

visto habérsele 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 quisiere la finca enfiteútica con las mejoras, tendrá que pagar su importe, no por razon de colacion, pues los extraños no colacionan, sino porque el donante no puede disponer de mas 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 algun hijo, ó 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 mas 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 lo que quien antes la reciba, debe traerla á particion con los coherederos, no mandando lo contrario el testador, ó no 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 obligacion de no poderse partir ni dividir nunca, segun 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 gravamen enfiteútico, y si no le cupiere en su haber, restituirá el mayor valor á los coherederos.

## CAPITULO SEXTO.

*¿ A quien compete la accion para pedir y hacer la colacion? ¿ á que tiempo se ha de atender para ver si la donacion es ó no inoficiosa? ¿ por que precio se han de colacionar los bienes donados, y si el que los colaciona deberá ó no restituir sus frutos repudiando la herencia?*

§. 1. La accion de colacionar y pedir la colacion, no solo compete á aquel á quien se ha de colacionar, sino á su heredero, y se da tambien contra el heredero del que está obligado á hacer la colacion.

2 y 3. Explicacion de la ley 29 de Toro en orden á la obligacion que tienen los hijos de traer á colacion la dote y otras donaciones hechas por sus padres, y tiempo á que se ha de atender para saber si estas son ó no inoficiosas.

4 hasta el 7. ¿ Por que precio ó valor deberán colacionarse los bienes donados ó dados en dote, segun las diversas clases de estos y sus circunstancias?

8. No solo debe la hija, disuelto el matrimonio, hacer

restitucion del exceso de la dote que desde el tiempo de su constitucion fue inoficiosa, sino tambien durante este.

9. Acepte ó repudie la herencia la hija á quien su padre dotó en vida, no tiene obligacion de restituir los frutos que produjo la finca dotal antes de la muerte de su padre ni aun los producidos despues de dicho tiempo, á menos que la dote fuere inoficiosa, en cuyo caso tendrá que devolver la parte de frutos correspondiente al exceso, percibida despues de la muerte del padre.

10. ¿ Si deberá el hijo restituir los frutos de lo que le han donado y entregado en vida de sus padres?

1. **L**a accion de colacionar y pedir la colacion no solo compete á aquel á quien se ha de colacionar, sino á su heredero, y tambien contra el del que está obligado á hacer la colacion, porque ademas de otras razones que traen los autores, por la persona del heredero no se muda la condicion de la obligacion, y así como la herencia se trasmite, del propio modo

su derecho y calidad (1): previniendo que puede intentarse implorando el oficio del juez (2), ó por la accion estipulatoria, si se estipuló que el donatario habia de hacer la colacion (3).

2. En cuanto al tiempo que se debe atender para ver si la dote y donacion son inoficiosas; por qué precio se ha de regular y colacionar la cosa donada existente; y cuando se puede apartar de la herencia el donatario: para la debida claridad explicaré la ley 29 de Toro, que es la 5. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. que dice: *Cuando algun hijo ó hija viniere á heredar ó partir los bienes de su padre ó de su madre ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y particion la dote y donacion propter nuptias, y las otras donaciones que ovieren recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar. Pero si se quieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote ó donaciones fueren inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos y descendientes en lo que toca á las donaciones, como las hijas y sus maridos en lo que toca á las dotes (puesto que sea durante su matrimonio), á tornar á los herederos del testador aquello en que son inoficiosas, para que lo partan entre sí. Y para se decir la tal dote inoficiosa, se mire á lo que excede de su legitima, y tercio y quinto de mejoría, en caso que el que la dió podia hacer la dicha mejoría cuando hizo la donacion ó dió la dicha dote, habiendo consideracion al valor de los bienes del que dió ó prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fue constituída ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote ó la prometió, dō mas quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida ó mandada. Pero las otras donaciones que se dieren á los hijos mandamos que para se decir inoficiosas, se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.*

3. Por esta ley se ordena: lo primero, que se colacionen no solo la dote y donacion *propter nuptias*, sino tambien las demas donaciones que los descendientes hubieren recibido de sus ascendientes, cuyos bienes van á heredar, que son las que les hacen expresamente en cuenta de sus legitimas: lo segundo, que los descendientes á quienes se hubieren hecho, puedan conten-

1 Ley 1. §. *Ibidem*, y ley 2. ff. de collat. bonor. y ley 2. §. *Ex his*, ff. de verbor. obligat. Castill. en la 29 de Toro, num. 9. Gom. en ella, num. 37.

