

sarse; y asimismo cuando hace el legado quien debe á cierto día ó con condicion, antes que se cumpla esta ó llegue aquel, no se considera hecho con dicho ánimo.

61. La misma obligacion tienen los nietos de colacionar lo que los abuelos dieron en vida á sus padres, y por muerte de estos entró en su poder, porque suceden por trasmision, ocupando el lugar de su padre ó madre, los cuales lo colacionarian si vivieran: en cuyo caso los nietos hermanos se reputan en derecho por una persona para el efecto de suceder y entran en el lugar de su padre ó madre, y así heredarán llevando entre todos la porcion que estos llevarian en caso de vivir: y cada uno de su tios carnales otra tanta como todos los referidos nietos, por lo que no hay disparidad de grado que impida la colacion¹.

62. Sin embargo, en dos casos no estarán obligados los nietos sucediendo con sus tios á sus abuelos á hacer la colacion: primero, cuando el testador instituye por heredero á un hijo suyo en su legitima, y á sus nietos hijos de otro hijo en los demas bienes suyos; entonces no ha lugar la colacion entre el hijo y nietos, ni entre estos, porque los nietos no vienen como hijos para este efecto, sino como extraños, entre los cuales no se admite la colacion; pues si no se les debe la legitima precediendo su padre á quien es debida², tampoco deberán hacer la colacion que solo tiene lugar entre los hijos³.

63. El segundo caso es cuando los padres consumieron total ó parcialmente en su vida la dote ó donacion *propter nuptias* que los suyos les dieron, y los nietos de estos por haber percibido poco ó nada de sus padres, repudian su herencia, y solo quieren la de su abuelo ó abuela donantes, que murieron despues de sus padres. Este caso que se supone⁴ muy difícil se ejecutorió años pasados por la Chancilleria de Valladolid, confirmando la sentencia del alcalde mayor de Talavera de la Reina. Su dificultad parece consiste en saber si el nieto entra á suceder á su abuelo por su propio derecho y persona ó solamente por la de su padre, representándola; y en este escollo tropiezan muchos legistas, impresionados y preocupados con la representacion inventada por derecho positivo; pero antes de proceder á su resolucion debo sentar lo primero, que el nieto no entra á suceder á su abuelo en

¹ Ley *Si nepotes*, 7, ff. de collat. honor.; Gom. en dicha ley 29, num. 6, vers. *Octavo infero*. — ² § *Ita demum*, Institut. de hereditat. que ab intestat. — ³ Valasc. cap. 12, num. 60 y 61; Gom. ibi, num. 6, vers. *Decimo infero*; Guereir. dicho lib. 2, y cap. 11, num. 67 y 68. — ⁴ Antonio Thesaur. decis. 258, num. 2, 4 y 6; Valasc. de partit. cap. 12, num. penult. y ultim.

