

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 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 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

toque, lo restituirán, porque no fueron mejorados; si ménos, se les dará el resto; y si cubre solamente la legítima, ni tendrán que tomar ni que restituir: ó sin expresar á cuenta de qué se la hacen, y en este caso no verificándose algunas de las causas referidas en el párrafo 54 del capítulo 5, se conceptuará donacion simple, y al donatario ó donatarios por mejorados tácitamente en la cantidad á que ascienda, la cual se les ha de contar como mejora, para que si el donante hizo posteriormente otra expresa, respecto no haber podido extenderse ni hacerla en mas de lo que importase la de los bienes entregados, unidos con los que dejó por su muerte, se entienda parte del total de ella la donacion, y el mejorado expresamente no lleve mas que el residuo, como lo manda la ley 26 de Toro; pues la mejora expresa posterior no revoca la tácita anterior, excepto que el mejorante lo diga claramente; y así ambos se entenderán mejorados en su respectiva parte. En consecuencia no habiendo mejora posterior á la donacion, si esta excede al tercio y quinto y legítima que le debe tocar, se revocará en el exceso como inoficioso<sup>1</sup>, y deberá restituirlo á los coherederos: si no contempla el total del tercio y quinto de los bienes del testador, se deberá contentar el donatario con lo donado, porque es visto que el testador en nada mas quiso mejorarle: si lo contempla solamente, lo llevará como mejora: si excede algo al importe de esta, se aplicará el exceso en parte de pago de su legítima; alcanzando para esta y para la mejora, y no mas, se le dejará en pago de ambas, y nada tendrá que recibir. Ultimamente, si el testador manda en su última disposicion que de lo entregado en vida al donatario ó dotada, colacione cierta parte ó cantidad, y lo restante no, y mejora á otro expresamente en el tercio y quinto de los bienes que deje; en este caso se unirá al caudal líquido lo que quiso no colacionarse, á fin de sacar la total mejora de todo, y ver cuánto toca á cada uno por parte de ella; y deducida, se agregará al residuo del caudal lo que le mandó colacionar en pago de legítima, lo que se le aplicará en vacío, como recibido en cuenta de esta, sacando ante todas cosas el quinto de solos los bienes inventariados, y no de los colacionados.

4. Regla tercera. Para la computacion de la mejora, ya sea del tercio y del quinto separados, ó de ambos juntos, se ha de atender siempre al valor de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, que es cuando se debe la legítima, porque así lo ordenan las leyes 19, 23 y 29 de Toro, y no aquel en que hizo la donacion ó mejora: quiero decir, que si cuando la hizo tenia muchos bienes, y cuando fallece deja pocos, ó al contrario, no se ha de atender para deducirla á lo que ascendian al tiempo de su constitucion, sino al de su falleci-

<sup>1</sup> L. Si totas, 5 y ley Si mater, 7 Cod. De inoffic. donation.

miento; por lo que si juntos numéricamente los bienes donados con los que constan en el inventario resulta inoficiosidad, ya sean en lo que corresponde al mejorado por su mejora y legítima, ó al que no lo es, por esta sola debe restituir el exceso á los coherederos.