2 Ley *Si soror*. Cod. de collat. Castill. ibi, num. 2 al fin.

3 Valasc. dicho cap. 14. num. 8 al 12.

tarse con ellas, y apartarse ó repudiar la herencia, excepto que sean inoficiosas (que es cuando exceden del tercio y quinto y legitima que les podia tocar), pues entonces debe restituir el exceso á los coherederos; es decir, aunque el descendiente que puede ser mejorado en contrato, reciba y se le entregue expresamente por cuenta de su legitima la cosa ó cantidad, y esta exceda á lo que le puede tocar por aquella, si cabe en el tercio y quinto de los bienes que deja el donante, unidos y acumulados con ella, se puede quedar con todo lo donado, y renunciar la herencia, ya haya ó no otros mejorados posteriormente, y estos llevarán el exceso; y en caso de no haberlo habrán de conformarse, porque el donatario, como habilitado por la ley para retenerlo todo, nada debe restituir, y por consiguiente será ineficaz la mejora posterior, puesto que el donante mejoró á los demas en lo que no tenia ni podia; lo cual se entiende excepto que al tiempo de hacerle la donacion, y no despues, se pacte expresamente que jamas se ha de estimar mejorado, antes bien en todo evento ha de restituir lo que exceda á su legitima, aun cuando renuncie la herencia; pues en este caso deberá restituir el exceso de aquella, no obstante que le quepa en el tercio y quinto de esta. Lo tercero que dispone la ley inserta es que para que las donaciones se llamen inoficiosas, se tenga consideracion al valor de los bienes del donante al tiempo de su muerte, y no á otro, ya se aumenten ó disminuyan sus facultades despues de hechas (1); la razon es, porque el tercio y quinto se llaman cuota de bienes (2), al modo que la legitima (3): y asi como en esta se atiende al mismo tiempo, porque hasta entonces no se debe á los hijos, asi tambien para el tercio y quinto se ha de observar lo propio, pero en cuanto á la dote se ha de atender á uno de dos tiempos, que es al referido, ó al en que fue dada ó prometida, á eleccion de la dotada, ó de su marido. Esta última disposicion de la citada ley está corregida por la pragmática de Madrid, y asi ni las hijas pueden ser mejoradas en cosa alguna por contrato en sanidad, con título de dote ó casamiento, aunque sea en muchísimo menos que el tercio y quinto, ni por consiguiente tienen la eleccion que les concede, excepto en el caso

1 Ley *Cum queritur*, y Authent. *Novissima*, Cod. de inofficis. testam. Gom. en la ley 29 de Toro, num. 35. Matienz. en la 3. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. fin.

2 Ley *Non amplius*, §. *Cum bonorum*, y ley *Si quis bonorum*, ff. de legat. 1. y ley *Si quis argentum*, §. *Sed et si quis*,

Cod. de donat.

3 Ley *Papinianus*, §. *Quarta autem*, ff. de inofficis. testam. y ley *Quoties*, Cod. de hæredib. instituend. Tello en la 23 de Toro, num. 2. Matienz. en la 8. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 2. num. 1 y 2.

que explicaré en el párrafo 10 del capítulo siguiente; por lo que se debe atender tambien al tiempo de la muerte del donante, como en las otras donaciones, y no á otro, segun senté en el libro 2.º título 2.º capítulo 4.º párrafos 4 y 8, en razon de que no deben percibir mas que su legitima, sino que sean mejoradas en última disposicion. Del modo de hacer la colacion y deduccion, ya haya ó no mejora expresa, ó tácita anterior, ó posterior á la dote y donacion, trataré en el capítulo siguiente.

