado el mejorante ó donante la facultad de revocarla, no obstante que por esto sea aquella revocable; pues como el mejorado se hace verdadero dueño, y dicha reservacion no es ninguna condicion suspensiva que impida los efectos de la donacion, lucra los frutos de esta ó de la mejora, cuyo título no se estima por no título desde el dia que se hizo, sino desde el de su revocacion, y por lo mismo puede pedir las expensas y aumentos útiles hechos en sus bienes, sin que tenga obligacion de compensarlos con sus frutos, como queda expuesto.

25. Habiendo casado el padre á una hija de su primer matrimonio, cuya madre llevó bienes raices ó redituables, y dádole

<sup>1</sup> Ley 40, tit. 28, Part. 5. — <sup>2</sup> Ley 50, tit. 28, Part. 5. — <sup>3</sup> Sobre esta distincion y obligacion véanse las leyes 59 y 40, tit. 28, Part. 5, y su glos.

en dote bienes muebles y dinero, quedándose con los fructíferos de su madre; si la hija era mayor de veinticinco años cuando se casó, equivalía el valor de la dote al que tenían los bienes maternos, y consintió expresamente en que su padre le diese los muebles en lugar de los que su madre había llevado; no puede, muerto el padre, y restituyendo los bienes de la dote, intentar se le entreguen aquellos ni sus frutos, sin embargo de que según la ley 48 de Toro le corresponde desde que se casó todo su usufructo; porque es visto que entre ella y su padre hubo permuta ó venta de unos por otros, y si los maternos tenían mayor valor cuando contrajo matrimonio, se entiende haberlos comprado su padre, y trasferidosele su dominio solo hasta en el precio que dió á su hija, y el exceso, regulado según el tiempo del casamiento, y no según el posterior, se le deberá dar con los frutos.

26. Si cuando se dió ú ofreció la dote dijo que con los bienes que se le entregaban se daba por contenta y enteramente satisfecha de los maternos, no los podrá pretender, y solo habiendo lesión en el valor de los recibidos, y haciéndola constar según y en los casos prescritos por derecho, se le resarcirá; pero si solo el marido intervino en el contrato dotal y le firmó, queda salva á la hija su acción para deshacerle y pedir los bienes maternos con sus frutos desde el tiempo del matrimonio, porque por no haber consentido no perdió el dominio que había adquirido en ellos, ni se entiende haber habido permuta ni venta, ni su silencio la perjudicó tampoco por la reverencia á su padre, ni el marido tuvo facultad para perjudicarla, pues según la ley<sup>1</sup> nadie puede pasar el dominio de lo ajeno sin la voluntad de su dueño.

27. Y si la hija era menor cuando se casó, no valió *ipso jure* la permuta ó enagenación, por lo que puede pedir los bienes con los frutos líquidos producidos desde entonces, devolviendo la dote que su padre le dió; pero en este caso deberá restituir el dinero con los intereses correspondientes á él desde el día en que se casó si quiere los frutos de sus bienes raíces, y el exceso se devolverá, pues de lo contrario se lucraría con estos y con aquellos indebidamente; lo cual entiendo, hubiese ó no el marido querido más el dinero que los bienes, porque no pudo perjudicarla en cosa alguna, ni quitarle la acción que la competía á los bienes maternos, á consecuencia de haber adquirido su dominio por muerte de su madre, ni su padre quedarse con ellos.

<sup>1</sup> Ley 15, tit. 33, Part. 7.

## CAPITULO V.

DE LA COLACION DE BIENES. ¿QUÉ ES COLACION; POR QUÉ RAZON SE INTRODUJO; QUÉ SE REQUIERE PARA QUE TENGA LUGAR; ENTRE QUÉ PERSONAS DEBE Ó NO HACERSE, Y CUÁLES SON LOS BIENES COLACIONABLES?

Objeto principal de este capítulo. — ¿Que es colacion? — ¿De cuántos modos puede hacerse? — ¿Qué es imputacion, y en qué se diferencia de la colacion? Regularmente hablando debe colacionarse la misma cosa, y no su estimacion, excepto en los casos que allí se expresan. — ¿Cuándo deberá hacerse la colacion? — Si el padre prohibiese expresamente la colacion, no se hará siempre que los bienes donados por él no excedan de lo que puede tocar al donatario por su legítima y mejora. — Circunstancias que se requieren para que tenga lugar la colacion. — En la herencia de los ascendientes tiene lugar la colacion entre sus hijos y descendientes legítimos ó legitimados por el siguiente matrimonio, á quienes se debe abintestato la legítima, sin diferencia de sexo. — Entre los herederos extraños instituidos solos ó juntamente con los hijos del testador, no tiene lugar la colacion; pero sí entre estos solos. — Tampoco tiene lugar entre los colaterales ni entre los ascendientes. — Asimismo no colaciona el hijo legitimado por el Soberano ni el adoptivo, ni tampoco hay colacion entre los hijos naturales, sucedan solos ó con otros legítimos, porque no se les debe la legítima. — De los bienes que son ó no colacionables. — Por regla general deben colacionar los descendientes legítimos en cuenta de sus legítimas los bienes, donaciones y gastos que hubieron ó hicieron en vida, y les provinieron del patrimonio del ascendiente, de cuya herencia se trata, si la aceptan. — Las hijas deben por consiguiente traer á colacion la dote y donacion *propter nuptias* que recibieron de sus padres. — Si la hija se contenta con su dote, y repudia la herencia, no tendrá obligación á colacionarla, con tal que no exceda de su legítima. — La obligación de colacionar las hijas la dote se amplía á las demás donaciones que sus padres les hubieren hecho. — También deben colacionar las donaciones que les hayan hecho otras personas por consideracion á sus padres; mas no el dinero que alguno les hubiere dado por desflorarlas ó vio-