

les toca lo mismo que si su padre, en caso de no haber hecho la donacion, y de tener en su poder lo donado, mejora solamente por testamento en el todo de sus bienes á los dos, mandando llevase cada uno lo que habiendo donacion le toca. ¿Se debe deducir solamente la mejora de los bienes que el testador deja, y del importe de ella sacar el de lo donado, como quieren los autores contrarios á Tello? De ningun modo: 1.º porque ninguna ley lo manda, ántes bien de la 26 se prueba lo contrario: 2.º porque se restringe al testador la facultad que otras de Toro le dan para mejorar en vida y muerte en el tercio y quinto íntegros de todos sus bienes, y la que esta le concede para hacer donacion en vida, y mejorar en muerte hasta la cantidad que quepa en los del donante: 3.º porque seria notable absurdo hacer que los bienes entregados en el concepto de mejora se aplicasen á legítimas, y clara injusticia é iniquidad quitarlos al mejorado que ya los poseia como dueño, por darlos á los que no lo son, ni tienen el mas leve derecho á ellos, si no excede su valor á la legítima y mejora, atendidos los del mejorante unidos con ellos: 4.º porque debiendo cumplirse la voluntad de este en cuanto quiso que la mejora se dedujese con consideracion á lo donado, y á los que dejare, respecto haber principiado en vida á usar de la facultad que le conceden las leyes, y concluido en muerte, no solo no se cumple, sino que contra ella y contra el precepto de la ley 26 se perjudica al mejorado en testamento, lo cual es inicuo. Por estas razones, por no infringirse la ley 25 de Toro, respecto no quitarse al mejorado en vida cosa alguna de lo que ya es suyo, ni por consiguiénte sacar de ello la mejora, como sucede haciendo la cuenta del modo explicado en el párrafo 13; por no prohibir esta ley ni otra la acumulacion de lo donado en vida con lo inventariado para hacer la computacion y deducccion; no venir al caso las leyes 19, 23 y 25, ni haber ley que mande se gire la cuenta como quieren los autores opuestos, ántes bien probarse lo contrario de la 26 de Toro, y ser esto preciso para igualar á todos en sus legítimas; y por lo demas expuesto en los párrafos anteriores, soy de opinion que la cuenta se debe girar en los términos explicados en el párrafo 14, que en la práctica de la corte es corriente; y de esta suerte se cumple la voluntad del donante, se observan las leyes, nada se quita á los mejorados, no se defraudan las legítimas necesarias de los hijos, y se procede con justificacion dando á cada uno lo que le toca.

20. Si el padre por contrato oneroso, v. g. casamiento, ó por el irrevocable, aunque no sea oneroso, mejoró expresa é indistintamente 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 *propter nuptias*, ú otra con causa que es conferible, y despues por última voluntad le mejo-