5. Regla cuarta. La colacion (hablo de los bienes y gastos que no estan exentos de colacionarse, ni gozan este privilegio) se hace para uno de dos efectos: ó para igualarse todos los herederos, cuando lo que se colaciona se dió, gastó y entregó expresamente en cuenta de legítima, ó en este concepto se entiende dado, como la dote y donacion causal, necesaria ó coactiva, que se deben imputar en ella<sup>1</sup> (y esta es la propia y verdadera colacion de que tratan las leyes); ó para deducir mejora de los bienes del difunto, cuando á cuenta de ella, siendo expresa, dió algo en vida al mejorado, ó le hizo donacion simple, que se entiende mejora tácita, y no se imputa en legítima, y así se llama impropriamente colacion, porque no sirve para igualar á los herederos, que es uno de los fines y el principal por que se introdujo, sino meramente para ver si cabe ó no en el tercio y quinto, de que en vida y muerte pudo disponer. Si lo donado fué á cuenta de legítima, y no hay mejora, se ha de agregar al total líquido partible, para que todos los partícipes en la herencia queden igualados: si hay mejora posterior, despues de sacada esta solamente de los bienes inventariados, se hará agregacion de lo donado al total líquido, para ver si es ó no excesivo á la cantidad á que puede extenderse el testador en vida y muerte: si lo donado en vida fué parte en cuenta de mejora, y parte de legítima, y mejora tambien á otro en muerte, se ha de sacar el quinto de solos los bienes inventariados, y para la deduccion del tercio unirse al residuo lo donado en parte de mejora, á fin de ver á cuánto asciende, y cuánto toca á cada mejorado por él; y sacado el tercio, se agregará al resto lo donado en cuenta de la legítima, y su total (como que es de una naturaleza) se dividirá igualmente entre todos los herederos, aplicando en vacío al colacionante lo que tiene recibido, como dejo sentado.

6. Regla quinta. Así como cuando no hay mejora tácita ni expresa se colaciona el valor de los bienes recibidos por cuenta de legítima, y se agrega verbal y numéricamente al cúmulo de los inventariados, para igualar en el todo de unos y otros á los herederos que nada recibieron en vida de su ascendiente; del mismo modo se debe acumular ó agregar cuando la hay tácita ó expresa, sin haber precedido dote ni donacion, para que ni el mejorado lleve mas de lo que como tal le corresponde en vida y muerte, ni sea perjudicado, ni tampoco los coherederos, porque el testador los entregó en el pro-

<sup>1</sup> L. 4 tit. 15 part. 6. L. Inter filios. Cod. |  
Familiae eriscundae. L. Ut liberis. Cod. |

De collationib.

pio concepto para este efecto y con esta intencion, y por esto se graduan como existentes en poder del ascendiente. Pero si precedieron á la mejora alguna dote ó donacion *propter nuptias*, ú otra que el testador entregó á cuenta de legítima, no se han de acumular al total de la herencia para deducir de ellas, y que sea mas cuantiosa, porque la 25 de Toro prohibe que se saque de las dotes y donaciones precedentes colacionables. Lo que en este caso se debe practicar es, deducir primero la mejora no entregada de solos los bienes inventariados partibles, y despues de separada, unir el importe de la dote ó donacion al residuo de ellos, como que todos son de la clase y naturaleza de legítima; y hecho todo esto un cuerpo, dividirlo como legítima entre todos los herederos, aplicando á la dotada ó donatario en vacío, ó entrada por salida, lo que tiene recibido, y dándole lo que le falte al complemento de su haber. Y si la mejora ó parte de ella se entregó, se ha de unir á los bienes inventariados su importe; y deducido su total, agregar al resto la dote y donaciones colacionables, y luego dividirlo todo como legítima, en la forma expuesta.

7. Sentadas como indispensables estas cinco reglas ó advertencias para la clara inteligencia del modo de deducir las mejoras segun los casos ocurran, digo: que por derecho romano<sup>1</sup> se permitia sacarlas ó deducirlas de los bienes que los descendientes colacionaban, ó de su importe, de suerte que á los colacionantes se quitaba la parte correspondiente de lo que ya poseian, porque por la colacion se contemplaban como existentes en el patrimonio del difunto; y como si nunca hubieran salido de este, se constituian hereditarios, al modo que los que tenia en su poder, pues por el hecho de estar obligados los colacionantes á colacionarlos, no se entendian mejorados en el exceso de lo que por sus legítimas les correspondia, y así debian restituirlo á los coherederos, no mandando lo contrario sus ascendientes ó donantes. Pero por nuestro derecho está prohibido que se vuelvan á la herencia, y que se saquen el tercio y quinto, no solo de las dotes y donaciones *propter nuptias*, sino de las demas donaciones colacionables, segun lo ordena la ley 25, que es la 9 tit. 6 lib. 10 Nov. Rec., que dice: *El tercio y quinto de mejoría fecho por el testador non se saque de las dotes y donaciones propter nuptias, ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes trajeren á colacion y particion.* Así que, precediendo la dote dada á la hija, ó la donacion entregada al hijo (ya sea *propter nuptias*, para que se case con muger determinada, ó solamente para que se case, sin nombrarla, que llaman *donacion por causa del matrimonio*<sup>2</sup>, ó ya sea hecha sin causa, si se entregó expresa-