el lugar de su padre por ficcion de la ley, ni por ella ocupa el primer grado; sino porque muerto su padre se halla el primero y nadie le precede¹; así que no le representa, aunque la representacion verdadera se verifica en los trasversales, mayorazgos y fideicomisos, y no en los legítimos descendientes, que entran por su propio derecho á heredar á sus ascendientes, y estos deben instituirlos necesariamente por sus herederos: lo segundo es de notar, que hasta que muere el abuelo no hay herencia, ni por consiguiente heredero de hecho; por lo que mientras vive, solo tienen sus hijos y nietos una probable esperanza de heredarle: lo tercero que para que el nieto no rompiese el testamento de su abuelo en el caso que su padre muriese antes que este, era indispensable que el abuelo le instituyese tambien por su heredero; pues de omitirle le rompía por la pretericion segun derecho²: lo cuarto debe advertirse, que una cosa es suceder *por privacion ó remocion*, y otra *por trasmision*. Suceder *por privacion*, no es más que ocupar el lugar de aquel que estaba antes, y servia de obstáculo para entrar á la sucesion, al modo que cuando sucede el segundo heredero por haber muerto el primero; por cuya razon no le daña el hecho de este, pues no entra representándole, sino por su propia persona y derecho, poniéndose en su lugar y ocupándole. Suceder *por trasmision* es continuar en la sucesion de los bienes como la misma naturaleza y cualidad: y así al que sucede de este modo daña el hecho del primero porque no puede venir sino en la manera y con la cualidad que aquel á quien sucede y representa³. Es de advertir lo quinto que la representacion para suceder no es otra cosa que entrar el hijo en el lugar de su padre, tomando y reasumiendo en sí todos los derechos anexos á aquel grado, para que si concurre con otros, pueda suceder en la porcion en que su padre sucederia en caso de vivir⁴. Esta sucesion no proviene del padre, sino de la propia persona del hijo, que por muerte de aquel es necesariamente tan heredero de su abuelo, como su padre lo seria por *testamento y abintestato*, á estar vivo, por ser el primero en grado⁵; y así las palabras *suceder en lugar de los padres*, con que se explican los textos civiles, no dicen que

¹ Ley *Qui duos*, 9 al fin, ff. de reb. dub.; Robles de representant. lib. 1, cap. 6, num. 11, al 15; Salg. Labyr. part. 2, cap. 23, num. 17 al 34. — ² Ley 3, Cod. de liber. præterit. Ley *Posthumorum*, 13, ff. de injusto, rupt. testam. y § *Posthumorum*, Institut. de exheredation. liberorum. — ³ Salg. Labyr. cred. part. 2, cap. 23; Robles de represent. lib. 2, cap. 16, num. 100. — ⁴ Novel. 118, de hereditibus ab intestat. venientib. cap. 5; Robles dicho lib. cap. 2, num. 5. — ⁵ Ley 2, Cod. de liber. præterit.; Tiraquel de primog. quæst. 40, num. 112.

el hijo representa la persona de su padre, que por ella viene á la sucesion, y que de otro modo no vendria, ni se han de entender en este concepto, sino que entra á ocupar el lugar de su padre, y quitando del medio este, sucede por su propia persona, como que se halla el primero¹.

64. Supuesto lo referido, digo que en el presente caso el nieto que repudia la herencia de su padre ó madre, no está obligado á colacionar con sus tios lo que sus padres recibieron de sus abuelos, y por haberlo consumido no entró en su poder: lo primero, porque viene á heredar á estos por su propio derecho y persona, y por remocion de la de su padre ó madre, ocupando su lugar, como primero en grado, y no por trasmision, y puede renunciar su herencia; lo segundo, porque jamas se colaciona sino cuando lo que se tiene ó posee se recibió mediata ó inmediatamente de aquel cuya herencia se va á partir; y no habiendo recibido cosa alguna el nieto mediata ni inmediatamente de su abuelo, nada debe colacionar: pues como nada se le transmitió, no le sucede por trasmision sino por remocion, y porque es el primero; y lo tercero, porque la colacion es gravámen personal, que debe sufrir únicamente el que percibe la utilidad: es así que el nieto ninguna tuvo por no haber legado á sus manos cosa alguna de sus padres ni abuelos, y que puede repudiar la herencia paterna y materna, como queda expuesto: luego no debe colacionar lo que su padre ó madre consumieron si la renuncia, y así no hay méritos para que en este caso se considere y subsista la razon de equidad inductiva de la colacion². No obsta el alegar que el nieto estando en grado mas distante que sus tios se hace de mejor condicion que ellos; porque nada tomó de su abuelo, y para sucederle se puso en el primero, y es tan heredero forzoso suyo como ellos: fuera de que no tiene la culpa de que su padre muriese antes y consumiese lo que recibió. No obsta tampoco el que á no ser por su padre, no heredaria á su abuelo, pues así como en un mayorazgo no le recibe el hijo del padre sino del fundador, tampoco el padre es causa para la sucesion en los bienes del abuelo, porque la cuota de su legítima depende de la disposicion de la ley, como en el capítulo anterior dejo expuesto. Ni obsta últimamente el que sus tios son perjudicados en las suyas, porque no se les deben

