

rigo por razon de la iglesia ó por otro medio adventicio, esté ó no ordenado de orden sacro, si goza del privilegio del fuero, porque sin embargo de que dicho orden no le exime de la patria potestad (1), como al obispo la dignidad episcopal; todo quanto adquiere se reputa casicastroense, lo hace suyo, y como tal no debe llevarlo á colacion (2).

44. Tampoco debe colacionar el hijo lo que su padre expendió en proporcionarle algun honor inalienable y no trasmisible á sus herederos, ó alguna dignidad ú oficio público, por el que se perciba anualmente alguna renta ó comodidad, pues se equipara al peculio y bienes castrenses; pero si fuere vendible ó trasmisible á los herederos, deberá colacionarlo, si el testador no manla lo contrario. Lo mismo procede por igual razon en los gastos hechos para condecorarle con el grado de doctor ó licenciado; bien que si el padre tiene en su poder bienes adventicios del hijo, se entiende hacerlos de estos y no de los suyos propios, á menos que disponga otra cosa. Pero los gastos que el padre hace en condecorar á su hijo con el hábito de alguna de las cuatro órdenes militares ú otra, deben colacionarse, á no ser que le exima de ello: en primer lugar, porque esta condecoracion, como puramente personal, no cede en honor ni en utilidad de la familia, segun creen algunos que no miran las cosas por lo que son en realidad, sino por la corteza; no en honor, porque no le aumenta el que goza, y debe acreditar para cruzarse, puesto que ya se acabó el tiempo en que se escogia y entresacaba de mil uno para armarle caballero, por sus distinguidos servicios á la patria; y como solo sirve para dar á entender á los que no le conocen que probó nobleza ó hidalguía, mas es necia vanidad que otra cosa; y no en utilidad, porque de estar cruzado, ninguna se sigue á sus hermanos, ni por ello se les aumenta su nobleza, ni han de probarla con él, sino con sus ascendientes; y aunque logre la encomienda ó pension es para sí, no para aquellos; y en segundo lugar, porque tampoco sirven dichos gastos para beneficio, defensa ni gobierno de la patria, como los que hacen los que la defienden y gobiernan con las armas y letras, que es el motivo principal que tuvo la ley para exceptuar de la colacion á los castrenses y casicastroenses.

45. No se debe imputar al hijo en su legítima, ni de consiguiente debe colacionar lo que su padre ó madre expendieron

1 Cap. 19. de sanctis espise.

2 Leyes 2 y 3. tit. 21. Part. 1.

por redimirle de cautiverio, pues es visto haberlo expendido liberalmente movidos de piedad y del afecto que le profesaban como padres, y no con ánimo de repetirlo, ni de que despues de su muerte se le precisase á su colacion, de suerte que se entienda mejorado en su importe.

46. Asimismo no debe colacionar lo que su padre pagó voluntariamente por la pena en que se le condenó por algun delito, pues tambien es visto haberlo hecho por piedad, excepto que su padre mande que se le impute, ó que por protesta ó conjeturas se pruebe que quiso lo colacionase, ó que sea cantidad considerable, por la que se graven las legítimas de los demas hijos. Pero si lo pagó por necesidad, como por estar obligado á ello por la ley, ó por ser fiador del mismo hijo con beneplácito de este, ó por otra causa semejante, deberá traerlo á colacion, porque no se presume habérselo donado si no lo expresa, y si tenia bienes del hijo en su poder, se cree haberlos satisfecho de estos.

47. No estan obligados el hijo ni la hija á colacionar con sus hermanos las pensiones, encomiendas, renta vitalicia y demas donaciones que el Rey ó Reina les hubiesen hecho, haya sido ó no criado suyo el padre, aun cuando fuese por los méritos y servicios de este, y á ruego ó súplica suya, y aun cuando por su Real permiso y gracia especial pasen á los hijos y descendientes del concesionario. Lo propio milita en los réditos ó rentas anuales, v. gr. juros que el mismo padre trasfiere con Real licencia en su hijo ó hija; pues todas estas donaciones se reputan casicastroenses, y como tales pertenecen en propiedad y usufructo al donatario ó concesionario, segun lo he visto declarado por el Consejo.

