

misma disposicion sin otra diferencia que la de haberse de sacar los gastos del funeral del tercio de sus bienes (esto es, del tercio de los bienes del descendiente de cuya sucesion se trata) del que se le concede poder disponer en favor de los extraños por dicha ley 6, puesto que los otros dos tercios son legitima de dichos ascendientes que no puede disminuir el referido ascendiente (en lugar del quinto de que habla la presente ley) porque trata de la sucesion de los descendientes, como lo advierte el señor Covarruvias en el cap. 18 de *testamentos*, p. 5, núm. 4, y Angulo en la ley 45, glosa 5, número 7.

623. No habiendo descendientes ni ascendientes, herederos legitimos del difunto, sino solamente herederos extraños, se deben deducir los referidos gastos del cuerpo de su propio caudal, excedan ó no del quinto del mismo, porque como entonces no tiene limitada el testador la facultad de disponer de sus bienes á una cantidad determinada, por no haber legítimas que dejar íntegras, se entiende que quiso gravar la parte de herencia que dejó á los extraños con el pago ó decrecimiento de la cantidad que dispuso se gastara en su funeral, misas y legados.

624. No habiendo pues descendientes ni ascendientes, si existieren, por haber sido casado el difunto el otro cónyuge ó herederos suyos, no se deducirán el funeral, misas y legados del total de bienes inventariados, ni del acervo comun de gananciales, sino de los bienes que pertenecian al finado por los que llevó al matrimonio, ó hubo en él como suyos propios y por su mitad de gananciales, porque de otra suerte se gravaria el otro cónyuge ó sus herederos en la mitad de gananciales con un pago que no le corresponde, puesto que dicha deuda no se ha contraido durante el matrimonio ni con motivo de la sociedad conyugal. Si no hubiese sido casado el difunto se deducen los gastos de dicha funeral, asi como todas las demás deudas de la herencia de todo el cuerpo de bienes inventariados, pues solo se trata de su sucesion y herencia, á nadie se perjudica, ni hay gananciales que dejar libres por no haber sociedad conyugal á que se refieran.

625. Cuando el ascendiente que falleció hubiese dejado á alguno de sus descendientes el tercio de sus bienes como puede hacerlo segun la ley 18 de Toro, que es la 2, tit. 6, lib. 10 de la Nov. Recop., (mas no á favor de extraños) aun cuando le hubiere dejado tambien el quinto, en cuyo caso se entiende que le mejora en este y en el tercio, deberá deducirse el quinto antes que el tercio, aunque se nombrase este antes que aquel, lo que tiene por objeto beneficiar al testador para que sea mayor la cantidad de que pueda disponer á favor de su alma, segun dice la ley 214 de Estilo. Asi, pues, deducidas en tal caso las deudas peculiares del difunto de su propio haber, se saca del residuo la quinta parte; deducida esta, se rebaja el tercio, y el resto se divide en tantas partes cuantos sean los herederos incluso el mejorado, si tambien lo fuese, mas si no lo fuese, como el nieto á quien se mejoró ó que no lo es mientras vive su padre, se reparte lo que reste entre los demás herederos. Sin embargo, deberá deducirse el tercio antes que le

quinto en dos casos: 1.º Si el testador lo dispusiese así; pues entonces renuncia, como puede hacerlo, al beneficio que le concede la ley. 2.º Si fuese irrevocable la mejora del tercio, por haberse hecho, v. gr. por contrato entre vivos ó por causa onerosa, entregando la posesion de los bienes ó la escritura de ella, á no ser que el padre se hubiese reservado el derecho de revocarla ó sobreviniere alguna de las causas porque se anulan las donaciones perfectas, segun la ley 1, tit. 6, lib. 10, Nov. Recop. Esto se funda en que el mejorado adquirió en dicho caso un derecho anterior al que puedan tener los legatarios ú otros acreedores á los bienes del quinto.

626. Si el ascendiente mejorase á alguno de sus descendientes en el tercio y no dispusiese del quinto, se formará ó deducirá un quinto para rebajar los gastos del funeral, misas y legados; despues se sacará el tercio del remanente de dicho quinto, y otro tercio del caudal restante para el mejorado; y el residuo agregado al sobrante del quinto, será el caudal partible entre todos los herederos. Se rebajan en este caso ambos tercios, porque en el hecho de no haber dispuesto el testador del quinto, se infiere que su voluntad fue llevarse el hijo mejorado el tercio de él igualmente que de los demás bienes; y si de estos solos se dedujese el tercio, sería perjudicado el hijo á cuyo favor se hizo la mejora. Si el padre ó la madre mejorase por testamento á un descendiente legitimo en el tercio de sus bienes, mandando que de él pague los gastos del funeral, misas y legados, y no dispusiese del quinto, deberá el mejorado satisfacer dichos gastos del tercio hasta el importe del quinto solamente, entendiéndose mejorado en el exceso del quinto al tercio. Lo mismo se practicará cuando el padre, habiendo mejorado en el tercio á un descendiente, y á otro en el quinto, dispuso que aquel y no este, satisficase los mencionados gastos, ó que para costearlos entregase al último la mitad del tercio, en cuyo caso se entiende que mejoró ó distribuyó el tercio entre los dos.