¹ Robles de represent. lib. 1, cap. 10, num. 5, y cap. 11, num. 6. — ² Valasc. de partit. cap. 12, num. penult. y ultim.; Guerreir. de div. lib. 2, cap. 11, num. 63; Cevall. in cap. Raynutius, de testament. part. 4, cap. 1, num. 75, y 8, en la ley 5, tit. 4, Part. 5, glos. 6, num. 75; Thesaur. decis. 258, num. 2, 4 y 6; Faber. lib. 15, Conjectur. jur. cap. 15 al fin.

hasta que su padre muere, el cual pudo haber gastado en vida todos los bienes; y como por su muerte no existen otros en su poder ni en el de su nieto, es lo mismo que si él los hubiera consumido en sus urgencias; por lo que deben contentarse con lo que les deje, como el nieto se contenta; y así perecen para la herencia, al modo que si existieran la aumentarían. Lo mismo se debe practicar cuando el padre da á su hijo ó hija en dote ó en donacion cierto capital puesto en fondo vitalicio que con su muerte precedida á la del padre, espiró, y el nieto viene á heredar á su abuelo donante con sus tios, porque milita idéntica razon para con él. Pero si el nieto recibiere algo de su padre ó madre, deberá colacionarlo con sus tios, porque en su importe se verifica suceder por trasmision¹, y existir en su poder bienes de su abuelo, ú otros en su lugar (*).

¹ Hermos. y Thesaur. ibi, y decis. 57; Rodrig. Suar. in leg. Quoniam in prioribus, limit. 4, num. 11; Robles dicho cap. 16, num. 105 al 103.

(*) Aunque el autor está demasiado difuso en este punto, he dejado toda su doctrina, sin cercenarla ó compendiarla, como hizo el reformador Don Marcos Gutierrez, para que se vean en toda extension y puedan calificarse bien las razones en que se apoyó Febrero, de cuya opinion me aparto, fundado en las consideraciones siguientes. Dice que « cuando los padres consumieron total ó parcialmente en su vida la dote ó donacion propter nuptias que los suyos les dieron, y los nietos de estos por haber percibido poco ó nada de sus padres, repudian su herencia, y solo quieren la de su abuelo ó abuela donantes que murieron despues que sus padres, no estan obligados á colacionar, sucediendo con sus tios á dichos sus abuelos. » La primera, y puede decirse la principal razon en que se apoya es: « que el nieto no entra á suceder á su abuelo en el lugar de su padre por ficcion de la ley, ni por esta ocupa el primer grado, sino porque muerto su padre se halla el primero, y nadie le precede, y así no le representa, » de suerte que aquí excluye el derecho de representacion, siendo así que en otra parte (lib. 2, tit. 2, cap. 5, § 12) sienta lo siguiente. « Pero si los nietos del testador son hijos de algun hijo difunto, deberá el abuelo instituirles en la parte que hubiere correspondido á su padre si viviera, y esta la dividirán entre sí á partes iguales; de modo que entre todos juntos en representacion de su padre muerto, heredarán tanta porcion como cada uno de sus tios. Esto es lo que se llama heredar por stirpes. » Esta es una contradiccion palpable, la cual resalta mas con lo que dice en otro lugar (lib. 2, tit. 2, cap. 9, § 9). « Si el difunto muere (abintestato) teniendo tres nietos, uno de un hijo muerto y dos de otro, el primero tomará la mitad de la herencia, y los otros dos la otra mitad en representacion de sus padres respectivos. » Y efectivamente no puede ser de otro modo que representándolos, pues si los nietos entraran á heredar por su propia persona y derecho, y no en representacion de su padre, como sienta aquí el autor, no percibirian todos ellos juntos la parte correspondiente á este, sino cada cual la suya, como el tio, pues esto es lo que se llama heredar por su propia persona ó por cabezas. Ademas Febrero admite la verdadera representacion en los trasversales, y acerca de esto dice la ley 2, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec. que « suceden los sobrinos con los tios abintestato á sus tios in stirpem, y no in capita. » Luego si aquí hay representacion, ¿por qué no cuando los nietos suceden por stirpes?