<sup>1</sup> L. 3 § 1 ff. *De collationib. bonor.* L. final ff. *De votis collation.* ley *Si soror*, y ley *Ut liberis.* Cod. *De collation.* y *Authent. Unde si parens.* Cod. *De inoffic. testam.* Ma-

tienz. en la ley 9 tit. 6 lib. 5 gl. 1 n. 2.  
<sup>2</sup> Angul. en la ley 9 tit. 6 gl. 4. Gutier. lib. 2. *Pract. q.* 65 n. 9. Castill. lib. 4. *Controv.* cap. 16 n. 44.

mente á cuenta de legítima), no se debe sacar de su importe la mejora posterior hecha por el testador, ni parte de ella, ni colacionarse sino para efecto de igualarse con los coherederos en sus legítimas, ni tampoco acumularse con el importe de los bienes líquidos inventariados para que la mejora sea mas cuantiosa si le cabe en su haber. Lo primero, porque despues que el padre ó madre dotaron á la hija, ó en vida hicieron donacion al hijo, y se desprendieron de los bienes que les entregaron, quedaron privados de toda accion y facultad para disponer de ellos, pues por su entrega se constituyeron del patrimonio de los mismos hijos á quienes se transfirió su dominio: lo segundo, porque si se sacase de dichos bienes ó de su importe el de la mejora posterior, se disminuirian la dote y donaciones anteriores, tocando ménos por su legítima á los donatarios y dotada, y teniendo que restituir parte de ellos solo porque tuviese mayor utilidad el mejorado, lo cual seria injusto; y aun cuando no se disminuyesen ni tuviesen que restituir porque les cupiese en su haber, llevarian por sus legítimas ménos que lo que les tocara y debian percibir á no deducirse de ellas la mejora: lo tercero, porque esta es siempre respectiva á los bienes que el padre y la madre tienen y poseen al tiempo de su muerte, y no á los que no existen en su poder entónces<sup>1</sup>. Fuera de esto jamas se juzga que ninguno quiere disponer ni dispone de los ajenos, sino de los propios<sup>2</sup>; y no siendo del mejorante los que tenia entregados, no es visto disponer de ellos. Por estas razones, para ver si la dote entregada á la hija le cabe ó no en su legítima, no se saca el quinto de su importe, sino del de los bienes que deja el donante, como expuse en otro lugar; ni tampoco se une ni debe unir á ellos sino á su residuo, para que de este modo sea de los que tenia y poseia, y no de los que ya no existian en su dominio.

8. La disposicion de esta ley parece tendrá lugar únicamente en la dote entregada, y no en la prometida á la hija casada y velada, atendidas las palabras *trajeron á colacion y particion* con que está concebida; pues denotan y suponen estar ya en poder del yerno ó hija á quien fué ofrecida, por no deberse decir que confiere lo que no tuvo ni tiene. Además, la mejora se debe detraer de los bienes que el difunto poseia al tiempo de su muerte, segun las leyes 19 y 23 de Toro; y como estos existian entónces en su poder por no estar entregados todavía á la hija á quien los prometió, parece claro que se ha de deducir íntegramente de ellos. Sin embargo, se debe ampliar á la dote prometida, igualmente que á la entregada; porque los bienes prome-

<sup>1</sup> Gom. Castill. Tello y Avendañ. en la ley 25 de Toro n. 1. Matienz. en la ley 9 cit. tit. 6 y gl. 1 n. 3 y sig. Castill. dicho cap. 16 n. 38.