627. El tercio y quinto dejado por mejora deben regularse para su deduccion ó repartimiento por el valor que tenia la herencia ó los bienes del testador al tiempo de su fallecimiento, ó atendiendo á los bienes que restan entonces, rebajadas las deudas hereditarias, no las testamentarias, esto es, los derechos de apertura y publicacion del testamento y demás gastos para elevarle á escritura pública pues estos gastos se han de deducirse del quinto. No se podrán, pues, sacar dichas mejoras de las dotes y donaciones que hubieren hecho anteriormente los padres á los hijos, no obstante deber estos traerlas á colacion y particion, pues no se colacionan para este efecto porque se consideran ya fuera del patrimonio, ley 9, tit. 6, lib. 10, Nov. Recop., ni tampoco se tendrán en cuenta los bienes que tenia el testador al hacer la mejora, si esta se efectuó por contrato entre vivos: leyes 25 y 25 de Toro. V. Llamas á la ley 25 citada, núm. 7 y siguientes. Tampoco se computará para deducir las mejoras de tercio y quinto, la cuarta marital en los casos en que se debe á la viuda pobre, pues como deuda que resulta contra los bienes del marido, ha de bajarse de estos como las demás, antes de deducirse las me-

joras. Aunque el mejorado repudiare la herencia y aceptare la mejora como puede hacerlo, no dejará por eso de experimentar la rebaja á prorata de las deudas hereditarias que le correspondan por su parte: ley 5, tit. 6, lib. 10, Novísima Recopilacion.

628. Lo que reste despues de practicadas las deducciones referidas del quinto y del tercio cuando hubiera esta mejora, para entregarlo á la persona á quien se dejó y las demás deducciones que resulten de la voluntad del testador conforme á la ley, constituye la legítima de los descendientes ó ascendientes en su caso. Sin embargo, este residuo no siempre representa toda la legítima que corresponde á los descendientes, bien se trate de sucesion testada ó intestada, bien hubiere ó no dichas mejoras, cuando los ascendientes hicieron á aquellos en vida donaciones de sus bienes, pues segun los motivos en que estas se fundasen, se consideran como legítimas anticipadas ó como mejoras. Para el efecto, pues, de saber lo que cada uno lleva por legítima, y restablecer sobre estas la igualdad que reclama la ley y la justicia, asimismo, para averiguar si caben en su caso las mejoras del tercio y quinto en la cantidad á que las limita la ley, y en su consecuencia, para completar á cada uno su legítima ó hacer que restituya el exceso de lo que cupiese en ella y en las mejoras referidas, si se le hicieron, deben traerse á colacion ó particion con los demás hermanos los bienes en que dichas donaciones consistan.

De la colacion de bienes.

629. Se entiende, pues, por colacion, la comunicacion ó agregacion que los descendientes legítimos, que son herederos, hacen á la herencia ó cuerpo del caudal hereditario, de los bienes que les dieron sus ascendientes en vida para que aumentando el caudal, se haga la division del mismo, sin perjuicio de las legítimas.

630. La colacion puede hacerse de tres maneras: 1.^a por *manifestacion*, que es manifestando el donatario la misma cosa que percibió, si existe y puede colacionarla: 2.^a por *liberacion*, que es cuando solo se le prometió lo colacionable y no se le entregó: 3.^a por *imputacion*, que es contándole ó imputándole en su haber la cosa colacionada, para que perciba de la herencia otro tanto menos cuanto fuere el importe de aquella, y este es el modo mas frecuente; y asimismo el único modo de colacionar que se fija en el proyecto del Código civil, art. 887.