48. Pero si al principio compró el padre las pensiones ó renta vitalicia, aunque despues por gracia del Rey se trasfieran á sus descendientes, deberá colacionarlas el hijo ó hija á quien se concedieron, porque como al principio no hubo liberalidad, sino un contrato oneroso, aun cuando luego la haya en la trasmision á su posteridad, no debe obrar tanto que se reputen donaciones puras y exentas de colacionarse, por lo que se conceptúan réditos ó intereses del capital desembolsado por el padre en su compra, y que continúan durante la voluntad del concedente como tales, y no como merced; lo cual procede tambien cuando este manda que el donatario las colacione. Si el Rey dona una misma cosa á dos sugetos en diversos tiempos, será pre-

ferido el primero en la data ó fecha de la donacion, aunque el segundo tome antes que él la donacion de la cosa donada, al modo que en las prebendas y beneficios á que no está anejo algun cargo, administracion ú oficio, lo es el beneficiado á quien se confieren, y es anterior en la fecha al posterior que presentó primero las letras (1); pues si tienen aneja alguna administracion, no se atiende al tiempo de su data sino al de su posesion.

49. No tiene obligacion el hijo de colacionar con sus hermanos los bienes adventicios que con su mera industria y trabajo personal, v. gr. sirviendo á otro por su salario, aunque sea con voluntad de su padre, ó por dádivas que le hicieron, consta haber adquirido, esté ó no en su poder (2).

50. Si adquirió todo el lucro con los bienes ó dinero de su padre, sin poner trabajo suyo ó negocio en nombre de este, expresándolo asi en los contratos que hizo, debe comunicarle como profecticio, pues viene á ser un factor ó procurador suyo, y como que comerció en su nombre, y por su cuenta y riesgo, debe ser todo el lucro ó pérdida para él. Pero dudándose si le adquirió con su mero trabajo ó con los bienes de este, percibirá la mitad, y la otra será para su padre ó para su testamentaria, como sucede entre los socios cuando uno pone el fondo y otro la industria, pues no es justo que lo que el hijo gana con sus afanes y sudor, lo lleven sus hermanos sin haber trabajado; lo cual entiendo debe proceder solo en el caso de que su padre no le haya alimentado, pues si le alimentó y estaba bajo de su dominio, será todo el lucro para su testamentaria. Y si con el dinero de su padre adquirió el lucro cometiendo usuras, ó valiéndose de otros medios y arbitrios ilícitos y reprobados, nada deben participar de él su padre ni hermanos, ni tampoco ha de traerse á particion, porque el lucro adquirido ilícito y torpemente no toca al juicio divisorio, antes bien se debe restituir á su dueño, y si se ignora quien es darle por Dios (3).

51. Habiendo administrado y gobernado por sí solo el hijo los bienes de su padre á causa de hallarse muy viejo ó imposibilitado, si los demas por ser menores ó por otro motivo nada lucraron ni trabajaron, podrá pedir por su muerte el salario de todo el tiempo de la administracion, y se le debe dar, asi como

1 Cap. 7. de rescript. cap. 12 y 14 del mismo tit. in 6. cap. 7, y cap. 31. de prebend. in 6.

2 Ley 5. tit. 15. Part. 6.

3 Ley 2. tit. 15. Part. 6. y su glos. 10 y sig.

se daría á un extraño que los administrase, no siendo él capaz de administrarlos, cuyo salario regulará el juez con prudencia y equidad, atendiendo á su trabajo y á lo que despues de vestido podia ahorrar un criado, y se deducirá del cuerpo del caudal como deuda contra este, por no parecer justo que los hermanos sin trabajo se lucren con el suyo; lo cual procede, sin embargo de que estando bajo la patria potestad debe servir á su padre, en lo que, y en que se presume haberlo hecho por piedad, se fundan algunos para querer privarle del salario y remuneracion que merece, y que ceda en utilidad de sus hermanos; pues aquello es bueno para que no pueda demandar á su padre, no para que despues de muerto se lucren estos con su sudor; mas para evitar dudas por la diversidad de pareceres que hay, conviene que asi lo proteste, porque de esta manera conseguirá alguna remuneracion.

52. Si el hijo emancipado, lejos de adquirir y cuidar de los bienes de supadre, los dilapidó, consumió ó sustrajo, debe colacionarlos ó restituir su importe; pero si se halla bajo la patria potestad, podrán los coherederos conseguir el reintegro por medio de la compensacion ó retencion de otro tanto como destruyó, que en el efecto viene á ser lo mismo.