<sup>2</sup> L. *Conficiuntur*, § 1 ff. *De jure codicillor.* *Authent. Ingressi*, Cod. *De sacrosanct. Ecclcs.*

tidos, aunque existen en poder del testador, no son suyos por estar obligado á su entrega; y así es lo mismo que si estuvieran entregados, pues la hija y su marido, luego que se perfeccionó su casamiento, adquirieron derecho á que se los entregase; por lo que se contempla existen interina y confidencialmente, ó en depósito, en poder de su padre, el cual puede ser compelido á su entrega; y como la herencia y mejora se deben sacar de lo que realmente es suyo, por no titularse así, ni serlo lo que está debiendo, ni conceptuarse que existe entre los bienes de alguno aquéllo á que está obligado, por ser lo propio para el caso estar prometido que pagado y fuera de su poder; por eso se amplía la disposición de la ley 25 inserta á la dote prometida, como si estuviera entregada<sup>1</sup>. Lo mismo procede para con la donación *propter nuptias* y otras donaciones con causa, aunque no esten entregadas, si estan prometidas, porque versa identidad de razon<sup>2</sup>.

9. Lo dicho en el párrafo 7 se limita en dos casos: el primero, cuando el testador mejoró irrevocablemente en el tercio y quinto de todos sus bienes á un descendiente, y despues hizo donación *propter nuptias* ú otra con causa necesaria (que es colacionable como legítima) á otro descendiente; pues entónces se deducirá y exigirá efectivamente la mejora: la razon es porque el ascendiente tiene facultad legal de mejorar irrevocablemente en contrato á alguno ó algunos de sus legítimos descendientes en el tercio y quinto de sus bienes; y constituyendo en esta forma la mejora, adquiere el mejorado derecho á su importe en el todo, no solo de los que tiene al tiempo de su constitucion sino de los que despues adquiera hasta su muerte; y respecto á que los que desmembra de su caudal con la dote y donaciones posteriores, son y deben entenderse parte de legítima de la dotada y donatarios, y no mas (pues el donante á ningun otro descendiente puede mejorar ya por las razones que se dijeron tratando de las mejoras); es claro que siendo esta irrevocable, y precediendo á las donaciones, se ha de deducir de ellas, no conceptuarse mejorado en cosa alguna el donatario posterior, y para hacer la deducción acumularse al líquido caudal inventariado y partible; pues de lo contrario serian ilusorias la ley 17 de Toro y las demas que constituyen irrevocable la mejora, y repugnantes entre sí la misma ley 17 y la 25. Ademas de esto estaria en la libre potestad y arbitrio de los mejorantes el defraudar á los que habian mejorado, y en perjuicio de estos disponer despues de sus bienes como quisieren, sin dejarles que heredar en concepto de mejorados, á

1 Gutier. lib. 2. *Pract.* q. 61 n. 1. Avendañ. en la ley 25 de Toro gl. unic. desde el n. 10 hasta el fin. Angul. en la ley 9 tit. 6 lib. 5 gl. 3 n. fin. Castill. lib. 4 y cap. 16 di-

chos n. 46.

2 L. *Si quis argentum*, § *Si autem*. Cod. De donat. Angul. en la ley 10 tit. 6 gl. 7 n. 2 al 6. Velasc. consult. 3. Castill. ibi.

pretexto de ser onerosas las donaciones posteriores: por lo que ninguna duda queda que en el caso propuesto se ha de deducir la mejora irrevocable precedente de la dote y demas donaciones posteriores, y para ello considerarse y acumularse su importe, como si existiera entre los bienes partibles; y si lo donado excede á lo que al donatario ó dotada toca que percibir por su legitima diminuta, lo deben restituir<sup>1</sup>. Esto se entiende á ménos que al tiempo de hacerse la donacion del tercio y quinto se pacte que ha de surtir el efecto, y circunscribirse al tiempo en que se hace, y no al de la muerte del mejorante; pues en este caso no se deducirá de las dotes y donaciones posteriores, porque los contratos reciben la ley del convenio de los contrayentes<sup>2</sup>, y este pacto puede hacerse por no estar prohibido.