ró en dicho tercio, ¿para la deducccion de la mejora se deberá ó no hacer la acumulacion verbal y numérica de lo entregado en vida al hijo, 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 todos los herederos como legítima? Esta dificultad la toca el sr. Castillo¹, como caso ocurrido en la real audiencia de Sevilla, la cual, segun dice, lo resolvió como el anterior, y defiende vigorosamente su decision, fundándose en la leyes 19 y 23, y mucho mas en la generalidad de la 25 que prohíbe se saque mejora de las dotes y donaciones que se traen á colacion y particion. Contiene esta dificultad dos casos distintos, los cuales se deberán resolver de diverso modo, y no confundirse uno con otro. En cuanto á lo primero, digo: que el ser un hijo solo ó dos los mejorados, no muda el espíritu de las leyes ni la sustancia de la disposicion, y mucho ménos versando para su resolucion no solo iguales razones ó las mismas, sino otra superior, que es el ser mejora expresa (de que no se puede dudar), con entrega de parte de ella al mejorado en cuenta del total que le puede caber en vida y muerte; y si cuando es tácita, porque la finge la ley, se deben hacer la acumulacion y computacion referidas, con mayor razon siendo expresa se deberá acumular, porque cesa toda duda, y está clara la voluntad del mejorante, que principió en vida, como pudo, á poner en ejecucion la mejora, con entrega de parte de los bienes que la habian de componer, para que se concluya en muerte su entrega con lo que le falte, como si nada estuviera entregado. Ademas, no hay razon para que los entregados en este concepto muden el de aquel en que lo fueron, y se unan á los que se han de dividir como legítima, ni ley alguna lo manda, porque no son colacionables como las dotes y donaciones causales, ni para que á este efecto se quiten al que los tiene ya como suyos, pues esto seria clara injusticia. Agrégase á lo dicho que la entrega de parte de la mejora es donacion exenta expresamente de colacionarse como legítima, y la ley 26 incluye este caso, por cuanto dice: *Para que á él ni á otro no pueda mejorar mas &c.*; y así se debe practicar lo propio que en el precedente. Mas para hacer esta deducccion es de advertir, que respecto no haber mejora de quinto, se separarán previamente hasta en el importe de este, y no mas, de los bienes que el testador deje, y no de los entregados á cuenta del tercio, los gastos de su funeral, misas, entierro, legados y todo lo demas que, segun la ley 30 de Toro, corresponde deducir de él; y de lo que reste se hará la acumulacion y computacion, porque por el hecho de no haberlo mejorado en él, es visto haberlo reservado para disponer á su arbitrio de lo que importase. Separado que sea lo que se deduzca, si queda algo del

¹ Cap. citado n. 59 y sig. en el lib. 5.

quinto, se une al resto de los bienes inventariados, como que son de la herencia, los dejó el difunto, y mejoró en el tercio de todos; y junto todo con lo recibido á cuenta de este, se ve si el mejorado tiene ó no que tomar por su mejora, y si no le cabe todo en ella, que reciba el exceso en cuenta de legítima; y si nada sobra del quinto, tenga paciencia, y esta diferencia, de que no se acordó el sr. Castillo, es la única que hay de este caso al anterior, porque no hay mejora de quinto. Adviértase que si el testador hizo donacion simple á un hijo en vida, y despues por última disposicion le mejoró, y á otro en el tercio de sus bienes, partirán ambos igualmente el total de la mejora recibiendo en cuenta el donatario lo que en vida percibió; excepto que el mejorante mande que dividan con igualdad el importe de la mejora de los bienes que deje, y que el donatario lleve ademas lo que le ha donado, pues entónces percibirá esto mas que el otro de ella.

21. El segundo caso contenido en la dificultad propuesta es cuando el testador hizo donacion *propter nuptias*, ú otra conferible al hijo, y se le agregó, y despues le mejoró en el tercio. Entónces se hará la cuenta de otro modo, esto es, se deducirá únicamente la mejora de los bienes que por muerte del testador se encuentren sin acumular con ellos para su deduccion la precedente donacion causal que hizo y entregó al mejorado. Lo primero, porque esta se dió y anticipó en cuenta de legítima, y como tal es conferible para la igualdad; por lo que se debe unir solamente al acervo destinado para legítimas, por ser de una misma clase y naturaleza, y no deberse unir ni aplicar á un fin lo que se dió para otro. Lo segundo, porque de no practicarse así, se infringe la ley 25 de Toro que prohíbe sacar el tercio y quinto de las donaciones precedentes que traen á colacion y particion, para que no sean defraudados los donatarios en sus legítimas: solo en cuanto al quinto se observará lo explicado en el párrafo anterior, así por lo respectivo á su deduccion, como á lo que de él se debe bajar, y demas expuesto; y en este caso es fundada la opinion del sr. Castillo, aunque ni en uno ni en otro toca cosa alguna acerca del quinto.