53. El hijo á quien por sus méritos hizo alguna donacion su padre ó madre, no está obligado á colacionarla, siempre que sean condignos equivalentes á ella, ó tales que no pueden estimarse ni pagarse con dinero; porque se conceptúa lo donado de la clase de bienes adventicios, los cuales no se colacionan, y mas se considera remuneracion y paga de deuda (si es que por ella podia ser reconvenido judicialmente el donante) que donacion, y de consiguiente como hecha á extraño, pues no basta que sean méritos de obsequio, porque á estos se halla obligado, y por lo mismo no pueden reputarse tales; si bien para evitar la duda de si la donacion es ó no remuneratoria, y de si los servicios del hijo son de obsequio ó no, se tendrá la donacion por mejora en cuanto quepa en el tercio y quinto. Pero el hijo debe justificar los méritos, por no ser suficiente la confesion de su padre ó madre, aunque sea jurada, porque se trata del perjuicio de los demas hijos, á quienes no deben gravar en sus legítimas; bien que en este caso valdrá la confesion como simple donacion en todo aquello de que los padres pueden disponer, salva la legitima de los otros hijos, en lo cual no se revocará por la ingratitud del hijo, ni por el nacimiento de otros.

54. Son colacionables en cuenta de legitima las donaciones

que los padres hacen á sus hijos por causa necesaria, porque es visto no hacerlas por mera liberalidad, sino impelidos de aquella causa, y consiguientemente con ánimo de compensarlas, pues son de cantidad crecida y parte considerable de herencia. Pero en orden á las donaciones simples, la opinion mas comun es que no se deben colacionar, porque regularmente son de corta cantidad, y como proceden de mera liberalidad del donante, y no hay ninguna causa necesaria para hacerlas, se contemplan hechas sin ánimo de que se compensen con la legítima, y se estima al donatario por mejorado en su importe. Pero esto se limita en tres casos: el primero es cuando el padre hace la donacion al hijo emancipado, pues vale incontinenti, y es colacionable como las causales, excepto que exprese que no quiere la colacion; aunque por el contrario haciéndola al que está en su poder no es válida, á menos que se confirme con su muerte: el segundo es cuando de no colacionarse la donacion simple resulta grande desigualdad entre los descendientes; y el tercero es cuando el donante mandó en la misma donacion que el donatario la colacionase, en cuyo caso cesa toda duda, y no hay mejora.

55. Donaciones causales, que tambien se llaman necesarias, son las que el donante hace por alguna causa necesaria, util ó pia, por la que puede ser compelido á hacerlas, como el dotar á la hija que vive honestamente, el casar ó poner en estado á algun hijo ó alimentarle. Estas donaciones se deben colacionar é imputar al donatario en su legítima, á menos que el donante mande otra cosa, ó se colija de su voluntad que quiso mejorarle, porque es visto haberle anticipado en cuenta de aquella lo que le donó, y no donádoselo liberal y graciosamente. Asi lo indica la ley 29 de Toro, que habla primero de la legítima que del tercio y quinto en estas palabras: *Y para se decir la dicha dote inoficiosa, se mire á lo que excede de su legítima y tercio y quinto de mejoría.* Mas por el contrario en las donaciones simples de que trata la 26, se hace mencion del tercio y quinto antes que de la legítima, porque quiere se impute en aquellos primeramente. *Y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto, y legítima.* El orden de las palabras concilia ambas leyes, y da á conocer de que donaciones habla cada una.

56. Tocante á si lo que el abuelo dió á la nieta viviendo su hijo, lo deberá colacionar esta ó su padre, se ha de distinguir: si el abuelo dió á su nieta la dote por sus méritos y obsequios, ó

por particular afecto que la profesaba, como suele suceder, especialmente habiéndola criado, y no por mera contemplacion de su hijo, no tiene este obligacion de colacionarla cuando herede á su padre, ni tampoco la nieta, si por haber muerto el suyo hereda á su abuelo, porque esta le sucede por su propio derecho, ocupando el lugar de su padre, quien no estaba obligado en dicho caso á colacionarla, á causa de no haberse dado por su contemplacion; y porque como no se le debe la legítima del abuelo viviendo su padre, no es visto habérsela anticipado, sino dejándole un legado de su importe, como pudo hacerlo. Lo mismo procede en el capital ú otra donacion colacionable que haga el abuelo á su nieto.

