

treguen con esperanza de que se las han de pagar, aunque se lo ofrezcan, sino á cuenta de lo que les ha de corresponder por su muerte, y por eso la ley, que no lo ignoraba, no exceptuó ni tuvo necesidad de exceptuar este caso: lo sexto, porque el estimar como préstamo mutuo lo donado en el presente caso, seria querer que los hijos restituyesen á la herencia de sus padres lo que al instante habian de volver á percibir indispensablemente por corresponderles de rigurosa justicia, y hacer un círculo irregular y vicioso; y lo séptimo, porque aun suponiendo que al principio fuese en la intencion de todos préstamo, y como tal se gradúe, sin embargo de que el mutuuario por la naturaleza de este contrato está obligado á volver al mutuante ó á sus herederos, no la misma cosa que le prestó, si no quiere, sino otra de idéntica especie, cantidad, calidad y bondad, no obstante que la mutuada se pierda, quemé ó se la hurten, por no corresponderle accion alguna á retenerla, ni á quedarse con su importe en vida ni por muerte del mutuante; esto se entiende para con el mutuuario extraño, cuya deuda y obligacion de pagarlas subsisten en su fuerza y vigor, aunque el mutuante fallezca, por no haber ley que de ellas le exima, hasta que se extinguen por la solucion, liberacion, novacion, compensacion y por otros medios que señala el derecho. Mas esto no tiene lugar en el heredero forzoso, porque no solo se constituye dueño de lo mutuado, al modo que el extraño en el momento que lo recibe, sino tambien cuando el mutuante su ascendiente fallece, si le cabe en su haber, como que es su heredero legítimo: por cuyo motivo, y porque ninguna ley le precisa á que pague y luego repita la obligacion de restitution ó devolucion que tenia contraida, espira como tal en el mismo instante que fallece su ascendiente; muda de cualidad y naturaleza por las circunstancias de los interesados; y por disposicion legal se convierte en la de compensarlo, y admitirlo como anticipado y entregado á cuenta de su parte de herencia sin descuento ni desfalco, y á este efecto puede retenerlo en su poder como propio, respecto caberle. Por estas razones, y porque el mutuuario descendiente goza de prerogativas que no competen al extraño, y el mejorado ó legatario no es acreedor por contrato oneroso, no se les debe juzgar por las mismas leyes, ni equipararse los dos. Así que no se ha de agregar lo que se dió al mutuuario al acervo del caudal en concepto de deuda simple, real y verdadera, como la del extraño, para que de todo se deduzcan el tercio y quinto, sino en el de colacionable, á fin de que se le impute en vacío, como recibido; y si el ascendiente en su última disposicion le manda colacionarlo, cesa la duda de haber sido su ánimo dárselo á cuenta de su haber, aunque suene prestado. Pero si en los resguardos se expresa que lo dona-

do se ha de tener y estimar por caudal del donante, como si al tiempo de morir existiera en su poder, y el hijo ó hija fueron extraños, y que en este concepto ha de poder disponer de él, del mismo modo que del que tenga entónces sin diferencia, y no reputarse anticipado en parte de pago de su haber, sino real y efectivamente prestado á cuyo fin se reserva esta facultad; en tal caso, á consecuencia del consentimiento del mutuuario y del pacto reservativo, que ninguna ley prohíbe, si el donante no lo limitase, suprimiese ó derogase posteriormente, se podrán sacar tercio y quinto de lo entregado á sus hijos en la propia forma que de lo que tiene en su poder cuando fallece; y lo mismo se deberá practicar, aunque no intervenga pacto, si el donante lo demanda en vida al donatario, aunque sea extrajudicialmente, y no le manda luego colacionarlo, porque en ambos casos está clara su voluntad.