22. Si el padre teniendo, v. gr. cuatro hijos, entrega á cada uno por via de dote ó donacion *propter nuptias* su legítima corta en el concepto y con expresion de tal, quedándose solamente con tercio y quinto de los bienes que á la sazón posée, y despues mejora al uno de ellos, y no dejando al tiempo de su muerte mas bienes que aquellos con que se quedó, parece que la mejora se deberá deducir solamente de estos, y que por consiguiente no se hará computacion ni se unirán las legítimas entregadas para el giro de la cuenta, porque la mejora no se debe sacar de las dotes y donaciones que se traen á colacion y particion. No obstante se debe distinguir: si el padre al tiempo de

su entrega expresó que se quedaba con el tercio y quinto para disponer de ellos íntegramente con arreglo á derecho, y que los hijos habian de colacionar sus legítimas, y cumularse á efecto de deducirlos del mismo modo que si no se las hubiera entregado, se acumularán y sacarán de ellas el tercio y quinto, porque en este concepto las recibieron; mas si faltó la expresion referida, no, porque ya son suyas, y el padre no puede mejorar en los bienes agenos, por prohibirlo la 25 de Toro: y así sin embargo de que por la colacion se constituyen como de la herencia, esto es para la igualdad y no para deducir de ellas el tercio ni quinto, y que con su acumulacion sea mayor la mejora; por lo que el mejorado llevará el tercio y remanente del quinto del mismo tercio y quinto con que su padre se quedó, y el resto se dividirá igualmente entre todos.

23. Legando el ascendiente en última voluntad á su hijo ó descendiente ó á extraño el quinto de sus bienes, ó disponiendo de él á favor de su alma, ¿se deberá deducir solamente de los que se encuentran en su herencia cuando muere, ó tambien de los que colacionan los hijos por habérselos dado en vida? Parece que de todos se deberá deducir, por las razones siguientes: 1.ª porque debiéndose mezclar estos con ellos para igualarse los herederos, y reputándose unos mismos porque constituyen una herencia, es consiguiente que de todos se deduzca como de patrimonio del difunto: 2.ª porque aunque los hijos sean instituidos con desigualdad en el testamento, de modo que el padre deje mas á uno que á otro, aquél hijo que en vida recibió algo de su padre, está obligado á colacionarlo¹: luego es claro que si el padre deja el quinto, debe ser aumentado y deducido de lo que el otro hijo trae á colacion: 3.ª porque por el hecho de conferirse las dotes y bienes donados se confunden y hacen de la herencia, del mismo modo que los que se encuentran en ella²; por consiguiente de los conferidos se ha de deducir igualmente que de los hereditarios, porque se consideran tambien de esta clase; y á no ser así, se coartaría indirectamente á los padres la libre y amplia potestad que la ley les concede para testar del quinto; la que no se les debe restringir: 4.ª porque el precepto de que se colacionen las dotes y donaciones á la herencia del que las dió ó hizo, no se limita á un solo efecto, ántes bien habla simple, general ó indistintamente, confundidos ya y mezclados los bienes colacionados con los hereditarios: luego no deben separarse unos de otros para la deduccion del quinto, sino hacerse esta de todos; pues si otra cosa quisiera el testador, la hubiera expresado: 5.ª porque cuando los padres dotan ó hacen donaciones á sus hijos ó hijas sin expresar cosa alguna, es con la tá-

¹ Gom. en la ley 29 de Toro n. 5.

² L. 3 § 1 ff. *De collat. honor.* y ley *Si so.*

ror. Cod. De collationib.