65. En orden á si la renuncia de legítima que hace la madre contenta con su dote, perjudicará ó no á sus hijos, viniendo estos á heredar al abuelo por haber ella muerto antes, hay dos opiniones contrarias: la afirmativa se funda en que vienen por representación de su madre, y en que así como perjudicaria á esta, debe perjudicar á sus hijos para que no se saque de una herencia dos legítimas, siendo herederos de ella; y la negativa se apoya en que vienen por sus propias personas á heredar á su abuelo. Yo me inclino á lo expuesto en el caso anterior.

66. Si un padre que tenia hijos de dos matrimonios, casó durante el segundo dos, v. gr. que habia habido del primero, dando á uno algo menos de lo que le tocaba por su legítima materna, y á

Añade luego como otra de las razones para afianzar su doctrina, que una cosa « es suceder por *privacion ó remocion*, y otra por *trasmision*: suceder por privacion no es más que ocupar el lugar de aquel que estaba antes, etc. Suceder por trasmision es continuar en la sucesion de los bienes con la misma naturaleza y calidad; y así al que sucede de este modo daña el hecho del primero, porque no puede venir sino en la manera y con la calidad que aquel á quien sucede y *representa*. » Da, pues, por supuesto en este párrafo que el nieto sucede por privacion y no por trasmision; siendo así que en el párrafo 45 dice lo siguiente. « La misma obligacion tienen los nietos de colacionar lo que los abuelos dieron en vida á los padres de aquellos, y por muerte de estos mismos entró en su poder, porque suceden por *trasmision*, ocupando el lugar de su padre ó madre, quienes lo colacionarian si vivieran. » Si suceden por trasmision en este caso, ¿ por qué no en el otro? ¿ No ocupan tambien en este el lugar de su padre? ¿ No tendria este que colacionar si viviera lo recibido por el abuelo? ¿ Tienen la culpa los otros hijos de este que dicho padre del nieto gastase lo percibido? ¿ No es una misma la legítima, sea el nieto quien la perciba ó su padre si viviese? Pues ¿ por qué el gravámen de la colacion anexo á ella no ha de alcanzar igualmente al hijo que al padre? En vano dice el autor alegando otra de sus razones, que la colacion es gravámen personal que debe sufrir únicamente el que perciba la utilidad, y que el nieto ninguna tuvo por no haber llegado á sus manos cosa alguna de sus padres. Esta es una mera sutileza: el nieto percibe utilidad, esto es, la legítima del abuelo disminuida por lo que recibió su padre, cuyos derechos y nada mas hereda. Los demas hijos del abuelo tampoco percibieron utilidad alguna de lo que gastó el padre del nieto; por consiguiente no deben ellos ser gravados sino este, que al cabo se mantuvo en la casa paterna, recibió educacion, etc. Fuera de que no sabemos de donde sacó el autor esta distincion metafísica de suceder por privacion y por trasmision, desconocida en nuestros códigos legales. Segun ellos no hay mas que dos modos de suceder, ó por su propia persona ó en lugar de otro representándole. Probado, pues, que los nietos entran á heredar al abuelo por representacion de su padre, aun cuando repudien la herencia de este, deberá en mi opinion colacionar lo que él recibió del abuelo, y traerla á colacion si viviese; pues con esta condicion ó gravámen lo recibió, y no es justo perjudicar á los otros hijos del abuelo por una cavilosidad que no está fundada en ley alguna, antes por el contrario de la 2 citada, y de la 3, tit. 15, Part. 6. se infiere todo lo contrario. Me he extendido tanto en esta nota por ser un punto difícil, de cuya aclaracion no se trató en las ediciones anteriores de Febrero.