12. Cuando el testador hizo en vida donacion simple que no consumió ni completó el total de la mejora á un hijo, en cuyo caso este se entiende tácitamente mejorado, y despues por última disposicion mejoró expresamente á otro en el tercio y quinto de sus bienes; hay diversidad de opiniones acerca del modo de deducir la mejora, para cuya inteligencia pondré prácticamente el caso. „Un padre que tenia tres ó mas hijos, donó en contrato simplemente, y entregó al uno de ellos diez mil reales, ó una finca ó cosa que los valia: despues mejoró expresamente en testamento ó en otra última disposicion á otro hijo en el tercio y quinto de sus bienes, y el líquido caudal partible que por su muerte se inventarió y halló pertenecerle, fueron ciento veinte mil reales.” Es preciso buscar el modo justo de hacer la cuenta para que ni el donatario sea perjudicado en lo que ya tiene recibido, y en que se entiende mejorado, segun la ley 26 de Toro, ni el mejorado en testamento por su mejora, ni los demas hijos en sus legítimas diminutas; y tambien para que pudiendo cumplirse la voluntad del mejorante, se observe en el todo. Es punto frecuente en las particiones, digno por su gravedad de mucha atencion, y en su resolucion titubean muchos por el diverso modo de pensar de los autores; y así procuraré instruir al contador de lo que debe hacer para que no yerre ni perjudique á los interesados. Mas ántes de resolver cuál de las opiniones se ha de seguir, debo sentar que la cuenta se puede hacer de cuatro modos. El primero es deducir la mejora expresa de solo el importe de los bienes inventariados, y entónces el mejorado en testamento conseguirá como tal cincuenta y seis mil reales, á que ascienden el tercio y quinto de los ciento veinte mil reales inventariados; pero de este modo se defrauda la legítima en los diez mil entregados en vida al donatario, en los cuales se entiende mejorado, y por consiguiente

este modo de sacar la mejora, como ilegal y gravoso á los no mejorados, de ninguna manera se debe adoptar, en lo cual convienen todos los autores.

13. El segundo modo es deducir de lo donado un tercio y quinto, y del importe de los bienes inventariados otro tercio y quinto: v. gr. de los diez mil de la donacion sacar cuatro mil seiscientos sesenta y seis y dos tercios, que son el total de su tercio y quinto, y dejar para legítimas los cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio restantes, y de los ciento veinte mil los referidos cincuenta y seis mil, y el residuo, que son sesenta y cuatro mil, para legítimas tambien: en cuyo caso compondrá el total de la mejora, dividida entre ambos mejorados, sesenta mil seiscientos sesenta y seis reales y dos tercios, y quedarán para legítimas sesenta y nueve mil trescientos treinta y tres y dos tercios. Este modo de girar y deducir en nada perjudica las legítimas de los hijos, ni tampoco al mejorado en testamento; pero sí al donatario, porque de lo que ya es suyo como mejora se le quita para legítimas mas de la mitad, que son los cinco mil trescientos treinta y tres reales y dos tercios de dos, sin estar obligado á restituirlos por no resultar inoficiosidad. Esto no solo lo prohíbe la ley 25 de Toro, sino que aun cuando el testador lo mande, no debe ser obedecido: ya porque la donacion primera irrevocable no se disminuye por la segunda, segun derecho¹; ya tambien porque en la donacion simplemente hecha no se puede imponer despues condicion ni gravámen²; y últimamente, porque lo donado era del donatario, y el testador carecia de potestad para gravar lo ageno, quitarlo á quien lo tenia, y disponer de ello. Por consiguiente tampoco es adaptable, ni debe seguirse este método.

14. El tercer modo es unir y acumular verbal y numéricamente los diez mil reales entregados en vida á los ciento veinte mil inventariados, y compondrán ciento treinta mil; deducir de estos el total de la mejora, que importa los mismos sesenta mil seiscientos sesenta y seis reales y dos tercios; dejar al donatario los diez mil que en cuenta de mejora tácita tiene en su poder, y debe colacionar en este concepto, para que no perciba mas de lo que el donante pudo dar en vida y muerte á entrambos mejorados, y luego aplicar al que lo fué en testamento los cincuenta mil seiscientos sesenta y seis y un tercio de dos restantes para el mismo efecto. Este modo de hacer la cuenta es el que siguen los autores³, y lo observan los contadores de la corte inteligentes en particiones, porque con él ninguna ley se infringe, ni se perjudican ni disminuyen las legítimas

¹ L. Qui fuit quaestionis, ff. De collat. bonor.
² L. Perfecta donatio. Cod. De donationib. quae sub modo.

³ Tello, Ayora, Acevedo, Castill. lib. 4 Contr. cap. 16 n. 4.

ni mejora tácita ni expresa, y es lo mismo que si todos los bienes entregados existieran en poder del mejorante, y este dejara en su testamento á cada uno la propia porcion; pues por la colacion se constituyen como existentes en él, y se hacen de su herencia.