57. Pero si el abuelo donare á su nieta por contemplacion de su hijo, y constare de ello, ó hiciere alguna donacion colacionable al nieto, v. gr. porque era pobre, ó porque estaba obligado á dotarla ó á hacérsela, tendrá que colacionar aquel la dote de su hija ó donacion hecha á su hijo cuando se dividan los bienes de su padre, abuelo de ellos, y recibirla en parte de su legítima, porque se conceptúa haberse dado primero á su padre como persona mas próxima, y que por medio de este pasó despues á sus hijos; y luego la hija ó hijo la colacionará tambien cuando se parta la herencia de su padre, porque inmediatamente salió de su patrimonio, puesto que se le dió por su mera contemplacion; y lo mismo deberán practicar dichos hijos si suceden con sus hijos carnales ú otros nietos á su abuelo, por haber muerto antes su padre. Lo propio milita en caso de duda, pues se presume haberseles dado por respetos de su padre y no de ellos.

58. En orden á si el hijo ó hija excluidos de heredar, sea por estatuto ó costumbre del pueblo, ó por haber renunciado con juramento sus legítimas paterna y materna, han de colacionar ó no lo que en vida recibieron de sus padres, se debe distinguir: ó son excluidos reservándoseles alguna porcion, ó no, ó ellos mismos se excluyeron por la renuncia: si hubo reserva, entonces como que no se les debe legítima, no estarán obligados á colacionar, ni tampoco por la propia razon cuando se excluyeron por la renuncia jurada que hicieron; pero si no habiendo habido reserva á causa de que por todos derechos se les debe su legítima; y sino obstante su exclusion los instituyesen herederos sus padres, como pueden hacerlo, deberán colacionar lo que recibieron de ellos, porque con la institucion consiguen

todo el derecho de que estaban destituidos, como si no hubiera dicho estatuto ni renuncia.

59. Si habiendo dotado el padre ó hecho donacion de sus propios bienes á una hija ó hijo, y despues de muerto el mismo padre fallece el de este, abuelo de los hijos, á quien heredan dicho nieto ó nieta, y otros nietos ó tios, hermanos de su padre; no tienen obligacion de colacionar la dote ó donacion, porque no se trata de partir los bienes del que la dió ó hizo, sino los del abuelo, de quien nada hubieron, y asi solo tendrá lugar la colacion cuando se hayan de dividir los paternos.

60. Los nietos, hijos de hijos ó hijas, que recibieron algo de su abuelo ó abuela, despues de muerto su padre ó madre, estan obligados á colacionarlo con los otros nietos ó con sus tios, hermanos de su padre ó madre cuando hereden á su abuelo ó abuela, porque se les debe la legitima, y es visto habérselo anticipado en cuenta de ella, excepto que se lo hubiesen dado por via de remuneracion, pues la donacion remuneratoria no es verdadera donacion, sino satisfaccion de lo que se debe. Pero si en vida de su padre lega el abuelo paterno á su nieta alguna cosa, no deberá colacionarla en cuenta de su legitima por muerte de ninguno de los dos, no por la del abuelo, porque no está obligado á dotarla, ni es su heredera viviendo su padre, ni de consiguiente es visto habérsela legado con ánimo de que la compensase con su legitima, á menos que lo exprese; y tampoco por la de su padre, porque este no se la dió ni salió de su patrimonio. Lo mismo procede cuando el padre deja algun legado á su hija pupila, pues aunque está obligado á dotarla, no es de presumir que le dejase con ánimo de compensarle con su dote, porque no se halla en edad de casarse; 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 hecha 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 asi heredarán llevando entre todos la porcion que estos llevarian en caso de vivir; y cada uno de sus tios carnales otra tanta como todos los referidos nie-

tos, por lo que no hay disparidad de grado que impida la colacion (1).

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 há 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 debida (2), tampoco deberán hacer la colacion que solo tiene lugar entre los hijos (3).

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 supone (4) muy difícil se ejecutorió años pasados por la Chancillería 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 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 precede (5); asi que no le representa, porque 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

1 Ley *Si nepotes*, 7. ff. de *collat. bonor.* Gom. en dicha ley 29. num. 6. vers. *Octavo infero.*

2 §. *Ita demum*. Institut. de *hereditat. quæ ab intestat.*

3 Valasc. cap. 12. num. 60 y 61. Gom. ibi, num. 7. vers. *Decimo infero*. Guereir. dicho lib. 2. y cap. 11. num. 67 y 68.

4 Antonio Thesaur. decis. 238. num. 2, 4 y 6. Valasc. de *partit.* cap. 12. num. penult. y ultim.

5 Ley *Qui duos*, 9 al fin. ff. de *reb. dub.* Robles de *representant.* lib. 1. cap. 6. num. 11 al 13. Salg. *Labyr.* part. 2. cap. 25. num. 17 al 34.