cita condicion de que las colacionen y traigan á la herencia que dejen, pues la ley con su precepto suple la falta de manifestacion de su voluntad; y la colacion se hace para que lo colacionado se divida, y los herederos sean igualados; y si de las dotes y donaciones no se pudiese deducir, hubiera sido superflua la disposicion de la ley 25 de Toro en contrario en cuanto al tercio y quinto cuando son mejora: por consiguiente cuando este no lo es, se debe deducir de todos. A pesar de todo lo expuesto, digo: que el quinto, ya lo debe el testador á un hijo como mejora ó legado, ó á extraño, ó disponga de él en otras cosas, debe deducirse únicamente de los bienes que tiene cuando muere, y no de los colacionados¹. Lo primero, porque por lo mismo que los dió y el donatario ó dotada los recibió, salieron de su dominio y patrimonio, y pasaron al de estos; y así se debe entender que legó de otros, que de los que tenia al tiempo de su muerte como suyo: lo segundo, porque jamas se presume que ninguno dispone de lo ageno, sino de lo propio, porque no puede; y si legase el quinto de lo ya donado, testaria de lo que no es suyo, y está en poder de su dueño: lo tercero, porque la colacion inducida y preceptuada por derecho, es únicamente para igualar á los hijos, y que no sean perjudicados en su legítimo haber²; y si de los bienes colacionados se sacase el quinto, resultaria desigualdad, porque se les desfalcaba: lo cuarto, porque aunque se legue el quinto á un hijo, respecto á no ser legítima á que tenga derecho, es lo mismo para el caso que si se legara á extraño, con el cual no ha lugar la colacion³: lo quinto, porque el quinto es cuota de bienes como la legítima, para la cual se debe atender al tiempo de la muerte, por lo que se debe tener igual atencion para él; y lo sexto, porque para que se haga el cómputo de los colacionados, no milita la razon que cuando se hace donacion simple, pues esta se entiende parte de mejora, y en el exceso de legítima, y por esie es colacionable; y no siéndolo el quinto, ni teniendo accion á él ningun hijo, cesa el motivo de hacer la colacion. Ademas, respecto á que sabia y debia saber el testador cuando hizo la donacion, que su única hacienda era el quinto, y que por consiguiente la quinta parte de lo donado era suya, y no obstante la donó, es visto haber querido por lo mismo que el donatario la llevase, y reservado únicamente para testar el quinto de los bienes que se hallasen cuando falleciese; por lo que los colacionados se entenderán entregados á los colacionantes en parte de legítima ó por via de mejora, segun sean, hayan intervenido ó no las causas para su donacion: esta debe en-

¹ Tello en la ley 23 de Toro n. 2 vers. *Un- de teneo*. Matienz. en la 7 tit. 6 gl. 2 n. 3. Angul. en ella gl. 2 n. 6 y en la 9 gl. 1 n. 8. Castill. lib. 4 *Contrav.* y cap. 16 di- chos, n. 52 y cap. 35 n. 45. Hermos. en di-

cha ley 3 tit. 4 part. 5 gl. 6 n. 84. Velasc. *De partit.* cap. 19 n. 6 al 17.

² L. *Ut liberis*. Cod. *De collation.*

³ L. *A patre*, Cod. *De collat.* ibi *Extero jure*.

tenderse, excepto que al tiempo de dar la dote ó hacer la donacion, exprese y conste en ellas que las han de colacionar y computar, para sacar de todo el cúmulo el quinto, y disponer de él á su arbitrio; pues en este caso habrá lugar la computacion y deduccion de su importe, igualmente que de los bienes inventariados por su muerte.

24. Para la conclusion de este capítulo resta examinar si en la computacion para deducir la mejora de tercio y quinto, se ha de incluir ó no la cuarta marital que el derecho concede á la viuda¹. Digo, pues, que dicha cuarta no se ha de computar para la deduccion del tercio y quinto; ántes bien, como deuda legal y necesaria contra los bienes del marido, se debe bajar de estos primero que se haga la deduccion de la mejora, segun se practica con las demas deudas que deja cuando fallece, porque no es donacion que hace á su muger, sino débito que contrae á su favor en fuerza de la concesion legal por el derecho de casarse con ella siendo pobre, á cuyo importe adquiere derecho la muger en caso que no la asigne lo suficiente para sus decentes alimentos mientras subsista²: lo cual se debe observar sin disputa cuando se contrajo ántes de hacer la mejora.

