

CAPITULO VI.

¿A quién compete la acción para pedir y hacer la colación? ¿á qué tiempo se ha de atender para ver si la donación es ó no inoficiosa? ¿por qué precio se han de colacionar los bienes donados, y si el que los colaciona debiera ó no restituir sus frutos repudiando la herencia?

- 1 La acción de colacionar y pedir la colación, 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 colación.
- 2 y 3 Explicación de la ley 29 de Toro en órden á la obligación que tienen los hijos de traer á colación 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 qué 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 ma-

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

- 9 Acepte ó repudie la herencia la hija á quien su padre dotó en vida, no tiene obligación de restituir los frutos que produjo la finca dotal ántes de la muerte de su padre, ni aun los producidos despues de dicho tiempo; á ménos que la dote fuere inoficiosa, en cuyo caso tendrá que devolver la parte de frutos correspondientes 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. La acción de colacionar y pedir la colación 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 colación, porque ademas de otras razones que traen los autores, por la persona del heredero no se muda la condicion de la obligación; y así como la herencia se transmite, del propio modo su derecho y cualidad¹: previniendo que puede intentarse implorando el oficio del juez², ó por la acción estipulatoria, si se estipuló que el donatario habia de hacer la colación³.

2 En cuanto al tiempo que se debe atender para ver si la dote y donación son inoficiosas; por qué precio se ha de regular y colacionar la cosa donada existente; y cuándo 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 colación y particion la dote y donación propter nuptias, y las otras donaciones que*

1 L. 1 § *Ibidem*, y ley 2 ff. *De collat. bonor.* y ley 2 § *Ex his. ff. De verbor. oblig.* Castill. en la 29 de Toro n. 9. Gom. en ella n. 37.

2 L. *Si soror.* Cod. *De collat.* Castill. ibi n. 2 al fin.

3 Velasc. dicho cap. 14 n. 8 al 12.

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, así 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 legítima, y tercio y quinto de mejoría, en caso que el que la dió podia hacer la dicha mejora cuando hizo la donación ó dió la dicha dote, habiendo consideración al valor de los bienes del que dió ó prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fué constituida ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote ó la prometió, dó mas quisiere escoger aquel á quien fué la dicha dote prometida ó mandada. Pero las otras donaciones que se dieren á los hijos, mandamos que para se decir inoficiosas, se haya consideración 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 donación *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 legítimas: lo segundo, que los descendientes á quienes se hubieren hecho, puedan contentarse con ellas, y apartarse ó repudiar la herencia; excepto que sean inoficiosas (que es cuando exceden del tercio y quinto y legítima 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 legítima 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 donación, y no despues, se pacte expresamente que jamás se ha de estimar mejorado, ántes bien en todo evento ha de restituir lo que exceda á su legítima, 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 consideración 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 hechas¹; la razon es, porque el tercio y quinto se llaman cuota de bienes², al modo que la legítima³: y así como en está se atiende al mismo tiempo, porque hasta entónces no se debe á los hijos, así 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 fué 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 así ni las hijas pueden ser mejoradas en cosa alguna por contrato en sanidad, con título de dote ó casamiento, aunque sea en muchísimo ménos que el tercio y quinto, ni por consiguiente tienen la eleccion que les concede, excepto en el caso 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 legítima, 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 órden 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 fué solamente por él, y no por industria ni trabajo del donatario, y cuando este la recibió no fué apreciada, ó si se apreció, no causó venta la estimacion que le dió, la ha de colacionar y llevar por el que se dé entónces; 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 colacion⁴; pues quien está á la utilidad debe estar á la pérdida⁵; 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 legítima cuando su padre muera, si los bienes

1 L. *Cum quaeritur*. y Authent. *Novissima*. Cod. *De inoffic. testam.* Gom. en la ley 29 de Toro n. 35. Matienzo en la 3 tit. 8 lib. 5 R. gl. fin.
2 L. *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 L. *Papinianus*. § *Quarta autem*. ff. *De inoffic. testam.* y ley *Quoties*, Cod. *De haered. instituend.* Tello en la 23 de Toro n. 2.

Matienzo en la 8 tit. 6 lib. 5 R. gl. 2 ns 1 y 2.
4 Greg. Lop. en la ley 3 tit. 15 part. 6 gl. 6. Hermos. en la ley 3 tit. 4 part. 5 y gl. 6 n. 94. Velasc. *De partit.* cap. 10 n. 9. Guerreir. dicho lib. 2 cap. 13 del n. 30 al 35.
5 L. *Secundum naturam*, ff. *De regul. juris*. L. 29 tit. 34 part. 7 y cap. *Qui sentit*. y cap. *Rationi de regul. jur.* in 6.

que dejó lo tuvieron, como que para regular el valor de esta se debe atender al tiempo de su muerte¹; y así como puede pedirlo si se aumentaron con el tiempo, así es justo tambien que colacione en cuenta de su legítima 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, léjos 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 legítima alguna finca ó cosa raiz no apreciada², cuyo valor intrínseco se aumenta ó decrece por solo el tiempo.