631. Para que tenga lugar la colacion es necesario que se verifiquen las circunstancias siguientes: 1.^a Que el que la pide, y aquel á quien se pide sean de los hijos ó descendientes legítimos del difunto, cuya herencia se trata de partir, y que vengan á heredarle como tales descendientes é inmediatos herederos, y no como agnados ó coagnados mas remotos que aquellos. 2.^a Que los referidos descendientes sucedan por título universal de tales herederos, y no por el particular de legatarios ó fideicomisarios. 3.^a Que los

bienes cuya colacion se pretende, procedan del patrimonio de aquel á quien se hereda. 4.^a Que la cosa ó cantidad que se pretende traiga á colacion el donatario, la adquiriera en vida del difunto cuya herencia se trata de dividir, porque si la adquiriese despues de su muerte en concepto de legado, fideicomiso ú otra donacion que se confirma por la última voluntad, no es colacionable; á menos que el donante mande que la reciba en cuenta de su legítima. 5.^a Que á los hijos y descendientes legítimos entre quienes se trata de verificar la colacion, se les deba la legítima, pues de lo contrario no tendrá aquella lugar. Por ejemplo, si el abuelo dotase ó hiciese donacion al nieto ó á la nieta, no están estos obligados á colacionarla cuando muere el abuelo antes que el padre; porque existiendo este no son herederos, ni se les debe la legítima. 6.^a Que el hijo ó descendiente á quien se pide la colacion, quiera ser heredero, pues si renunciare la herencia, no estará obligado á colacionar lo recibido, y podrá retenerlo; advirtiéndose que si excediere de la legítima y mejora de tercio y quinto, ha de restituirse el importe del exceso.

632. Deben colacionarse por los descendientes á quienes se debe legítima, todos los bienes, donaciones y gastos que hubieren recibido ó se hubieren hecho en vida y provinieron del patrimonio del ascendiente de cuya herencia se trata, ley 3, tit. 15, Part. 6, en cuyos bienes, no solo se comprenden los raices, sino los muebles y semovientes, y no solo las cosas corporales, sino las incorporales, como los derechos y acciones.

633. Deben pues traerse á colacion las dotes y demás donaciones que el padre hiciere á las hijas por razon de casamiento, y lo que por mera consideracion á los padres y no á ellas mismas las dieran otras personas por igual causa porque se reputa como dado por los padres; las donaciones *proter nuptias* que hiciere los padres á los hijos y aun los vestidos, joyas ó preseas que hubieren dado aquellos á la novia ó esposa, porque en duda se presume que se los dieron por contemplacion á su hijo; los bienes profecticios, lo que hubiere usufructuado el hijo de sus bienes adventicios mientras estuvo bajo la patria potestad, mas no son colacionables los bienes propios de los hijos que no procedan del patrimonio del padre como los castrenses, cuasi castrenses y adventicios que hubiesen adquirido, no con el caudal paterno, sino con su industria, trabajo personal ó dádivas que le hicieron, pues que la propiedad de ellos es privativa suya, aunque el usufructo pertenece al padre, ni tampoco se colacionan las sumas recibidas para sus alimentos y educacion, mientras estuvieren bajo la patria potestad, porque es obligacion del padre alimentar y educar á los hijos. No debe en su consecuencia colacionarse lo que el padre hubiere gastado en dar al hijo carrera literaria ó militar, porque ademas de que estos gastos se consideran comprendidos en la educacion, de ellos resulta utilidad al Estado, como dice la ley 5, tit. 15, Part. 6; ni los gastos que hiciere el padre en convites ú obsequios á extraños, con motivo de matrimonio, ordenacion, grado ú otro acontecimiento fausto para el hijo, porque no se entienden hechos en utilidad especial de este, sino en atencion al decoro de la familia.

Deben, pues, colacionarse las donaciones de los bienes referidos y demás que no se refieran á los exceptuados, ya sean aquellas causales ó necesarias, esto es, se hagan por el padre en fuerza de alguna causa precisa ó por lo menos útil y piadosa que á ello le impela, ó ya sean simples ó voluntarias, esto es, hechas por mera liberalidad y sin que impulse á efectuarlas motivo alguno que no sea el del afecto.