10. El segundo caso de excepcion es cuando la dote fué inoficiosa, y el padre mejoró posteriormente á algun hijo; pues entónces, mediante á que la hija no puede ser mejorada en contrato por razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo tácita ni expresamente<sup>3</sup>, si se verifica su inoficiosidad, debe restituir el exceso á los coherederos; y como este se constituye de la herencia y patrimonio del difunto por la colacion y restitution, del mismo modo que los demas bienes que se encuentran en su poder; por eso se debe deducir la mejora, no solo de estos sino tambien de aquel; pues en cuanto á él jamas valió la constitucion dotal, y por lo mismo vuelve al donante<sup>4</sup>, el cual puede pedirlo en vida y renovarlo, porque lo que por derecho no surte efecto, no presta impedimento<sup>5</sup>. Mas la limitacion de este segundo caso se entiende cuando resulta la inoficiosidad, considerados y unidos los bienes con que la hija fué dotada, y los que dejó su padre bajado el quinto de estos, y no solo cuando se verifica solamente por causa de la deducción del tercio, pues en este caso parece no estará obligada á restituir el exceso de la legítima disminuida, que por deducir el tercio aparece tocarla, porque la ley que prohíbe que sea mejorada en contrato, no veda que lleve la legítima completa de todos los bienes del testador, ni manda que esta se compute y considere despues de sacada la mejora, ó que se deduzcan primero el tercio y quinto, para ver si le cabe ó no lo que tiene tomado. Tampoco lo expresan las preces que hizo el Reino, y dieron motivo á su creacion, ni de ellas se infiere; ántes sí que la dotada lleve su legítima larga; ni por consiguiente resulta inoficiosidad al tiempo de su

1 Gutier. lib. 2. *Pract.* q. 62. Avendañ. en la ley 25 de Toro n. 2, y Tello n. 3. Matienz. en la 9 tit. 6 lib. 5 gl. 3 n. 2. Ayor. part. 3 q. 27 n. 85. Hermos. en dicha ley 3 tit. 4 part. 5 gl. 6 n. 87. Escobar comp. 1 n. 11 al 13.

2 L. *Contractus*, ff. *De regul. jur.* Tello ibi, Escobar ibi.

3 L. 1 tit. 1 lib. 10 N. R.

4 Ayor. dicha q. 27 ns. 86 y 87. Angul. en dicha ley 9 gl. ult. n. fin.

5 Regla *Non praestat, de regul. jur.* in 6.

constitucion, ni al de la muerte; y como en aplicársela íntegra no se infringe su precepto, porque no hay, ni se verifica mejora que el testador haya hecho ni pactado, ni tenido intencion de hacer á su favor, y lo que no está prohibido se entiende permitido, por eso cuando fué dotada ántes que se hiciese la mejora, se la ha de aplicar todo lo recibido, si la cabe en su legítima larga ó completa, separando únicamente el quinto de los bienes que deja el mejorante, porque á este ningun derecho tiene por ser privativo de su padre; así como por el contrario cuando la mejora precede se debe deducir de la dote recibida, y cabiéndole despues de separado el quinto, nada deberá restituir, porque nada mas lleva que la legítima íntegra ó completa de todos los bienes del testador, que era la que la podia tocar si entónces se partiesen, y lo que el Reino quiso y pretendió se le diese y percibiese, ni por consiguiente resulta inoficiosidad. No obsta decir que los hijos no mejorados llevan ménos que ellas por sus legítimas en el referido caso; pues esto proviene de la disposicion de las leyes, y del testador por haber hecho mejora: y así aunque parezca de mejor condicion que ellos, no se endenderá mejorada por no haber tal mejora, ni intencion de hacerla, y ser eventual el que la toque la legítima íntegra, y á los coherederos no mejorados la diminuta; pues nunca percibe mas que lo que el Reino pretendió percibiese, y la pragmática no le privó de tomar; por lo que si la ley 25 de Toro, que prohibió sacar mejora de las dotes y donaciones, hubiera querido limitar este caso, lo hubiera expresado, ó prevenídolo la pragmática de Madrid, que mandó que las hijas no fuesen mejoradas; y pues no habla de él, no se les debe quitar lo que las leyes no las quitan; pero si cabe solamente, incluyendo y no deduciendo el quinto para el cómputo, debe restituir el importe de este al cúmulo de la herencia, ó al legatario ó mejorado en él, si lo hay, porque este no es legítima, y de consiguiente quedarse con él<sup>1</sup>.