5. Si se le dió la finca apreciada con estimacion que causó venta, aunque ninguna ley prescribe en qué 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 dictámen de los que juiciosamente trataron este punto, digo que debe colacionarla por el valor en que se estimó cuando la recibió, si entónces 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 legítima 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, así como el incremento de su valor, si lo tuviese; y lo segundo, porque se le transfirió su dominio³: 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, así como cuando por la tasa se da en pago al acreedor alguna finca de su deudor, se le transfiere su dominio, y el incremento ó decremento que despues tenga pertenece á aquel⁴; 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 padre⁵; 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 legítima. 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., entónces si

1 L. *Cum quaeritur*. Cod. *De inoffic. testam.* y ley *Papinianus*, § *Quarta autem*. cit.
2 Guerreir. dicho cap. 13 ns. 33 y 34.
3 L. *Si inter virum*. Cod. *De iure dot.* Gom. en la 29 de Toro n. 13, y en la 50 n. 44. Guerreir. dicho lib. 2 y cap. 13 n. 39 al

42. Ayor. part. 1 cap. 10 n. 9.
4 L. *Elegantér*. ff. *De pignorat. action.* y ley *Necessario*, ff. *De pericul. et commod. rei. vendit.* Guerreir. ibi ns. 27 y 28.
5 L. *Donationes quas parentes*. Cod. *De donat. inter vir. et uxor.*

se le dió estimada, colacionará la estimación que tenía 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 privativamente¹.

6. Siendo muebles ó semovientes los bienes, ó de los que consisten en número, peso ó medida, y se apreciaron al tiempo de su entrega, es visto haberse dado su estimación, y no los mismos bienes del donatario; y así se debe colacionar su importe é inventariarse, aunque si existen al tiempo de la colación en el mismo estado en que los recibió valgan ménos; porque quien está á la utilidad debe estar á la pérdida, y respecto habersele transferido 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 partición, porque en este caso se presumen ser del difunto y existir en su herencia, por no haberse transferido su dominio al donatario; y así se han de valuar como tales, del mismo modo que los demas de la herencia². 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 colación, pues en virtud de la obligación 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 así es justo que para esta perezcan, y no se colacionen³. 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 tenían cuando los recibieron⁴; porque el que por dolo ó culpa suya deja de poseer, se estima por poseedor⁵; y así como si existieran en su poder, los colacionaria por el valor que tenían al tiempo de percibirlos, del mismo modo debe colacionarlos no existiendo, respecto tener culpa en que no existan: en cuya atención, 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 no pudo hacerlo, y el hijo que consintió, se perjudicó. Pero si dichos bienes no estimados

1 Greg. Lop. en la ley 3 tit. 15 part. 6 gl. 6. Guérreir. dicho cap. 13 n. 36 al 38.
2 Castill. en la ley 29 de Toro n. 41. Velasc. cap. 10 n. 9 al 11. *De partit.*
3 L. 2 § *De illis, quae sine culpa ff. De col. lat. bonor.* Hermos. en la ley 3 tit. 4 part. 5 gl. 6 cit. n. 68. Guérreir. lib. 2 *De divis.*

y cap. 12 n. 200. Ayor. part. 1 cap. 3 n. 22.
4 Authent. *Quod locum*, Cod. *De collation.* Velasc. dicho n. 13. Hermos. ibi ns. 61 y 66. Baez. *De non meliorand. filiab.* cap. 16 n. 17 al 21, Guérreir. dicho cap. 12 n. 201.
5 L. *Qui dolo*, ff. *De regul. jur. L. De illo. ff. De nozalib. action.*

perecieron en vida del padre 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 colación, 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 herencia¹; y así se entenderá mejorado en ellos, ó que no los hubo².

8. No solo debe la hija, disuelto su matrimonio, hacer restitución del exceso de la dote que desde el tiempo de su constitución fué inoficiosa, segun ya he dicho, sino tambien durante este, si se lo demanda su padre; ya porque la ley 29 de Toro lo ordena así, 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 39 de Toro, y por otras razones que dan los autores³.

9. Acepte ó repudie la herencia la hija á quien su padre dotó en vida, no tiene obligación de restituir los frutos que produjo la finca dotal ántes 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 fué 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 fué nulo en dicho exceso; y como hasta que la hija hizo la colación no se supo si la dote era ó no inoficiosa, fué 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 interpelación: 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 revocación, deberán restituir desde entónces los frutos de lo inoficioso; pues á mas de no valer el contrato dotal en el exceso desde su constitución, por constarles su nulidad y vocación, son poseedores de mala fe, y estos no adquieren los frutos.

10. En órden 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 legítima y mejora, deberá, acepte ó repudie la herencia, devolver el exceso desde que se le interpeló é hizo saber este, que es

1 Velasc. dicho n. 13 vers. *Quod si res datae in dotem.* Hermos. ibi ns. 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 meliorand. fi-*

liab. cap. 6.
3 Gom. en la ley 29 de Toro n. 34. Matienz. en la 1 tit. 2 gl. 4 n. 7, y en la 3 tit. 8 gl. 5 n. 3 lib. 5 R. Ayor. part. 2 q. 20 ns. 64 y 65.

cuando se constituyó poseedor de mala fe, y no ántes, por no haber sido nulo el contrato desde el principio, como en el exceso de la dote¹, 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 entónces se deberán los frutos de lo inoficioso. Pero si no hay exceso, hizo suyos todos los frutos percibidos miéntras vivió, y despues que murió el donante, como poseedor legítimo de lo que la ley permite, y su padre pudo darle.

1 El autor da aquí á entender que quien posee alguna cosa en virtud de título 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. *Fébrero reformado.*

CAPITULO VII.

¿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, ántes 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 hi-

jo 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 devolvérselas, como prestadas, y no cumplidolo, ¿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 dona-

- cion 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 legitima?
- 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 legitima 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 deberá 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 deducion del tercio y quinto.
- 25 Tampoco se computará la cuarta aun cuando el marido hubiese mejorado irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio ántes 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 aquí 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 así 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 legitima, y entónces 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