654. Sin embargo, debe distinguirse entre estas dos clases de donaciones para saber cómo deben imputarse los bienes en que consisten al hacer la division de la herencia. Las donaciones simples se consideran como mejoras puesto que haciéndose sin necesidad, se supone que el padre quiere aventajar al hijo movido solamente del afecto que le tiene, y en su consecuencia se imputan primero en la mejora del tercio; si no caben en esta, se imputan en la mejora del quinto, y si excedieran de ella, se aplican en el exceso á la legítima, puesto que la ley no permite al padre mejorar á sus hijos en mas del tercio y del quinto de sus bienes. Si todavía excedieren de la legítima, se reputan inoficiosas y se devolverá el exceso á la masa comun de bienes, para que se reparta entre los herederos por cuanto corresponde á estos como parte de su legítima: ley 26 de Toro, que es la 10, tít. 6, lib. 10 de la Nov. Recop. Las donaciones causales por el contrario, como se hacen con un motivo preciso, no se funda en el afecto, sino en subvenir á alguna necesidad; se supone que el padre no las hubiera hecho á no mediar esta causa, y en su consecuencia, que no quiso mejorar al donatario, por lo que se consideran como anticipacion de la legítima, y así es que se imputan primeramente en esta, y si excediera de ella, se aplican á la mejora del tercio, y si aun excediere de esta, se imputan en el quinto, pues se supone que el padre tuvo en cuenta al hacer la donacion en mayor importe que la legítima, la parte de bienes que podia dar como mejora de tercio y quinto: lo que excediere de estas tres partidas es inoficioso y se trae á particion á la masa hereditaria; ley 5, tít. 3, lib. 10 Nov. Recop. ó 29 de Toro. Se hace la imputacion en los casos expuestos á la mejora del tercio antes que á la del quinto, para evitar que este pueda sufrir disminucion alguna, sino en caso de absoluta necesidad, con el objeto de que puedan sacarse de él mas ampliamente en todo caso los gastos del funeral y misas por el alma del testador á que está afecto. Las presunciones referidas cesan cuando expresó su voluntad el testador de que la donacion simple se entendiera legítima anticipada ó mejora en solo el tercio ó quinto, ó que la causa se considerase como alguna de estas mejoras, siempre que no excedan de las facultades que le conceden las leyes. V. la 3, tít. 15, Part. 5, y la 10, tít. 6, lib. 10 Nov. Recop.

655. Respecto de la imputacion de las dotes ó donaciones que los padres hacen á las hijas por razon ó con objeto del casamiento de las mismas, no se sigue en toda su extension la regla expuesta sobre las donaciones causales, no obstante pertenecer á esta clase de donaciones, pues si bien deben imputarse en la legítima, cuando excedieren de esta son inoficiosas, sin que se atienda para librarse de la inoficiosidad, á si caben en el tercio ó

quinto de los bienes hereditarios, porque se halla dispuesto terminantemente por la pragmática de Madrid de 1534, que es la ley 6, tít. 3, lib. 10 de la Nov. Recop. que *ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de hija tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos.*

656. La prohibicion expuesta no se extiende á las mejoras que haga el padre respecto de sus hijas, por última voluntad, pues de esta suerte puede mejorarlas, aunque sea por razon de matrimonio, y aun puede confirmar por este medio la dote que resultase inoficiosa por haberla constituido por contrato, con tal que se hiciese sin sospecha de fraude de la ley, y mandar que la hija la llave íntegra en cuanto quepa en el tercio quinto y legítima. Así, que la validacion en testamento de la mejora hecha á favor de las hijas, se entienda con tal que en contrato no se haya estipulado ó precedido promesa de hacerlo, pues si precedió, y haciendo el testador mencion de la promesa en testamento, constituye la mejora, no valdrá, porque la conceptúa hecha en fraude de la ley y en consecuencia de la obligacion primera; y lo propio milita, aunque no haya precedido promesa de mejorar á la hija, si estaba tratado ya su matrimonio y por razon de este la mejora, ó hace donacion el padre en su testamento, pues como fraudulenta tampoco valdrá. Véanse Ayora, de *Partit.* part. 2, *quæst.* 2, Gutierrez, de *juram. confirm.* Parte 1, cap. 59, núm. 16, y Baeza, de *non melior. filiab.*, cap. 13, número 15.

657. Acerca del tiempo á que deberá atenderse respecto de los bienes que tenia la persona de cuya sucesion se trata, para saber de la dote constituida por contrato es inoficiosa por no caber en la legítima, se hallan discordes los autores, pues si bien la ley 29 de Toro da á la hija expresamente la facultad de elegir que se haga el cómputo *en consideracion al valor de los bienes del que dió ó prometió dicha dote al tiempo que la dicha dote fue constituida ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote ó la prometió, do mas quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida ó mandada*, de suerte que si cupiere la dote en la legítima que toca á la hija de los bienes que tuviese el donante al tiempo en que la constituyó, no fuese inoficiosa, aunque al tiempo de la muerte del testador excediese del valor mencionado, la disposicion de la ley 6, tít. 3, lib. 10 de la Nov. inserta en el párrafo anterior, que prohíbe mejorar por razon de dote ó casamiento á las hijas tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, llamada comunmente la Prágmática de Madrid por haberse dado en las Cortes de Madrid de 1534 y 73, dió ocasion á dudar sobre si deberá considerarse como derogatoria de la facultad que concede á las hijas la ley 29 de Toro de elegir para reputar si es ó no la dote inoficiosa uno de los dos tiempos, ó el en que se da ó promete la dote, ó el de la muerte del testador.