15. El cuarto modo es sacar la mejora únicamente de los ciento veinte mil que importan los cincuenta y seis mil referidos, y de estos bajar los diez mil entregados en vida al donatario como mejora tácita, y entónces quedará reducido el total de ambas partes de mejora á solos cuarenta y seis mil reales; y por consiguiente aunque el donatario no será defraudado, ni tampoco las legítimas, pero el mejorado en testamento no llevará el residuo íntegro de la mejora que el testador hizo á su favor de todos sus bienes en vida y muerte, como pudo, por que le faltan cuatro mil seiscientos sesenta y seis reales y dos tercios para completarla. Este modo de deducir es el que, citando y siguiendo á Angulo y Escobar, se esmera en defender con particular esfuerzo el señor Castillo en dicho capítulo, apoyándolo con una decision de la real audiencia de Sevilla, impugnando el de Tello y sus partidarios, fundado en las leyes 19, 23 y 25 de Toro y en varios argumentos. A vista de la opinion respetable de estos autores me hallaba perplejo, sin poder inclinarme á seguirla, y abandonar la contraria que siempre habia seguido y me habia enseñado la práctica de la corte, por no exponer dichos autores los fundamentos de ella, y mucho mas diciendo Tello¹ que en juicio jamas habia podido obtener por la suya, y que la otra estaba admitida por casi todos los jueces y letrados. Así que, deseoso de acertar en este punto, determiné acercarme á examinar y desentrañar las tres leyes de Toro en que se funda la opinion contraria, y apurar si hablan ó no del caso concreto en la disputa; y por tanto paso á su explicacion.

16. La ley 19 de Toro, que es la 3 tit. 6 lib. 10 Nov. Rec. dice: *El padre, madre y abuelos en vida, ó al tiempo de su muerte, pueden señalar en cierta cosa ó parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría en que lo haya el hijo ó hijos ó nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare ó valiere la tercera parte de sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no la pueda el testador cometer á otra persona alguna.* Tres son los fines de esta disposicion legal: 1.º que el padre, madre y abuelos, haciendo mejora de tercio y quinto en vida ó muerte, que es por contrato ó última voluntad, puedan señalar bienes ciertos y determinados para su pago: 2.º que el tercio no exceda de lo que montare la tercera parte

¹ L. 25 de Toro n. 4.

de los que tengan al tiempo de su muerte, aunque los consignados para satisfacerlo valgan mucho mas: 3.º que no puedan cometer á otro la consignacion de ellos, pues deben hacerla por sí propios. Pregunto ahora: ¿El consignar es dar y entregar en vida cosa alguna al mejorado? No por cierto. Es únicamente señalar la cosa cierta y determinada, en que despues del fallecimiento del mejorante se le ha de entregar el importe de la mejora; luego aunque la ley inserta ordena que el tercio no exceda de lo que valga la tercera parte de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, respecto á no tener efecto la consignacion hasta que fallezca, y existir entónces entre sus bienes los señalados en que se ha de adjudicar y entregar la mejora al mejorado, no se verifica ni puede verificarse su infraccion; ni hay que hacer acumulacion ni computacion, ni de qué, y por consiguiente no es aplicable al presente caso su disposicion en la cosa mas mínima, porque ni aun remotísimamente habla de él. Pregunto de nuevo: ¿A que de dirige esta concesion ó señalamiento? A dar y conceder al mejorado derecho específico en los bienes señalados hasta en la parte que alcance la mejora, y á que los coherederos, quieran ó no, puedan ser compelidos á entregarle precisamente los mismos que el mejorante señaló, y no otros de la herencia, para pago de la mejora, como no habiendo consignacion lo pueden hacer. ¿Y qué fin tuvo la ley en mandar que el tercio no exceda de lo que valga la tercera parte de los bienes del testador al tiempo de su muerte? El obviar dudas y pleitos y no gravar las legítimas. ¿Y en qué podian ser gravadas estas? En que si desde la constitucion de la mejora hasta la muerte del mejorante transcurrian algunos años, se disminuía su caudal, y el mejorado, á pretexto de la consignacion, pretendia se le diese todo lo consignado en pago de su mejora, alegando se le habia transferido su dominio, como al legatario de cosa específica el de esta, y por la disminucion del caudal no le cabian los bienes señalados; no le sufragase alegar ni justificar que el total de estos tenia cabimiento en el importe de la mejora cuando se le habia hecho (pues se desfalcaban las legítimas por el menoscabo de caudal), ántes bien estuviese obligado á contentarse con lo que de ellos le cupiese, considerado el valor de los que el mejorante dejase, porque el tercio es parte de legítima; y así como esta cuota de bienes se considera al tiempo de la muerte, porque hasta entónces no se debe, del mismo modo la mejora de los que el testador deja, se debe considerar cuando fallece y no cuando se hizo, porque de lo contrario serian perjudicados enormemente los hijos en sus legítimas, y el mejorado se utilizaria indebidamente en su detrimento.