4. En orden al precio ó valor por que se deben colacionar los bienes donados ó dados en dote por el ascendiente á sus hijos ó descendientes, ya existan ó no, es preciso distinguir no solo de bienes sino de casos. Si la finca raiz dada en dote, ó donacion *propter nuptias*, se hizo mas preciosa por la mutacion del tiempo, de modo que el mayor valor que adquirió fue solamente por él, y no por industria ni trabajo del donatario, y cuando este la recibió no fue apreciada, ó si se apreció, no causó venta la estimacion que le dió, la ha de colacionar y llevar por el que se dé entonces, y por el contrario, si por el mismo tiempo, y no por dolo ni culpa suya se hubiere deteriorado y disminuido su valor, la colacionará tambien por el intrínseco que tenga al hacerse la colacion (1); pues quien está á la utilidad debe estar á la pérdida (2); y de colacionarlo en la forma expuesta no resulta desigualdad, ni se irroga perjuicio á los herederos, porque la hija puede pedir el aumento de su legitima cuando su padre muera, si los bienes que dejó lo tuvieron, como que para regular el valor de esta se debe atender al tiempo de su muerte (3); y asi como puede pedirlo si se aumentaron con el tiempo, asi es justo tambien que colacione en cuenta de su legitima el mayor valor de la finca adquirida por solo el tiempo, que es valor intrínseco. Si por el contrario se disminuyere este, y acrecieren los bienes de su padre, lejos de irrogársele detrimento, logrará beneficio en conferirlo por el precio que le dé. Lo mismo procede para con el hijo á quien el padre donó en cuenta de su legitima alguna finca ó cosa raiz no apreciada (4), cuyo valor intrínseco se aumenta ó decrece por solo el tiempo.

5. Si se le dió la finca apreciada con estimacion que causó

1 Greg. Lop en la ley 3. tit. 15. Part. 6. glos. 6. Hermos. en la ley 3. tit. 4. Part. 5. y glos. 6. num. 91. Valasc. *de part. t. cap. 10. num. 9.* Guerreir. dicho lib. 2. cap. 13. desde el número 30 al 35.

2 Ley *Secundam naturam*, ff. *de regul. juris.* Ley 29. tit. 34. Part. 7. y cap. Qui

sentit. y cap. *Rationi de regul. jur.* in 6.

3 Ley *Cum quaeritur*, Cod. *de inoffic. testam.* y ley *Papinianus*, §. *Quarta autem cit.*

4 Guerreir. dicho cap. 13. num. 33 y 34.

venta, aunque ninguna ley prescribe en que términos se ha de colacionar, y algunos autores dicen que siempre se juzga dada con la condicion de colacionarla al tiempo de la muerte del donante, por lo que siendo condicional la estimacion, no causa ni hace venta; no obstante, siguiendo lo que ordenan las que tratan acerca de la restitucion de la dote que debe hacer el marido, y el dictamen de los que juiciosamente trataron este punto, digo: que debe colacionarla por el valor en que se estimó cuando la recibió, si entonces no se pactó otra cosa. Lo primero, porque en el hecho de haberse valuado, es visto habersele dado el precio consignado en ella, y capitulado entre los contratantes que habia de colacionar su estimacion, por haberla recibido en cuenta de su legitima y no en finca, y que por lo propio el peligro que hubiere en esta, habia de pertenecer al donatario ó dotada, y no á su padre, asi como el incremento de su valor, si lo tuviese. Y lo segundo porque se le transfirió su dominio (1); por lo que si el padre hiciese mejora posterior, no se deducirá de su importe, segun la ley 25 de Toro como en su lugar diré. Ademas, asi como cuando por la tasa se da en pago al acreedor alguna finca de su deudor, se le trasfiere su dominio, y el incremento ó decremento que despues tenga pertenece á aquel (2); y cuando no vale en el principio la donacion que el padre hace á su hijo, pertenece á este el aumento ó disminucion de la cosa donada, si se confirma la donacion con la muerte de su padre (3); del mismo modo y por la propia razon debe pertenecer al hijo ó hija el de la que se le dona ó da estimada en dote, porque su padre se lo anticipa en pago de su legitima. Pero si la finca se hizo mas preciosa por la mera industria ó trabajo del hijo ó hija como si estaba erial, y despues que la recibió la plantó de viña ú olivos &c., entonces si se le dió estimada, colacionará la estimacion que tenia al tiempo que su padre se la donó y no la finca; y si inestimada, colacionará la misma finca por el precio que sin el beneficio que tenga se le dé, y no el importe de esta, porque es adventicio y extrínseco, y como trabajo suyo le toca privativamente (4).

