

CAPITULO QUINTO.

De la colacion de bienes ¿Que es colacion; por que razon se intrudujo; que se requiere para que tenga lugar; entre que personas debe ó no hacerse, y cuales son los bienes colacionables?

- §. 1. Objeto principal de este capítulo.
2. ¿Que es colacion?
3. ¿De cuantos modos puede hacerse?
4. ¿Que es imputacion, y en que se diferencia de la colacion?
5. Regularmente hablando debe colacionarse la misma cosa, y no su estimacion, excepto en los casos que alli se expresan.
6. ¿Cuándo deberá hacerse la colacion?
7. Si el padre prohibiese expresamente la colacion, no se hará siempre que los bienes donados por él no excedan de lo que puede tocar al donatario por su legítima y mejora,
8. Circunstancias que se requieren para que tenga lugar la colacion.
9. En la herencia de los ascendientes tiene lugar la colacion entre sus hijos y descendientes legítimos ó legitimados por el siguiente matrimonio, á quienes se debe abintestato la legítima, sin diferencia de sexo.
10. Entre los herederos extraños instituidos solos ó juntamente con los hijos del testador, no tiene lugar la colacion; pero sí entre estos solos.
11. Tampoco tiene lugar entre los colaterales ni entre los ascendientes.
12. Asimismo no colaciona el hijo legitimado por el Soberano ni el adoptivo, ni tampoco hay colacion entre los hijos naturales, sucedan solos ó con otros legítimos porque no se les debe la legítima.
13. De los bienes que son ó no colacionables.
14. Por regla general deben colacionar los descendientes legítimos en cuenta de sus legítimas los bienes, donaciones y gastos que hubieron ó hicieron en vida, y les provinieron del patrimonio del ascendiente, de cuya herencia se trata si la aceptan.
15. Las hijas deben por consiguiente traer á colacion la dote y donacion *propter nuptias* que recibieron de sus padres.
16. Si la hija se contenta con su dote, y repudia la herencia, no tendrá obligacion á colacionarla, con tal que no exceda de su legítima.
17. La obligacion de colacionar

- las hijas la dote se amplía á las demás donaciones que sus padres les hubieren hecho.
18. Tambien deben colacionar las donaciones que les hayan hecho otras personas por consideracion á sus padres; mas no el dinero que alguno les hubiere dado por desflorarlas ó violarlas ó en virtud de sentencia condenatoria.
19. Tampoco está obligada á colacionar la dote y donacion *propter nuptias* que algun extraño la hubiese dado para casarse aunque este la haya entregado á su padre para que la dotase; ni las dádivas ó regalos que algun pariente ó amo á quien sirvió ú otro la hubiere hecho.
20. No solo comprende á las hijas que se casan la obligación de colacionar la dote que les dieron sus padres, sino tambien á las que entran en convento que puede poseer bienes en comun y en particular.
21. Heredando el hijo á sus padres no solo debe colacionar lo que recibió de ellos, sino tambien los vestidos, joyas ó adornos que dieron á su esposa.
22. No deberá sin embargo colacionar los gastos de comida, refresco, regalo al cura que le casó, ni otros que por lucimiento hacen sus padres.
23. Deben los hijos colacionar los officios públicos redimibles comprados con el dinero de sus padres, si son trasmisibles.
24. ¿Si deberá colacionar el hijo los gastos hechos por su padre en sacar las bulas para obispado, canonicato ú otro beneficio?
25. El hijo poseedor de un mayorazgo ha de colacionar lo que el antecesor hubiere expendido en la obtencion de un breve pontificio para que de los frutos de ciertas iglesias se saque la tercera parte ó mas con que erigir dos beneficios, cuya presentacion haya de hacer el mencionado hijo poseedor del mayorazgo.
26. ¿Si deberá el hijo colacionar la donacion que su padre le hizo con título de patrimonio para ordenarse?
27. Si los padres, ó el uno de ellos, despues de haber dado dote á su hija, ó capital á su hijo, les diesen ademas alguna cantidad de dinero ó finca para alimentarse, pagar deudas ú otro fin urgente, traerán tambien esto á colacion, si sus padres no disponen otra cosa.
28. Debe colacionar el hijo que se halla bajo la patria potestad el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le donó expresamente, si este tiene recogidos los frutos y está hecho dueño de ellos.
29. Diciendo el padre antes de