17. La ley 23 de Toro, que es la 8 del mismo título y libro, dice: *Cuando el padre ó la madre por contrato entre vivos, ó en otra postrime-*

ra voluntad, hiciere á alguno de sus hijos ó descendientes alguna mejora del tercio de sus bienes, que la tal mejora haya consideracion á lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se hizo dicha mejora. Esta ley tampoco habla palabra del caso de donacion ni entrega de la mejora del tercio ni parte de él, y sí de que, ya sea hecha revocable ó irrevocable, por contrato ó última voluntad, se atiende siempre al valor que tengan los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, por la misma razon alegada en el párrafo anterior; y así, como no hay entrega en vida, es preciso atender á aquel tiempo, y por no existir en poder del mejorante todos sus bienes, no hay que computar ni colacionar; ni debe el mejorado, á pretexto de ser irrevocable la mejora, hacer mérito de lo que valian cuando la constituyó el mejorante, ni de que desde entónces adquirió derecho á ello, porque su irrevocacion sirve únicamente para que no pueda ya dejar de ser mejorado sin causa legal, y para que su padre quede sin potestad para mejorar á otro y gravar el tercio, mas no para que en su deduccion se considere el tiempo en que se hizo la mejora, sino el de la muerte, desde el cual empieza á tener efecto por no haber precedido entrega. Por consiguiente esta ley tampoco es aplicable al caso propuesto.

18. La disposicion de la ley 25 se dirige á prohibir que de los bienes ó donaciones que se colacionan (*) se saque mejora, porque como no son del mejorante, no puede hacerla de lo que importen, y estando ya en poder del donatario, y siendo suyos, si se deduce de ellos, se le quitan indebidamente por beneficiar al mejorado, y hacer que la mejora sea mas cuantiosa. Pregunto ahora: ¿Prohibe que se hagan la computacion y acumulacion referidas en el párrafo 14 que se observan en la práctica? No por cierto: ni habla una palabra de ellas, ni aun se colige. Luego pueden hacerse, porque en materia privativa, lo que no está prohibido por ley se entiende permitido, y si la ley lo quisiera lo expresaria. ¿Manda por ventura que se haga la deduccion mencionada en el párrafo 15; ó que cuando el donante entregó al donatario lo que le donó, y despues hizo mejora, se haya de sacar precisamente el importe de lo donado en vida (ya sea en cuenta de legítima ó mejora) del de los bienes que deja cuando muere, y disminuir la expresa posterior, aunque de esta suerte se verifique que no dispone del tercio y quinto íntegros en vida y muerte, limitándole en este caso la facultad que para esto le confieren otras leyes? Tampoco. ¿Se quita algo al donatario ó mejorado en vida para darlo á otro, ó aplicarlo á legítimas, como suce-

(*) Son los entregados en vida á cuenta de legítima los que tienen obligacion de colacionar los donatarios para igualarse con

los que nada recibieron, que es el motivo de haberse establecido la colacion.

de haciendo la cuenta del segundo modo demostrado en el párrafo 13? Nada, ni por consiguiente se infringe la ley 25 citada; y decir lo contrario es nimio alucinamiento y preocupacion. ¿Puede el testador mejorar á uno ó mas en vida y muerte, y entregarle toda la mejora en vida, ó solamente parte, y dejar en su poder el resto para que se le entregue despues de su muerte? No hay duda. ¿Debe observar su voluntad, no siendo opuesta á las leyes? Es constante. ¿Se opone á su precepto principiando á disponer en vida de parte de la mejora, y entregarla al donatario ó mejorado, y concluir en muerte la disposicion del resto de su importe á favor de él ó de otro? De ningun modo, ántes bien es conforme á su permission. Pues si todo es así, ¿á qué viene el valerse de esta ley para el presente caso? No lo alcanzo; y así saco por legítima consecuencia que ninguna de las tres leyes habla ni aun remotísimamente del caso propuesto: por cuyo motivo no se debe contraer á él su disposicion, y la interpretacion que les dieron los autores referidos es arbitraria.