otro algo más á cuenta de la paterna, expresando lo que les entregaba por cada una, debe el segundo hacer dos colaciones, la una con su hermano entero para igualarse con él en el haber de su madre; y la otra con este y con sus hermanos consanguíneos para igualarse en el del padre de todos. Por ejemplo, la herencia de la muger primera eran doscientos, y el padre dió al uno cincuenta y al otro trescientos. En tal caso este último colacionará con el otro cincuenta que llevó mas de lo que debía haber por su madre, y se los restituirá para que queden igualados, con lo cual vendrá á percibir cada uno los ciento que le corresponden por la legítima materna: y luego con su mismo hermano entero y con los consanguíneos del segundo matrimonio colacionará los ciento cincuenta restantes como percibidos á cuenta de la paterna, porque todos son herederos de un padre cuya herencia se va á partir. Y si á entrambos hubiese reintegrado igualmente su haber materno, y dado además algo á cuenta del suyo, deberán colacionar con los consanguíneos lo recibido por cuenta del paterno, y por lo respectivo á su madre nada tendrán que colacionar entre sí, por estar igualados, como ni tampoco con los del matrimonio segundo, en caso que á cuenta del haber de su padre nada hayan percibido.

67. En orden á si el enfiteusis es ó no colacionable debe distinguirse. Si es de *nominacion* por ciertas vidas, el cual se usa en el reino de Galicia, y el enfiteuta no le compró, y en vida nombra á su hijo para que le goce, no tiene esta obligacion de colacionarle, ni colacionar su estimacion con sus hermanos cuando su padre no fue el primero que le adquirió, porque nada recibe de él, sino del señor del dominio directo que le concedió al primero: ni tampoco cuando el padre le eligió en su testamento, porque esta eleccion hace las veces de legado, y lo que se deja en última disposicion no se colaciona.

68. Si el padre le adquirió, deberá traerle á colacion el hijo, porque se entiende concedido al mismo padre con quien contrajo el señor del dominio directo, y no con el hijo á quien tal vez no conoció, acaso no habia nacido entonces, por lo que no se presume tenerle afecto; y lo propio milita sin disputa, aunque se conceda al hijo si en la concesion se expresó que se hacia por contemplacion y respetos del mismo padre.

69. Y si el padre le compró, tendrá tambien el hijo nombrado que colacionar el precio desembolsado, porque cuanto pagó el padre, tanto disminuyó de caudal para conseguirle, y á no haberle comprado quedaria su importe á todos sus hijos para divi-

dirle entre sí; en cuya atención es justo que el hijo que sucede en todo él, le colacione, para que de este modo no haya desigualdad, ni sus hermanos sean perjudicados en sus legítimas. No obsta que el enfiteusis no pasa al hijo hasta que su padre fallece, y que las cosas adquiridas después de su muerte no son colacionables, según se ha dicho, porque el precio salió de su caudal en vida, y no se le dejó en disposición última, por lo que debe colacionarle, no mandando el padre lo contrario.