¹ Los legisladores, considerando la miseria y desamparo de la viuda, y con el fin de mitigar su dolor, estimularla á que viviese castamente, y evitar que por la indigencia se prostituyese en desdoro y oprobio suyo y de su difunto marido, aunque no la concedieron alimentos, ni gravaron á los herederos de este con la obligacion de dárselos de sus bienes (á ménos que se los legue el marido, ó quede embarazada, ó mientras la restituyen su dote), dispusieron justamente que si quedase tan pobre al tiempo de la muerte de su marido que no tuviese bienes propios con que alimentarse, ni este la dejase con que vivir segun su calidad, y sus hijos heredasen una cuantiosa herencia del padre, tuviese derecho á la cuarta parte de esta, como dije en el lib. 2 tit. 2 cap. 9 § último, con tal que no exceda de cien libras de oro (a). Esta cuarta marital corresponde á la viuda aun cuando con su trabajo pueda ganar el sustento, porque ademas de no ser este seguro, se la concede para consuelo de la pérdida de su esposo; y tambien la corresponde aun que despues adquiera bienes por otra parte, en razon de que se atiende al tiempo de la muerte del marido, y no al posterior, que es eventual. Tambien tiene derecho á ella, aun cuando el marido la legue el quinto, y mande que se contente con él, siempre que no alcance para su decente manutencion, porque es débito necesario. Pero este derecho á la cuarta marital no tiene lugar en

(a) Cada una de estas libras hace sesenta y dos castellanos ó sueldos de oro, y cada uno de estos valia 485 maravedis de los presentes, segun Escobar *De ratiocin. comput.* l. ns. 16 y 17, y *comput.* 25.

los casos que se expresan en dicho cap. 9. Con motivo de esta cuestion habla tambien aquí Febrero de varios efectos que produce la viudedad á favor de las mugeres, algunos de los cuales son bien extraños, y estan concebidos en términos chocantes, por ejemplo: que la viuda no es ménos estimada que la virgen, ni está distante de esta; que está reputada por mas liberal que las otras mugeres; que es una verdadera imágen de su marido; que goza de los rayos de honor y nobleza de este &c. Prescindiendo de estos elogios extravagantes, me contraeré á los verdaderos privilegios de las viudas, y son los siguientes: 1.º les compete el fuero de su difunto marido, y gozan de las mismas prerrogativas que este: 2.º en todo deben ser respetadas y honradas, como si su marido viviera: 3.º su testimonio ó deposicion prevalece al de otras mugeres: 4.º por la viudez no vuelven á caer bajo la potestad paterna: 5.º gozan de los privilegios concedidos á los pupilos y á las doncellas: 6.º les compete el beneficio de la restitucion *in integrum*, como personas miserables: 7.º deben determinarse sus causas sin estrépito ni figura de juicio, porque se reputan entre las sumarias y piadosas: 8.º pueden, ya sean actoras ó demandadas, pretender que las avoque á sí el soberano; y últimamente deben ser juzgadas con equidad y misericordia (b).

² Tello en la ley 25 de Toro n. fin. vers. *Pro complemento*. Segur. in *Repetit. leg. cohaeredi*, § *Cum filiae*, fol. 30 col. 3 y 4. Gom. Arias en la 32 de Toro n. 19 al fin.

(b) La doctrina relativa ó los privilegios y penas de las viudas, puede verse en Bartolomé Bersano, que la trató con extension.

25. Si el marido mejoró irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio ántes de casarse segunda vez, parece que se computará la cuarta para deducir la mejora, y que despues de deducida esta, se sacará aquella del residuo, porque el mejorado ya tenia adquirido derecho á la mejora del total de los bienes de su padre cuando se volvió casar, y la viuda pobre no revoca las donaciones anteriormente hechas¹. Sin embargo de esto no la disminuirá, pues aunque la donacion sea irrevocable, sirve solamente su irrevocabilidad para que el hijo no deje ya de ser mejorado, ni de percibir la mejora cuando fallezca su padre; mas no para disminuir la cuarta, porque esta es débito necesario contraído ántes de su muerte, y aquella se ha de graduar atendidos los bienes efectivos y propios del testador al tiempo que fallece; y como entónces ya está contraído el débito de la cuarta, y su importe como débito legal no es suyo sino de su viuda, por eso se debe sacar ántes que la mejora, ya sea hecha á hijo del anterior matrimonio ó del mismo². Entiéndese lo dicho cuando no intervino entrega de parte de la mejora al mejorado ántes de casarse el mejorante, pues si la hubo no se acumulará ni computará su importe respecto á que cuando se contrajo el débito, ya era dueño el mejorado de lo que le habia donado, y no pudo estar obligado á las deudas del mejorante; por lo que se sacará únicamente la cuarta de los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte, y no de los que al de contraer matrimonio ya no eran suyos. En cuanto á si compete ó no al marido pobre la cuarta, véase lo que dije en el citado capítulo 9 título 2 libro 2 párrafo último. Por lo concerniente á si sucediendo este en ella, estará ó no obligado á satisfacer los gastos funerarios de su muger de lo que importe, ó se ha de deducir primero la cuarta para él, y luego el quinto, y de este pagarse; aunque hay variedad de opiniones³, creo que primero se ha de sacar la cuarta que el quinto, por ser deuda y cosa agena. Y en órden á si la cuarta marital se debe ó no deducir de los bienes confiscados al marido, mi dictámen es que sí⁴, porque es deuda contra ellos.