- adquirir el usufructo de los bienes adventicios de su hijo que no lo quiere no tiene esta obligación de colacionar los frutos que produjeron y percibió.
30. Si el padre que administra bienes adventicios de un hijo que tiene en su poder, le dedica á la carrera militar ó literaria y los frutos de estos bienes alcanzan ó exceden á las expensas que hace con él, deberá colacionar, si su padre lo manda no todo el importe de ellos, sino lo líquido que quede, deducidas las que su padre haría con él en su casa.
31. Si teniendo el padre el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, este se casa, y aunque el padre continúe reteniéndole, no se le demanda mientras vive, podrá repetirle de sus herederos, y deberá deducirse como deuda del cuerpo del caudal paterno.
32. ¿Si se habrán de colacionar los frutos de capellanía, prebenda ó beneficio eclesiástico, pertenecientes al hijo que vive en compañía de su padre y que este administra, y los alimentos que dió á dicho hijo?
33. Son adventicios los frutos de los bienes adventicios del hijo que percibió después de la tácita ó expresa remisión de su padre, y no debe traerlos á colacion.
34. Emancipando el padre á su hijo, y dándole al mismo tiempo alguna finca ú otra cosa, no está obligado á colacionarla, pues se entiende mejorado en ella en cuanto no exceda del tercio y quinto.
35. No debe colacionar el hijo los gastos que su padre hizo con él en los estudios: ¿cuales deben ser estos?
- 36, 37, 38, 39 y 40. Excepciones de la regla anterior.
41. Tampoco debe colacionar cualesquiera otros gastos que el padre haya hecho con él para darle carrera militar ú otra honorífica.
42. ¿Si deberá colacionar los libros que el padre le hubiese dado para estudiar?
43. No debe colacionar el hijo su peculio casicastroense.
44. Tampoco debe colacionar lo que su padre gastó en proporcionarle algun honor inalienable y no transmisible á sus herederos, ó alguna dignidad ú oficio público, por el que se perciba anualmente alguna renta ó utilidad.
45. Asimismo no debe colacionar lo que sus padres gastaron para redimirle de cautiverio.
46. Tampoco deberá colacionar lo que su padre pagó voluntariamente por la pena en que se le condenó por algun delito; pero si lo hubiere pagado por necesidad, deberá traerse á colacion.

47. No estan obligados los hijos á colacionar las pensiones, encomiendas, renta vitalicia y demas donaciones que el Rey ó la Reina les hubieren hecho; ni tampoco los réditos ó rentas anuales, v. gr. juros que el mismo padre trasfiere con Real licencia en sus hijos.
48. Excepcion de la regla anterior.
49. No tiene obligacion el hijo de colacionar los bienes adventicios que adquirió con su mera industria y trabajo personal.
50. Pero deberá colacionar el lucro que adquirió con los bienes ó dinero de su padre sin poner trabajo suyo. ¿Que deberá hacerse cuando se duda si lo granjeó con su mero trabajo ó con los bienes del padre?
51. Habiendo administrado y gobernado por sí solo el hijo los bienes de su padre á causa de hallarse muy viejo ó imposibilitado, si los demas por ser menores ú otro motivo, nada lucraron ni trabajaron, debe darse á aquel si lo pide el salario de su administracion.
52. Si el hijo emancipado, lejos de adquirir y cuidar de los bienes de su padre, los dilapidó, consumió ó sustrajo, debe colacionarlos ó restituir su importe.
53. El hijo á quien por sus méritos hizo alguna donacion su padre ó madre, no está obligado á colacionarla siempre que sean condignos á ella, ó tales que no puedan estimarse ni pagarse con dinero.
54. Son colacionables en cuenta de legitima las donaciones que los padres hacen á sus hijos por causa necesaria, mas no las simples ó que proceden de mera liberalidad del donante, excepto en los tres casos que alli se expresan.
55. ¿Cuales se llaman donaciones necesarias?
- 56 y 57. ¿Si lo que el abuelo dió á la nieta viviendo su padre, lo deberá colacionar aquella ó este?
58. ¿Si deberán colacionar lo que en vida recibieron de sus padres el hijo ó la hija excluidos de heredar, sea por estatuto ó costumbre del pueblo, ó por haber renunciado con juramento sus legítimas paterna ó materna?
59. Cuando los nietos entran á heredar al abuelo por muerte de su padre, no tienen obligacion de colacionar lo que en vida les dió este, y solo tendrá lugar la colacion cuando se hayan de dividir los bienes paternos.
60. Los nietos que recibieron algo de su abuelo ó abuela despues de muerto su padre ó madre, estan obligados á colacionarlo con los otros nietos ó con sus tios cuando hereden á su