19. Habiendo demostrado que el caso propuesto no está comprendido en las leyes 19, 23 y 25 de Toro, resta indagar si lo estará en la 26, que es la 10 del propio título y libro; y si estándolo, se deberá hacer con arreglo á ella la cuenta formada en el párrafo 14, que se observa en la práctica; y para proceder á esta indagacion, inserto sus mismas palabras: *Si el padre ó la madre, en testamento ó en otra cualquier última voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos, ficiere alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio y en el quinto, entiéndase que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto y legítima de lo que debian haber de los bienes de su padre y madre y abuelos, y no en mas.* Esta ley contiene cuatro partes. La primera, suponiendo la facultad concedida por las precedentes al ascendiente legítimo para mejorar á alguno de sus descendientes, se dirige á mandar que si se hiciera donacion en vida ó legado en muerte, pues esta es donacion hecha en última disposicion segun derecho¹, se estime lo donado por mejora, aunque no lo exprese; lo cual entiendo, ya sea simplemente por mera liberalidad, ó por alguna causa, con tal que no sea necesaria, pues la ley no distingue; bien que algunos autores la entienden solamente de la donacion simple, y se colige de sus palabras, así como de las de la ley 29 que habla de las donaciones causales. La segunda, que al donatario se cuente por parte

¹ LL. 6 tit. 6 y 1 tit. 9 part. 6, y § 1. Inst. De legat. L. legatum est. ff. De legat. 1 y 2.

de tercio y quinto de los bienes de su ascendiente lo que este le donó, en cuanto quepa en el mismo tercio y quinto de ella. La tercera, que hecha la donacion, no puede mejorar al donatario ni á otro en mas de lo que importaren el tercio y quinto juntos con lo donado, el cual se ha de contar é incluir en el valor de ellos. La cuarta, que si lo donado excediese al valor del tercio y quinto de los bienes del donante, valga hasta su importe y en el de su legítima, y no en mas. Pregunto ahora: ¿Habla del caso concreto en la disputa? Sí. ¿Prohíbe la computacion y acumulacion expresadas en el párrafo 14? No; ántes quiere que se haga, ya porque manda que se cuente al donatario por parte de tercio y quinto de los bienes del donante lo que le donó (que esto es computar y acumular) para ver lo que resta de mejora, sin lo cual no se puede saber ni igualar á todos en sus legítimas; ya tambien porque prohíbe al donante que pueda mejorar al donatario ó á otro en mas que en el exceso de lo que, contando é incluyendo lo donado, importe la mejora de los bienes que entregó en vida, y deja por su muerte, pues por la donacion general hecha por título lucrativo, no se entiende revocada la precedente particular, ántes sí esta restringe á aquella, y la limita al residuo del tercio y quinto¹, y esto significan sin violencia aquellas palabras: *Y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto.*... Así se entiende, y debe entenderse cuando principia en vida la mejora y la concluye en muerte, porque á mas de que la ley no hace distincion de tiempos, y cuando no distingue no debemos distinguir, se colige de sus últimos periodos: *de lo que debian haber de los bienes de su padre ó madre, abuelos, y no en mas.* Ahora bien: ¿se debe aplicar á legítimas lo donado simplemente? No: porque esta ley manda que se estime por mejora, y de hacer lo contrario se contraviene á ella. ¿Tienen derecho todos los hijos á los bienes íntegros de sus padres en concepto y con el título de legítima contra su voluntad? No: porque se permite á estos disponer del tercio á favor de algunos de ellos, y del quinto al de extraño, ó en otras cosas á su arbitrio. ¿Hay alguna ley que mande se cercene la mejora para que crezcan las legítimas, ó al contrario? No; porque todas quieren se dé á cada uno lo suyo, y á este fin fuéron establecidas. ¿Será contra lo dispuesto en alguna por aplicar al mejorado en testamento el residuo íntegro de la mejora que le corresponde, considerada ó acumulada la donacion hecha á otro en vida por parte de ella? No; ántes bien se cumple con lo dispuesto en la 26. ¿Y se gravan por esto las legítimas diminutas de los hijos? Tampoco: porque nada de su importe se les quita, pues

¹ Covar. in Rubr. de testam. part. 3 n. 19. | en la 9 tit. 6 gl. 10 n. 4.
Tello en la ley 17 de Toro n. 125. Angul. |