1 Corn. consil. 178 vol. 2. Socin. consil. 108 vol. 1. Greg. Lop. ibi gl. 9.
2 Angul. en dicha ley 9 gl. 2 n. 9 al 11. Escobar. comput. 1 ns. 14 y 15.

3 Angul. ley 13 gl. 3 ns. 30 y 34.
4 Antunez Portugal *De donat. reg.* lib. 3 cap. 26 n. 11 al 16.

CAPITULO VIII.

De la obligacion que tienen los viudos ó viudas que pasan á segundas nupcias de reservar á los hijos ó descendientes legítimos de su primer matrimonio la propiedad de cierta clase de bienes.

- 1 Razon de tratarse aquí esta materia, y fundamento del derecho de reservacion.
- 2 y 3 Bienes que debe reservar la viuda que se casa segunda vez, y cómo en la particion solo debe aplicársela el usufruto de ellos, y no la propiedad.
- 4 La obligacion de reservar alcanza en los mismos términos al marido que sobrevive y pasa á segundas nupcias, debiendo adjudicársele solamente el usufruto de dichos bienes.
- 5 Se proponen y resuelven tres cuestiones que suelen ocurrir en esta materia. Primera. ¿Si el padre ó la madre que pasó á segundas nupcias sucediere á algun hijo del primer matrimonio, y falleciere dejando pendientes los frutos de los bienes de este hijo, cuya propiedad debia reservar á sus hermanos, se dividirán ó no entre su segunda muger y los hijos de ambos matrimonios, como gananciales, al modo que si ya los hubiera percibido?
- 6 Cuestion segunda. Si viviendo el padre y la madre casaron y dotaron á alguna hija de entrambos, muriere la madre, y despues de ella su hija abintestato sin sucesion, y el padre se volviese á casar, y teniendo otros hijos de aquel matrimonio, como tambien del segundo mejorase á alguno en el tercio y quinto de sus bienes, ¿esta mejora se deberá sacar íntegra de todos, incluso los de la hija muerta que ya son suyos, y como hechos un cuerpo se confunden?
- 7 Cuestion tercera. Teniendo el padre dos hijos del primer matrimonio, si por haber muerto abintestato el uno que habia heredado á su madre recayeren sus bienes en el padre, este se volviere á casar, y despues el otro hermano suyo entero falleciere tambien, habiendo legado á algun extraño ó medio hermano el tercio de aquellos bienes suyos procedentes del hermano, cuya propiedad debia reservarle su padre por haberse casado segunda vez, y tambien el de todos los demas que poseia; ¿este tercio se ha de deducir del cúmulo de los bienes reservables del primer hermano muerto, ó solamente de los que el legante poseia como suyos por otro título?
- 8 La viuda que despues de la muerte de su marido vive licenciosamente, pierde la propiedad y el usufruto de los bienes que este la dejó, como tambien las arras y su mitad de gananciales.

1. **H**abiéndose tratado hasta ahora de los derechos hereditarios de los hijos legítimos, no será fuera de propósito instruir al contador acerca de la obligacion que tienen los viudos ó viudas que pasan á segundas nupcias, de reservar á los hijos ó descendientes legítimos de su primer matrimonio la propiedad de ciertos bienes. Para la debida inteligencia es de saber que por derecho antiguo incurrian en infamia y en otras penas las viudas que se volvian á ca-