- abuelo ó abuela, porque se les debe la legítima.
61. La misma obligacion tienen los nietos de colacionar lo que los abuelos dieron en vida á sus padres, y por muerte de estos entró en su poder.
- 62, 63 y 64. Dos casos en que no estan obligados los nietos á hacer la colacion, sucediendo con sus tios ó sus abuelos. Impugnacion de la doctrina del autor en el segundo caso.
65. ¿Si la renuncia de legítima que hace la madre contenta con su dote, perjudicará ó no á sus hijos viendo estos á heredar al abuelo?
66. Si un padre que tenia hijos de dos matrimonios, casa durante el segundo dos, v. gr. que habia tenido del primero dando á uno algo menos de lo que le tocaba por su legítima y á otro algo mas á cuenta de la paterna, expresando lo que les entregaba por cada una, debe el segundo hacer dos colaciones: ¿y en que terminos?
67. hasta el 75 inclusive. ¿En que casos y de que modo tendrá lugar la colacion del enfiteusis.

1. **S**uelen los padres cuando ponen en estado á alguno de sus hijos, ó los dedican á la carrera militar ó literaria ó en otras ocasiones hacer gastos con ellos, ó darles crecidas cantidades ó hacienda, ya expresando ser en cuenta de su legítima, ya sin decir cosa alguna; y cuando nada expresan, se duda si estas donaciones ó gastos se les han de imputar en parte de legítima, ó han de reputarse donaciones simples, procedentes de una mera liberalidad, y de consiguiente si son ó no colacionables, suscitándose con este motivo pleitos que disminuyen mucho y aun aniquilan las herencias. Por tanto, deseando evitarlos, y que el partidador se instruya, no cause perjuicio ni tenga necesidad de preguntar, ni molestarse en registrar libros que tal vez no entienda; no obstante la diversidad de pareceres entre los mas célebres jurisconsultos sobre muchos particulares de materia tan ardua é intrincada, á causa de la antinomia ó contradicción que por falta de discernimiento y expresion parece tienen nuestras leyes, y especialmente las 26 y 29 de Toro (pues afirman algunos que mas confunden que ilustran), procederé para ello con la claridad que me sea posible, adhiriendome en los casos confusos al dictamen mas conforme con el espíritu de aquellas, y dando al partidador para que no yerre las reglas ciertas que verá en adelante.

2. La palabra colacion tiene en el derecho varias significaciones; pero segun mi propósito es una comunicacion ó agregacion que los descendientes legítimos, que son herederos, hacen á la herencia ó cuerpo del caudal paterno ó materno de los bienes que sus padres les dieron y ya son suyos, para que despues se dividan todos legalmente entre ellos.

3. La colacion se puede hacer de varios modos: 1.º por *manifestacion*, que es trayendo ó manifestando el donatario la misma cosa que percibió, si existe y puede colacionarla (1); 2.º por *liberacion*, que es cuando lo colacionable no se le entregó, y solo se le prometió (2); y el 3.º por *imputacion*, que es imputándole en su haber, y percibiendo de la herencia tanto menos cuanto importe lo que tenga recibido, y no puede manifestar por no existir, ó por carecer de facultad para su manifestacion, como sucede en la dote de que está posesionado el marido, pues la muger se halla imposibilitada de verificarlo (3); y este es el modo mas frecuente de colacionar. Fue la imputacion en un principio un remedio introducido por el derecho romano para excluir la querrela de inoficioso testamento. En virtud de este remedio podia el hijo á quien su ascendiente dejaba menos de la legitima que se le debia, intentar el suplemento de esta, con tal que recibiese en cuenta y se le imputase en ella lo que su padre ó ascendiente le habia dado (4). No tenia lugar cuando el hijo era preterido ó exheredado con causa legal, ó por el contrario instituido en toda su legitima; y sí solo cuando el testador le dejaba menos que esta, y añadia que nada mas recibiese de sus bienes.