6. Siendo muebles ó semovientes los bienes, ó de los que

1 Ley *Si inter virum*, Cod. *de jure dot.* Gom. en la 29 de Toro, num. 13, y en la 50. num. 41. Guerreir. dicho lib. 2 y cap. 13. num. 39 al 42. Ayor. part. 1. cap. 10. num. 9.

2 Ley *Eleganter*, ff. *de pignoratit. action.* y ley *Necessario*, ff. *de pericul. et*

*commod. rei vendit.* Guerreir. ibi, num. 27 y 28.

3 Ley *Donationes quas parentes*, Cod. *de donat. inter vir. et uxor.*

4 Greg. Lop. en la ley 3. tit. 15. Part. 6. glos. 6. Guerreir. dicho cap. 13. num. 33 al 38.

consisten en número, peso ó medida, y se apreciaron al tiempo de su entrega, es visto haberse dado su estimacion, y no los mismos bienes del donatario, y asi se debe colacionar su importe é inventariarse, aunque si existen al tiempo de la colacion en el mismo estado en que los recibió valgan menos; porque quien está á la utilidad debe estar á la pérdida, y respecto habersele trasferido su dominio, es de su cuenta el incremento ó decremento que padezcan. No habiéndose estimado, los colacionará por el valor, que segun se hallen se les dé al tiempo de la particion, porque en este caso se presumen ser del difunto y existir en su herencia, por no haberse trasferido su dominio al donatario; y asi se han de valuar como tales, del mismo modo que los demas de la herencia (1). Todo lo dicho es lo que se debe y he visto observar, no obstante lo que expone Ayora impugnando los autores que lo resuelven en los términos propuestos.

7. Si los bienes dados en dote ó donados sin aprecio perecieron despues de la muerte del donante sin dolo ni culpa del donatario, no deben estimarse, porque no pertenecen á la colacion, pues en virtud de la obligacion de colacionarlos, se entiende haber existido en poder del padre, y que en el instante que falleció empezaron á ser comunes de la herencia, y asi es justo que para esta perezcan y no se colacionen (2). Si perecen por culpa ó dolo del hijo ó hija despues de muerto su padre, estarán obligados á colacionarlos como si no hubieran perecido, por el valor que tenian cuando los recibieron (3); porque el que por dolo ó culpa suya deja de poseer, se estima por poseedor (4); y asi como si existieran en su poder, los colacionaría por el valor que tenian al tiempo de percibirlos; del mismo modo debe colacionarlos no existiendo, respecto tener culpa en que no existan: en cuya atencion si el hijo por su irregular conducta y falta de juicio consume la legítima que su padre le dió, no le compete el mas leve recurso contra los bienes de este, porque el padre pudo hacerlo, y el hijo que consintió se perjudicó. Pero si dichos bienes no estimados perecieron en vida del padre

1 Castill. en la ley 29 de Toro, num. 41. Valase. cap. 10. num. 9 al 11. de partit.

2 Ley 2. §. de illis, quæ sine culpa, ff. de collation. bonorum. Hermos. en la ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6. cit. num. 68. Guerreir. lib. 2. de divis. y cap. 12. num. 200. Ayor. part. 1. cap. 3. num. 22.

3 Authent. Quod locum, Cod. de Collation. Valasc. dicho num. 13. Hermos. ibi, num. 61 y 66. Baez. de non meliorand. filiabus. cap. 16. num. 17 al 21. Guerreir. dicho cap. 12. num. 201.

4 Ley Qui dolo. ff. de regul. jur. Ley De illo, ff. de noxalib. action.

sin dolo ni culpa del hijo ó hija, no los colacionarán estos, ni dejarán por eso de ser admitidos á la herencia con igualdad á los demas herederos; porque si cuando son comunes de esta por la colacion, y por consiguiente conferibles, no la pertenecen; con mayor razon no la pertenecerán cuando perecieron y se consumieron en vida del padre, en cuyo tiempo eran del hijo, y no podia verificarse llegasen á ser de la misma herencia (1); y asi se entenderá mejorado en ellos, ó que no los hubo (2).