11. Ofrécese ahora la siguiente cuestion. 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 subvenir 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 cumplídolo, ni demandándoselas sus padres judicial ni extrajudicialmente, ¿se deducirá de su importe el tercio ó quinto? A primera vista parece que sí, porque el hijo é hija que está fuera del dominio paterno, pueden tratar con sus padres sin obstáculo legal, al modo que el extraño: es así que si este fuera el deudor, se

<sup>1</sup> Ayor. part. 3 y q. 27 cit. n. 38 al 90, y part. 4 ejempl. 5 vers. *Sed quid erit si post*

*dotem datam á patre, y siguientes.*

sacarian el tercio y quinto de lo que importase su deuda, como que era parte del caudal del difunto; luego deben sacarse tambien de la del hijo ó hija. A pesar de este argumento que parece concluyente, y de la obligacion constituida por el vale ó escritura, digo: que cabiendo lo prestado en el haber ó legítima que corresponde al hijo ó hija, no debe graduarse de mutuo, sino de anticipacion hecha en parte de su herencia, y que por consiguiente tampoco deben desfalcarse ni sacarse de su importe el tercio ni quinto, aunque el mismo mutuario sea el legatario ó mejorado en ellos. Lo primero, porque los hijos son acreedores legales y naturales á los bienes de sus padres, y casi dueños de ellos, y no deudores con obligacion coactiva de responsabilidad tan estrecha como los extraños, y no se debe llamar deudor de otro, ni lo es el que de rigurosa justicia tiene derecho claro y expedito á sus bienes, sino al contrario se considera como acreedor suyo: lo segundo, porque contemplando el derecho que tienen los hijos á los bienes de sus padres, á quienes naturalmente han de sobrevivir y heredar, y la necesidad con que les piden los socorros, se debe entender que sus padres, que no la ignoraban, no se los dieron en concepto de préstamo, como si fueran extraños, sino que se los anticiparon en cuenta de su legítimo haber; por lo que su importe no se debe conceptuar deuda á favor del caudal para efecto de deducir tercio ni quinto de él, sino por incremento suyo para el fin de imputarlo á los donatarios como recibido en parte de su legítima, y para el de que no puedan pretender esta íntegra, como si nada hubieran tomado, ni defrauden ni disminuyan por este medio el haber de los coherederos: lo tercero, porque la ley 25 de Toro, que prohibe sacar tercio y quinto no solo de las dotes y donaciones *propter nuptias*, sino tambien de las otras donaciones que los descendientes legítimos colacionan, habla generalmente, sin distinguir ni mencionar la cualidad, condicion ni requisitos con que se han de hacer y recibir las donaciones; y para prohibir que del importe de estas se dedujese el tercio y quinto, se fundó en que estos se refieren á los bienes que el donante tiene en su poder al tiempo de su muerte, ó como suyos le pertenecen, y sus herederos pueden exigir del verdadero deudor; y en que lo donado no era ya de aquel por haberlo entregado, como pudo, en vida á quien indispensablemente le habia de heredar, y no era justo dispusiese de lo que no era suyo: lo cuarto, porque las leyes imponen á los descendientes legítimos la obligacion de colacionar lo que reciben, de la que no pueden eximirse aunque quieran, ya sea á cuenta de legítima ó de mejora, y no la de volverlo á sus ascendientes: lo quinto, porque no es creible ni aun presumible que los padres que dan á sus hijos algunas sumas para socorrerse, se las en-