4. Se diferencian la imputacion y la colacion propiamente dichas: lo primero, en que aquella fue introducida asi en favor de los hijos como de sus padres; de aquellos para que no fuesen privados de su legitima, y de estos para que sus testamentos no se rompiesen ni anulasen. Pero la colacion se introdujo en otro tiempo por la injuria que los hijos emancipados hacian á los que no lo estaban, y hoy se halla establecida por evitar la envidia y discordia entre ellos. Lo segundo, en su origen, forma y naturaleza. Lo tercero, en que la imputacion no tiene lugar sino por testamento; pero la colacion, asi por testamento como abintestato. Lo cuarto, en que la imputacion lo tie-

1 Ley 1. §. *Jubet*, ff. de *collat. bonor.* Guerreir de *divis.* lib. 2. cap. 13. num. 1 al 4.

2 Ley 2. Cod. de *collat.* Valasc. de *partit.* cap. 14. num. 1.

3 Ley *Dotis quidem petitio*, Cod. de *collat.* Gom. en la ley 29 de Toro, num. 26.

4 Ley *Omnimodo*, Cod. de *inoffic. testam.* Gom. ibi, num. 38. Hermos. en la ley 3. tit. 4. Part. 5.

ne, ya suceda el hijo con sus hermanos ó con extraños; pero la colacion solamente cuando suceden entre sí los hijos y descendientes legítimos, bien que ya sucedan los hermanos entre sí ó con extraños, se llama vulgarmente *colacion*. Y lo quinto, en que todo lo que se imputa se colaciona, mas no todo lo que se colaciona se imputa en la legítima. Otras varias diferencias traen los autores (1), las que omito por importar poco al contador.

5. Debe colacionarse, regularmente hablando, la misma cosa recibida, si existe, y no su estimacion (2) (*), pues de no hacerlo se puede causar perjuicio á los coherederos, si tienen aficion á la propia cosa y pretenden derecho á ella, porque por la colacion se constituye hereditaria y como del patrimonio del difunto (3); por consiguiente no debe darse al interesado contra su voluntad la estimacion de la cosa en lugar de esta misma (4); pues de permitirse esto se faltaria á la equidad, que fue el principal motivo de establecerse la colacion. Pero esto se limita en cuatro casos: 1.º cuando los interesados convienen en que se colacione la estimacion, pues como esta se introdujo principalmente para evitarles perjuicio, y para que fuesen igualados en sus legítimas, cesa el motivo con su convenio: 2.º cuando no se puede colacionar sino con dificultad, ó de ningun modo: 3.º cuando la cosa es tal que no la tienen aficion los hermanos, ó en los libros de los estudiantes por privilegio de las ciencias, á menos que el padre mande expresamente que los colacionen (5); y lo 4.º en la dote mientras subsiste el matrimonio, pues basta colacionar la estimacion de las cosas dotales, y no hay obligacion de manifestarlas, como he dicho (6).

1 Castell. en la ley 29 de Toro, num. 30. verb. *A tornar*.

2 Ley 1. ff. de *collat bonor*.

* El reformador del Febrero impugna esta doctrina, como puede verse en la apología de su reforma, que se halla inserta en el tomo 3.º de la sexta edicion. Pero á pesar de sus razones mas ingeniosas que sólidas, tengo por muy fundada la impugnacion que en este punto le hizo el adicionador, segun advertirá cualquier sugeto imparcial leyendo al uno y al otro. No hay duda que parece una contradiccion de Febrero decir por una parte que la imputacion es el medio mas usado de colacionar, y asegurar poco despues que, regularmente hablando, deben colacionarse las cosas mismas y no su estimacion. Pero léase con reflexion este párrafo 5, y se verá por que

es tan frecuente el modo de colacionar la estimacion. Esto sin embargo no destruye la regla general de que regularmente deben colacionarse las cosas mismas; y efectivamente este principio es mas conforme á equidad, y mas arreglado á las disposiciones de nuestras leyes, que cita el editor del Febrero adicionado en su impugnacion inserta como prólogo, quinta edicion, página 29 y siguientes. Me ha parecido conveniente deber llamar la atencion sobre esta materia porque es de mucha importancia.