Los autores que opinan porque la hija puede elegir el tiempo en que se constituyó la dote, ademas de el de la muerte, se fundan en que en la petition que se hizo á las Cortes de Madrid de 1534, se suplicó á S. M. que las

dotes que se diesen, no pudieran ser *mas de la legitima que le vendria á la dotada si entonces se partiesen los bienes del testador*; en que la Pragmática estableció por norma para la regulacion de las legítimas la renta que producian los bienes del padre al tiempo que entregaba ó prometia la dote; en que al modo que en el contrato porque se constituyen las arras, verificándose que la cantidad ofrecida por el novio á la novia tiene cabimiento en la décima parte de sus bienes cuando la casa se le abona, aunque no quepa en la de los que deja cuando fallece, del propio modo se debe abonar á la hija y no hacerle que restituya parte de la dote recibida; en que la eleccion de uno de dichos tiempos no es gracia del padre, ni es mejora, sino un derecho de tercero, esto es, del marido, der echo independiente de ella declarado en dicha ley 29, conservado intacto en la ley 6, tít. 3, lib. 10 de la Nov. Recop. prohibitoria de las mejoras por causa de dote, y al marido se le ha de cumplir lo que con arreglo á las leyes se le ofreció para llevar las cargas del matrimonio, pues lo contrario es constituir dotes de un valor eventual ó incierto, y empeorar la condicion de las mujeres para su establecimiento; y finalmente, en que aun cuando resulte que la hija eligiendo para sacar su legítima el tiempo en que fue dotada, saque mas de lo que le correspondia, atendido el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, no se puede decir que sale mejorada, porque todo lo que lleva es meramente por razon de su legítima, teniendo consideracion al tiempo en que fue dotada, pues asi como antes de la Pragmática la hija podia elegir el tiempo en que se la dotó, para sacar su legítima y tercio y quinto de mejora, sin que la sirviese de obstáculo el que por haberse disminuido los bienes del padre, se verificase que la hija llevaba por su legítima doble cantidad que la que le correspondia, en consideracion á lo que valian los bienes del padre al tiempo de su muerte, sin que por esto se pudiese decir que llevaba dos legítimas ó mejoras, sino una sola, atendido el valor de los bienes del padre al tiempo que constituyó la dote, del mismo modo despues de la Pragmática se debe decir, que aunque lo que lleve la hija por su legítima, eligiendo el tiempo en que fue dotada, sea una cantidad tan considerable que equivalga á la mejora de tercio y quinto en consideracion al valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, no se contraviene á la decision de la Pragmática, porque lo que lleva la hija en este caso no es por razon de mejora, sino únicamente por su legítima con respecto al tiempo en que se la dotó. Véase Baeza, de *non mel.*, cap. 5, núm. 7; Aznar y Notario en su Febrero adicionado, prólogo, pág. 52; las razones alegadas por Febrero para rebatirlas en su part. 2, cap. 2, § 2, núm. 89; don Sancho Llamas y Molina en su comentario á la ley 29 de Toro, núm. 147, á pesar de que mas adelante definiendo y adopta la opinion contraria, y don Joaquin Escriche, Diccionario razonado de Legislacion y Jurisprudencia en los arts. Dote y Colacion de Bienes, pues en el impreso mas adelante sobre Mejoras adopta y sostiene la opinion contraria.

Los que opinan que la hija no tiene la facultad de elegir entre los dos tiempos, sino que debe atenderse á si cabia la dote en legítima que le cor-