8. No solo debe la hija, disuelto su matrimonio, hacer restitution del exceso de la dote que desde el tiempo de su constitucion fue inoficiosa, segun ya he dicho, sino tambien durante este, si se lo demanda su padre; ya porque la ley 29 de Toro lo ordena asi, y ya tambien porque la hija no puede ser mejorada, ni se entiende serlo tácita ni expresamente en contrato por razon de dote ni casamiento, segun la ley 6. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec., que en esta parte corrige la 29 de Toro, y por otras razones que dan los autores (3).

9. Acepte ó repudie la herencia la hija á quien su padre dotó en vida, no tiene obligacion de restituir los frutos que produjo la finca dotal antes de la muerte de su padre, lo cual es indudable, y aun tampoco los frutos producidos despues de dicho tiempo; pues desde que se le entregó la finca la hizo suya, y pudo disponer de ella como propia; pero si la dote fue inoficiosa ó excesiva, tendrá que devolver la parte de frutos correspondiente al exceso percibida desde la muerte del padre, y si la dote consistió en dinero, igual parte de sus intereses, desde que se la interpeló, puesto que el contrato dotal fue nulo en dicho exceso; y como hasta que la hija hizo la colacion no se supo si la dote era ó no inoficiosa, fue poseedora de buena fe de todo, y como tal adquirió no solo los de la verdadera dote ó legítima, sino tambien los del exceso hasta la interpelacion: á cuya consecuencia si el donante revoca en vida, como puede hacerlo, el exceso de la dote, y hace saber á su hija y yerno la revocacion, deberán restituir desde entonces los frutos de lo inoficioso, pues á mas de no valer el contrato dotal en el exceso desde su constitucion, por constarles su nulidad y revocacion, son poseedores de mala fe, y estos no adquieren los frutos.

1 Valasc. dicho num. 13. vers. Quod si res datae in dotem. Hermos. ibi, num. 69 y 70.

2 Acerca de esto, y de si el padre está ó no obligado á dotar segunda vez á la hija que perdió por su culpa ó sin ella la

primera dote, véase á Baez. de non meliorandis filiabus, cap. 16.

3 Gom. en la ley 29 de Toro, num. 34. Matienz. en la 1. tit. 2. glos. 4. num. 7, y en la 3. tit. 8. glos. 5. num. 3. lib. 5. Rec. Ayor. part. 2. quest. 20. num. 64 y 65.

10. En orden á si el hijo deberá restituir los frutos de lo que le han donado y entregado en vida sus padres, se ha de distinguir: si esto excede á su legitima y mejora, deberá, acepte ó repudie la herencia, devolver el exceso desde que se le interpeló é hizo saber este, que es cuando se constituyó poseedor de mala fe y no antes, por no haber sido nulo el contrato desde el principio, como en el exceso de la dote<sup>(1)</sup>, puesto que para ver si la donacion es ó no inoficiosa, se debe atender al tiempo de la muerte del que la hace, hasta la cual se ignora, y como se revoca con motivo de lesion en la legitima, y esta no se debe hasta el fallecimiento del padre, por eso se ha de esperar su muerte para revocarla, y solo desde entonces se deberán los frutos de lo inoficioso. Pero si no hay exceso, hizo suyos todos los frutos percibidos mientras vivió, y despues que murió el donante, como poseedor legitimo de lo que la ley permite, y su padre pudo darle.

1 El autor da aqui á entender que quien posee alguna cosa en virtud de titulo nulo, es poseedor de mala fe, aunque en el párrafo anterior ha dicho, y con razon, que el contrato dotal es nulo en el

exceso de la legitima, y que sin embargo la muger es poseedora de buena fe de toda la dote, por cuyo motivo adquiere tambien los frutos correspondientes á dicho exceso. *Febrero reformado.*

## 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 amplía 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 última 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 deduccion 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