3 Ley *Illam*, al fin. Cod. de *collat*.

4 Valasc. de *partit*. cap. 14. num. 2 y 3.

5 Valasc. ibi, num. 7. Guerreir. de *divis*. lib. 2. cap. 13. num. 1 al 24.

6 Valasc. en el cit. cap. num. 5.

6 La colacion se debe hacer en tres casos, muera testado ó intestado el donante. El primero, cuando el padre ó ascendiente mandó expresamente al hijo ó á la hija, que la hiciese de lo que les habia dado, porque el donante puede mandarlo, ya se empleasen los gastos y donaciones en los fines que expresaré mas adelante, y que por derecho estan exentos de la colacion, ya en otros no privilegiados. El segundo es cuando por conjeturas aparece que la voluntad del padre fue que los bienes donados por él se colacionasen, de cuyas conjeturas trataré mas adelante. El tercer caso es cuando se duda si el padre lo quiso ó no; pues entonces se presume que su voluntad mas fue anticipar al hijo en vida el pago de su legítima, que ser liberal con él en perjuicio de los demas hijos.

7. Si al contrario el padre prohibiese expresamente la colacion (pues para que se entienda prohibida no bastan conjeturas (1), por urgentes y vehementes que sean), no se hará, siempre que segun nuestro derecho Real no excedan los bienes donados de lo que pueda tocar al donatario por su legítima y mejora, pues habiendo exceso deberá hacerla del importe de este, y restituirle; y siempre que las donaciones ó gastos sean para ir á la guerra, estudiár ó seguir otra carrera de honor y util á la familia y al estado, pues estos como exentos de la colacion no se deben imputar por legítima ni mejora, sino en los términos y casos que explicaré en el párrafo 41.

8 Seis circunstancias se requieren para que tenga lugar la colacion. La primera es que quien la pide y á quien se pide sean hijos ó descendientes del difunto, cuya herencia se ha de dividir. La segunda es, que dichos descendientes sucedan por el título universal de herederos, y no por el particular de legatarios ó fideicomisarios; pues si suceden como tales, percibirán el legado ó fideicomiso, sin obligacion de colacionar la dote ó donacion que recibieron en vida de sus padres ó madres, excepto que sea inoficioso el legado, en el cual procede lo que se ha dicho de la donacion (2). La tercera es que los bienes dados hubiesen sido de la persona á quien se hereda. La cuarta es que la cosa ó cantidad recibida se adquiriera en vida del difunto, cuya herencia se trata de dividir; porque si se adquiere despues de su muerte, como es el legado ó fideicomiso, ú otra donacion que se confirma con ella, no es colacionable, á menos que el donante mande que se reciba en cuenta de legítima. La

1 Ley 3. tit. 15. Part. 6.

2 Ley 4. tit. 15. Part. 6.

quinta es que á los hijos y descendientes legítimos, entre quienes se trata de hacer la colacion, se les deba la legítima; y por tanto si el nieto ó nieta, viviendo su padre, recibio algo de su abuelo, y este fallèce en vida del padre, no está obligado aquel ó aquella á colacionar la donacion. Y la sexta circunstancia es que el hijo ó descendiente quiera ser heredero de quien recibió alguna cosa, pues si renuncia la herencia, no está obligado á la colacion; y si se le prometió algo, y no se le entrego, puede pedirlo, debiendo mirarse en ambos casos si es inoficiosa la donacion.

9. En la herencia de los ascendientes tiene lugar la colacion entre sus hijos y descendientes legítimos ó legitimados por el subsiguiente matrimonio, á quienes se dejó abintestato la legítima, sin que haya diferencia de sexo, emancipacion ó patria potestad; quiero decir, sean todos varones ó hembras, esten ó no emancipados, y fuera ó en poder de sus padres, concurren varones y hembras entre sí unos con otros, ó el emancipado con ellos ó con otros emancipados, ó con los que no lo estan, y sean ó no póstumos, si con arreglo á nuestras leyes (1) son capaces en naciendo de heredar á sus ascendientes.

10. Entre los herederos extraños sustituidos solos ó juntamente con los hijos del testador, no há lugar la colacion, pero sí entre estos solos; de modo que aunque los extraños nada colacionen entre sí mismos para su menor haber en lo que habiendo hijos pueden percibir con arreglo á la ley 28 de Toro, no dejarán por eso los hijos de colacionar entre sí lo recibido, como si fueran los únicos instituidos, y de ningun extraño se hiciera mencion.