respondia respecto de los bienes que dejara el dotante al tiempo de su muerte, opinion que es la mas general, se apoyan en que la dote se da y anticipa en cuenta de la legítima que puede tocar á la hija, y esta se debe considerar segun los bienes que tuviese el donante al tiempo de su muerte, que es cuando regularmente se dividen dichos bienes, despues de la cual ni se aumentan ni disminuyen; y asi como la hija puede pedir el complemento de su legítima, si se aumenta el patrimonio del padre, asi tambien si se disminuye dicho patrimonio, de suerte que no quepa en él la dote, debe sufrir esta disminucion y entenderse dotada entonces, pues si está á la utilidad, debe tambien estar á las pérdidas, y la constitucion de la dote debe entenderse condicional y no absoluta, y lleva embebida tácitamente la condicion, «con tal que quepa en su legítima cuando se dividan los bienes de su padre», que es cuando se la debe esta; en que de lo contrario se eludiria el objeto que se propuso la Pragmática de Madrid, cual fue que no se mejorase á las hijas por causa de dote por ninguna manera de contrato entre vivos, puesto que resultarían mejoradas, si habiendo elegido la época de la constitucion de la dote en que el patrimonio del padre era cuantioso, se minorase ó perdiese este patrimonio posteriormente, de suerte que apenas quedaran bienes para los demás hermanos, deducida la dote: esta última razon no pierde su fuerza por oponerse contra ella, que igual inconveniente se sigue de la disposicion de la Pragmática cuando lo que ha recibido la hija excede de lo que la correspondia por razon de su legítima, atendido el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, pues á esto se contesta, que lo uno lo permite la ley que es la Pragmática, y lo otro lo prohíbe, habiendo derogado la disposicion de la ley de Toro; en que dicha Pragmática se estableció para que los demás hijos no fuesen defraudados en sus legítimas, haciéndose de peor condicion que la dotada, ni el padre se empobreciese por su prodigalidad, y si se permitiese la eleccion, se incidiria por un medio indirecto en los escollos y daños que ocasionaba la indiscrecion de los padres y el abuso de la facultad de la ley 29, que fue lo que quiso precaver y evitar en lo futuro la Pragmática y lo que solicitó el reino, y no habiendo distinguido en ella de casos, comprendió todos los que podian ocurrir de idéntica razon; en que no sirve alegar como razon de similitud lo que se practica respecto de las arras, porque hay notable diferencia en uno y otro caso, puesto que en el contrato de arras procede el novio arreglado á la ley y su promesa no cede en perjuicio de tercero, ni excede, ni debe exceder de la décima, y si ofrece cantidad determinada, no puede pretender mas la novia por muy opulento que el novio se haga durante su matrimonio, y asi su adquisicion es absoluta, perfecta é irrevocable; pero en el presente caso se infringe la ley prohibitiva, resulta perjuicio á los hermanos de la dotada, puede pedir esta el suplemento de su legítima, si toma incremento el caudal de su padre y la adquisicion y tradicion de la dote es condicional, pues depende de la circunstancia de aumentarse ó disminuirse el patrimonio del padre para acrecerse ó disminuirse respectivamente la dote; y respecto del exceso de esta, si su padre quiere que se quede con él; puede prevenirlo en su

testamento, y valdrá esta confirmacion en los casos y forma ya expuestos; en que aun cuando el ánimo del padre no haya sido mejorar á la hija, como de permitirse la eleccion se verifica serlo, se ocasiona el gravámen respecto de las legítimas de los hermanos, y la Pragmática no solo prohíbe que el padre la mejore, sino que manda no se entienda mejorada por razon de dote ni casamiento, tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos; en su consecuencia, aunque se pretendiera limitar el valor de la dote al de la legítima, sin comprender el exceso ó mejora de tercio y quinto, se incurriria (como observa Llamas y Molina en su comentario á la ley 29 de Toro, núm. 156) en el inconveniente de que si el valor de aquella con respecto al tiempo en que se dió la dote era mayor que el que correspondia al valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, la hija saldria mejorada por contrato entre vivos, á causa de que llevaba mas de lo que la correspondia por razon de legítima, lo cual está prohibido por la Pragmática; y finalmente, no sirve alegar que de tener que restituir el novio la parte de dote que excediese de la legítima, resultaria engañado, porque el que contrae con otro debe cerciorarse de su condicion, y es regla general que se presume saben todos el derecho. Solamente en dos casos conceden los autores que sostienen la opinion últimamente expuesta, el atender para calcular si es ó no la dote inoficiosa al tiempo de su constitucion, á saber: cuando cupiese la dote, al constituirse en la legítima completa, y la hija renunciase el aumento que pudiera tener por acrecerse el patrimonio del padre, obligándose bajo juramento á no pretender el suplemento de aquella; y cuando cupiere la dote en los bienes del padre al tiempo de constituirse y al de la muerte del mismo, y solo resultase excesiva por mejorar aquel á alguno de los otros hijos, pues no parece justo que esta disposicion paterna perjudique á la hija y la obligue á restituir lo que poseia legítimamente: V. Febrero, part. 2, lib. 2, cap. 2, § 2, núm. 90; Apología del Febrero reformado por Gutierrez, escrita por el mismo reformador, núm. 215; Llamas, com. á la ley 29 de Toro, núm. 156; Febrero de Goyena, t. 1, número, 1206; Escriche, Diccionario, art. *Mejora*.