70. La obligación de colacionar el precio tiene lugar en el caso de que el padre renuncie el enfiteusis en el señor del dominio directo, para que le conceda al hijo, y este no se halle obligado á colacionarle; pues no es justo por ningún motivo que semejante fraude tenga efecto en perjuicio de los demás hijos. Asimismo tiene lugar, aunque el padre comprador sea el último llamado á su obtención, é impetere del señor del dominio directo que le renueve en favor de su hijo, porque con el dinero satisfecho no solo es visto comprar el enfiteusis, sino también el derecho de pedir su renovación, y porque el enfiteusis renovado es el mismo continuado, y no otro nuevo. Igualmente tiene lugar, aun cuando el enfiteusis se haya concedido al hijo en remuneración de los servicios hechos por su padre al señor de él, si estos son obligatorios y dignos de ser remunerados; porque la acción que se adquiere por servicios, se reputa como las demás acciones y derechos. Finalmente tiene lugar dicha colación en el importe de las mejoras ó aumentos hechos por su padre en la finca enfiteútica, si el hijo quiere ser heredero, á cuyo fin se apreciarán; pues tiene acción á repetirlos del señor del dominio directo, á quien acabadas las vidas ha de volver mejorada, y este debe abonárselos, porque á todos está prohibido enriquecerse con detrimento de tercero. He dicho si el hijo quiere ser su heredero, porque si repudia la herencia, no está obligado á la expresada colación, aunque si el importe de los aumentos excede á la legítima y mejora, deberá restituir el exceso á los coherederos, atendido aquel y el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, según la ley 29 de Toro.

71. Lo que se ha dicho de las mejoras ha de entenderse de las útiles que aumentan el valor de la finca, y no de las que solo se hicieron para conservarla y entregarla tan buena como se recibió, porque como necesarias deben hacerse: ni tampoco de las que el comprador y sus sucesores estuvieron obligados á hacer en virtud del contrato enfiteútico.

72. Si el padre no solo nombra al hijo, sino que en vida le en-

trega la finca enfiteútica, deberá colacionarla, aunque no se hubiese comprado ni mejorado, porque tanto disminuye de su patrimonio, cuanto su hijo consigue del enfiteusis, y tanto más se hallaría que dividir entre sus hijos, á no habersele donado ni entregado. Y si en vida se la entregó simplemente, y el hijo gozó sus frutos sin constar el título con que poseía, deberá no obstante colacionarla por evitar la desigualdad entre sus hermanos; bien que según la ley 26 de Toro se entenderá mejorado en ella en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima.

73. Así como el hijo debe colacionar al tiempo de la partición de los bienes de su padre el enfiteusis de *nominación* que este compró, así también el nieto hijo de aquel, cuando se efectúe la de los del suyo, pues versa la propia razón; aunque á no haberle comprado hubiera dejado más caudal, y su hijo también en otra cosa: lo cual procede aunque el abuelo nombre al nieto.

74. Nombrando el enfiteuta á un extraño para el goce del enfiteusis mejorado, no deberá pagar este las mejoras, porque es visto habersele dado con ellas, y únicamente en caso de haberle, devolverá el exceso de lo que se le permite disponer teniendo descendientes legítimos, que es del quinto; pero si antes tuviese donado este á otro, y el nombrado quisiera la finca enfiteútica con las mejoras, tendrá que pagar su importe, no por razón de colación, pues los extraños no colacionan, sino porque el donante no puede disponer de más que de un quinto en vida y muerte en perjuicio de las legítimas de sus descendientes.

75. Por lo concerniente al enfiteusis ó censo perpetuo, si el padre donó en vida á algún hijo, ú dió en dote á alguna hija la finca enfiteútica, deben colacionarla del mismo modo que si les hubiere dado otra cualquiera de su patrimonio sin la más leve diferencia, bajando su carga ó pensión porque se conceptúa finca patrimonial ó de la herencia paterna, y como tal es divisible entre todos, por los que quien antes la reciba, debe traerla á partición con los coherederos, no mandando lo contrario el testador, ó mejorándole tácita ó expresamente en su importe. Y si el testador no dispuso en vida de la finca enfiteútica, y cuando la tomó en enfiteusis, fue con la obligación de no poderse partir ni dividir nunca, según suele pactarse en este contrato, como que la finca es parte de la herencia que dejó, se adjudicará á uno de sus hijos, bajando el importe de todo el gravámen enfiteútico, y si no le cupiere en su haber, restituirá el mayor valor á los coherederos.