11. Tampoco hà lugar la colacion entre los colaterales, porque (fuera de otras razones que traen los autores) las leyes que tratan de ella, hablan solamente de los descendientes, y no se deben ampliar á personas de quienes no hacen ninguna mencion específica ni genérica. Lo propio se ha de decir por la misma razon de los ascendientes, pues donando el padre á su hijo, se juzga que quiere guardar igualdad entre sus hermanos, y de consiguiente que no le dona con ánimo de mejorarle; pero cuando el descendiente dona á su ascendiente, no es con el de que haya igualdad, ni por razon de legítima, puesto que segun el orden de la naturaleza no es igualmente creible que le ha de sobrevivir. Por otra parte en el padre hay el peligro de que le ciegue

1 Leyes 1 y 2 tit. 13. Part. 4, y 2. tit. 5. lib. 1o. Nov. Rec.

tanto el amor á un hijo, que por él perjudique á sus hermanos, cuyo riesgo no hay en el hijo respecto de su padre, y asi no se le prohíbe donar como á este. Asi pues, si dos ascendientes iguales en grado suceden á su descendiente, y uno de ellos recibió en vida algo de este, no está obligado á colacionarlo con el otro descendiente, ya se lo haya donado simplemente, ya con causa; bien que no falta quien diga que el ascendiente deberá colacionar lo que recibió en vida, si excede del tercio, de que el hijo en virtud de la ley 6 de toro puede disponer; pero lo contrario es lo mas corriente y verdadero, de modo que solamente deberá hacer la colacion en caso que el descendiente le haya hecho la donacion con la expresa condicion de colacionarla.

12. Ni con el hijo legitimado por el Soberano ni con el adoptado tiene lugar tampoco la colacion habiendo hijos ó descendientes legitimos, porque con estos ninguno de ellos concurre á heredar. Asimismo no la hay entre los hijos naturales, sucedan solos ó con otros legitimos, por no debérseles legitima.

13. En el libro 1, título 3, capítulo 3, se dijo que el peculio de los hijos ó los bienes pertenecientes á estos son de cuatro clases, á saber: *adventicios*, *profecticios*, *castrenses* y *casicastrenses*. Llámense adventicios los que provienen de la madre, ó de los parientes de esta, ó de extraños (1); cuya propiedad corresponde al hijo, y el usufructo al padre. Profecticios son no solo los que proceden ó salen del caudal ó patrimonio paterno, sino los que por mera contemplacion del padre adquiere el hijo, ya esté ó no bajo la patria potestad, expresándose en la donacion que se hace por los méritos del padre, en cuyo caso los adquiere este para si. Lo propio milita cuando fue hecha la donacion á padre é hijo juntamente, porque en duda se presume lo mismo, y asi este debe colacionarla (2). Pero si el padre fuere solamente la causa mediata é impulsiva, por ejemplo, si por él tuvo noticia de su hijo el donante, con cuyo motivo trabaron los dos grande amistad, y le hizo la donacion, en tal caso se entiende habérsela hecho por causa de su mutua amistad, y no en nombre de su padre ni por él: asi que no será profecticia, ni por consiguiente deberá colacionarla (3), y lo propio milita respecto de la madre por igual razon. Acevedo (4) opina que solo es profecticio lo que sale del caudal ó patrimonio pa-

1 Ley 2, tit. 11. Part. 4.

2 Mantie. de *conjectur.* lib. 8. tit. 16. num. 5 y 6.

3 Valasc. dicho cap. 13. num. 5.

4 Ley 29 de Toro, glos. 4. num. 6. al fin.

terno mediata ó inmediatamente, y que esto se debe colacionar, y nada mas, debiendo tenerse en consideracion la amistad, afinidad, méritos, servicios, amor precedente y otras conjeturas, por las cuales se pueda venir en conocimiento de si lo donado es por contemplacion de los hijos ó de los padres. Bienes castrenses son los que el hijo adquiere en la guerra ó con motivo de ella; y casicastrenses los que adquiere sirviendo al Rey en la Corte, ejerciendo algun cargo público, como el de juez, ó por estipendio que se le da enseñando algun arte ó ciencia. Estos bienes corresponden al hijo en propiedad y usufructo, aun cuando esté bajo la patria potestad, y asi deberá el padre darle cuenta de ellos si los administra.