658. Aunque la generalidad de los autores sienta por regla que las mejoras no se traen á colacion, esto debe entenderse en el sentido en que no se traen á particion, esto es, para distribuir ó repartir con igualdad entre los herederos como legítima con lo demás de que consta la herencia, el importe, cantidad ó objeto que constituye la mejora propiamente dicha, esto es, que no excede en su valor de lo que importan el tercio y quinto de los bienes de la persona á quien se hereda y que hizo dichas mejoras, porque no considerándose el importe de estas como afectando la igualdad de las legítimas, lo lleva el mejorado ademas de lo que le corresponde por su legítima hereditaria; mas no debe entenderse que las mejoras no se traen á colacion en el sentido de que no deba agregarse á la masa comun que constituye la herencia, el valor ó importe de ellas para que pueda verse si exceden de la cantidad á que las circunscribe la ley y en caso de que excediesen para que se traiga á particion el exceso. «Supuesto que por las

leyes 26 y 29 de Toro (dice el Sr. Llamas en su Comentario á esta última, número 68) se debe traer á colacion el valor de la legítima ¿cómo puede conocerse y regularse el tanto á que asciende esta, sin saberse el importe y suma total de los bienes hereditarios? Ninguno por preocupado que esté dejará de conocer que para graduar y regular el valor de la legítima en los casos de que hubiera mejoras, es absolutamente necesario é indispensable se traigan en especie ó estimacion al acervo comun de la herencia los bienes donados, á fin de que formándose el cómputo de su capital ó valor, se fije el de las legítimas de cada uno de los hijos y el de las mejoras de tercio y quinto: esta acumulacion de los bienes donados al acervo comun de los hereditarios es y se llama por las leyes de Toro, colacion.

659. Las dotes ó donaciones *propter nuptias* que se pagasen del acervo comun de gananciales se traen á colacion por mitad á la muerte de cada uno de los cónyuges. V. la ley 53 de Toro y la 14, tit. 6, lib. 3 del Fuero real.

640. Respecto de las mejoras ó aumentos, ó de los menoscabos ó desmejoras que tuviesen los bienes colacionables, si aquellos fuesen efecto del tiempo, ó de otras circunstancias, y no obra del que recibió dichos bienes, deben estos colacionarse, con todo el valor que tuvieren al tiempo de hacerse la colacion, siempre que sean raices ó fincas cuyo aprecio no se hizo al tiempo de entregarlas al padre, pues si se hubieren apreciado con la estimacion que surte los efectos de venta (segun se dijo hablando de la dote) han de colacionarse por el valor que tenian cuando se entregaron, si al hacer la entrega no se pactase lo contrario. Siempre que la mejora ó aumento fuere debido á la industria del que recibió la finca, no se colacionará esta, sino solo el precio que tenia, cuando se le entregó apreciada; pero si la entrega se hubiere hecho sin aprecio, se colacionará la finca misma sin el valor de la mejora. Siendo los bienes muebles, semovientes, ó de los que consisten en número, peso ó medida, si se hubieren apreciado al tiempo de la entrega, se colacionarán por este mismo precio, aunque entonces valgan mas ó menos; porque habiéndose trasladado el dominio, es de cuenta del que los recibió su aumento ó deterioro; mas no habiéndose apreciado, se colacionarán por el valor que tengan al tiempo de la particion; porque en este caso se presume que son del difunto, y que existen como tales en su herencia.

Si se hubieren perdido ó destruido los bienes colacionables, en este caso la obligacion del que los recibió será la de traerlos á colacion por el valor que tenian al tiempo de la entrega, siempre que la pérdida ó destruccion de ellos fuese por culpa ó dolo suyo; pero habiendo sido obra del acaso, no deberán colacionarse.

641. En la computacion que se hace para deducir las mejoras de tercio y quinto, no se ha de incluir la *cuarta* que se debe á la mujer cuando quedase pobre y no tiene dote ú otros bienes con que alimentarse, ni se los legó para dicho objeto el marido, con tal que dicha cuarta no pase de cien libras de oro, aun cuando queden hijos de dicho matrimonio, conforme á la ley 7, tit. 13, Part. 6.

Esto se funda en que dicha cuarta es un débito resultante contra los bienes del marido, que ha de rebajarse de estos como las demás deudas, antes que se haga la deducción, según se dijo en su lugar.

De los bienes reservables.

642. Creemos conveniente para mayor ilustración de los contadores al hacer la partición de los bienes hereditarios, apuntar las ideas principales sobre los bienes reservables.

Cuando muere el marido, y la mujer que sobrevive contrae segundo matrimonio, tendrá que reservar para los hijos del primero todos los bienes que hubiere adquirido del consorte difunto por cualquier título que fuere, bien universal, como sucesión por testamento ó ab intestato, bien singular, como arras, donación ó cualquiera otra causa lucrativa; y asimismo los que hubiere heredado *ab intestato* de cualquiera de los hijos del primer matrimonio, se entiende habiéndolos este heredado antes de su padre, mas no si los hubo de otro pariente ó extraño, ó los adquirió de otro modo: ley 7, tit. 4, lib. 10. Nov. Recop. En la reserva expresada no se comprenden los bienes gananciales, pues el dominio absoluto de ellos corresponde al cónyuge que los adquirió; ley 6, tit. 4, lib. 10, Nov. Recop.

También estará obligada, según algunos juriconsultos, á reservar lo que la hubieren dado los parientes ó amigos del marido por consideración á este.

Asimismo debe reservar la viuda que pasa á segundas nupcias á favor de los hijos del primer matrimonio la propiedad de la cuarta marital, y gozará solo de su usufructo mientras viva, mas á falta de hijos, la hará suya enteramente.

El marido tiene la misma obligación de reservar que la mujer según dispone la ley 7, tit. 4, lib. 10 de la Nov. Recop., que es la 15 de Toro.

Cesa la obligación de reservar dichos bienes, 1.º siempre que el difunto marido hubiese concedido á la mujer licencia para volver á casarse, ó si estando ya viuda la obtuviere del rey, ó mediare consentimiento de los hijos para el segundo enlace: ley 3, tit. 12, Part. 4. 2.º Si el padre ó la madre hubiere heredado á algun hijo *por testamento*, solo estarán sujetas á reservación las dos terceras partes de esta herencia, que les corresponden por disposición de la ley como herederos forzosos, pues del otro tercio pudo el hijo disponer libremente, y en esta parte sucede el padre ó la madre por expresa voluntad de dicho hijo, como pudiera sucederle un extraño.

Los bienes reservados deben dividirse entre los hijos del anterior matrimonio, con igualdad, sin que pueda el padre ó la madre dar por este concepto mas á uno que á otro; bien que á pesar de esta división el consorte sobreviviente conservará toda su vida el usufructo de los bienes reservados, pues solo la propiedad es la que pertenece á los hijos.

DIVISION DE LA HERENCIA.

643. Hechas todas las deducciones del haber hereditario, que llevamos especificadas, según la diversidad de casos, para su liquidación, y aumentada la suma total que resulte líquida con los bienes colacionables, se procede á la división y distribución del mismo entre todos los herederos por partes iguales si fueren legítimos ó necesarios, puesto que ya se dedujeron las mejoras del tercio y quinto para aplicarlas al que fuese mejorado, además de aquella parte de la herencia que constituye su legítima. Para esta división deberán tenerse presentes las reglas que se han expuesto al tratar de la liquidación del haber hereditario, según los varios y mas principales casos que pueden ocurrir.

644. Si los herederos fuesen voluntarios, se distribuirá entre ellos la herencia, atendiendo á las partes que hubiese asignado el testador, bien fuesen fijadas ó proporcionalmente á las mismas, según las siguientes reglas que como principales exponen los autores: 1.ª Si el testador instituyese uno ó varios herederos, señalándoles cierta cosa ó cuota determinada de la herencia, y no dispusiese del resto de ella, llevarán aquellos lo que se les hubiese designado en los términos que quiso el testador, y el residuo pasará á los herederos *ab intestato*. No era así entre los romanos, pues una de sus leyes prevenía que ninguno pudiese morir en parte intestado y en parte con testamento, cuya disposición les obligó á admitir el derecho de acrecer en las herencias: por consiguiente el heredero nombrado en cierta cosa ó cuota de la herencia, como dos ó tres onzas, adquiriría por necesidad los bienes restantes del testador, y esta misma doctrina tuvo lugar en España según la ley 14, tit. 3, Part. 6; pero corregida esta por la ley 1, tit. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación, solo se verificará el derecho de acrecer en las herencias, cuando conste ser esta la voluntad del testador, que ante todas cosas debe respetarse y seguirse. Por ejemplo, si llamó juntos á la herencia ó parte de ella á dos herederos, ha lugar el derecho de acrecer entre ellos en la parte ó cosa á que fueron llamados, como sucede en los legados ó mandas, cuando hay la misma unión ó conjunción entre los legatarios; pero no constando que sea esta la voluntad del testador, un heredero no llevará mas porción que la designada; y si otro no admitiese la suya, ó no dispusiese de ella el testador, pasará á los herederos *ab intestato*. 2.ª Si el testador instituyere tres ó mas herederos en estos términos: Pedro sea mi heredero en la parte primera, Juan en la segunda y Pablo en la tercera, es claro que deberá dividirse la herencia en partes iguales, pues aquí solo se prescribe el orden en que han de suceder; mas nada se indica en cuanto á desigual distribución. 3.ª Si los herederos fueren nombrados en esta forma: «instituyo á Pedro por mi heredero en la mitad de mis bienes, y á Juan en la otra mitad, y en la misma parte que instituyo á Juan sea heredero Diego.» Pedro llevará la mitad de la herencia, y Juan y Diego la otra mitad por partes iguales, pues según las palabras del testador, fue su voluntad que estos se reputasen como