14. Supuesto lo referido, debo sentar por regla general, que regularmente hablando, deben colacionar los descendientes legítimos en cuenta de sus legítimas los bienes, donaciones y gastos que hubieron ó hicieron en vida, y les provinieron del patrimonio del ascendiente, de cuya herencia se trata si la aceptan (1). En estos bienes no solo se comprenden los muebles y raices, sino tambien las deudas, derechos y acciones que los ascendientes tienen á su favor y donan á sus descendientes, y asi son igualmente colacionables; todo lo cual se entiende no mandando lo contrario el donante, ó no coligiéndose de su voluntad, y no siendo los gastos y donaciones para fines de honor y privilegiados, pues estos estan exentos de la colacion, como adelante se dirá. En cuanto á si siéndoles dada la dote, ó hecha la donacion por su padre y madre juntos, ó por el padre solo, deberán colacionar el todo ó solamente su mitad por muerte del uno, véase lo explicado en el libro 1, título 2, capítulo 3, párrafos 19, 20 y 22.

15. En consecuencia de lo expuesto deben las hijas traer á colacion con los coherederos la dote y donacion *propter nuptias* que han recibido de sus padres, si quieren llevar su herencia y la aceptan (2), porque estas donaciones se hacen por causa necesaria, y no por pura voluntad (pues el padre puede ser compelido por derecho (3) á dotar á sus hijas), y como no son donaciones simples procedentes de mera liberalidad, se deben imputar en legítima, y en este concepto y no en el de mejora colacionarse (4). Tienen esta obligacion aun cuando para ello no

1 Ley *Quoniam Nov.* 29. Cod. de *inofficis. testam.*

2 Dicha ley 3. tit. 15. Part. 6.

3 Ley 3, tit. 11. Part. 4 y final, Cod.

de *dotis promiss.*

4 Ley 3. tit. 15. Part. 6. Ley *Quoniam Novella*, Cod. de *inoffic. testam.* Palac. Rub. en la 29 de Toro, num. 5.

sean requeridas por sus hermanos ó por los coherederos, porque el que está obligado à colacionar, si pide la porcion que le toca en la herencia, debe ofrecer la colacion (1). Asimismo deben colacionar la dote, aun cuando fuesen únicas cuando se las entregó y ademas han de restituir el exceso á su legitima si le hubiere (2). Lo propio milita cuando el padre entregó la dote al yerno, porque si la dió á un tercero para que este la entregase à dicho yerno ó á la hija, y no llegó á poder de estos, sino que se consumió ó perdió en poder del tercero, no está obligada á colacionarla; por lo que recibirá su legitima íntegra, y los coherederos deben imputar á su padre, y no á ella ni á su marido la pérdida (3): pues como queda sentado no se colaciona sino lo que se posee, ó se recibió mediata ó inmediatamente de aquel cuya herencia se intenta dividir.

16. Pero si se contenta con su dote, y repudia la herencia, no tendrá obligacion de colacionarla (4), con tal que la dote no exceda de la legitima que pueda corresponderla, atendido el importe de los bienes de su difunto padre al tiempo de su muerte, unido con el de la misma dote; pues si excede deberá restituir el exceso á los coherederos, porque en ninguna cosa pueden ser mejoradas las hijas por contrato en sanidad con título de dote ni casamiento, excepto que el mejorante confirme el exceso en su última voluntad, segun dije en el libro 2, título 2, capítulo 4, párrafo 4 y 3, y en el caso expresado en el párrafo 7 del mismo capítulo (*); y asi no las compete la eleccion de tiempos que

1 Ley *Filia licet*, 12. Cod. de collat.

2 Gutierr. de juram. confirm. part. 1 cap. 9. num. 19. Baeza de non meliorand. filiab. cap. 9. num. 33, 63 y sig.

3 Ley 13, tit. 11. Part. 4, Castill. en la 29 de Toro, num. 17, vers. *Quod intellige*.

4 Ley 5. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.

* Este caso es cuando el abuelo dota á una nieta hija de hijo, pues entónces, segun Acevedo á quien sigue el autor, no hay inconveniente en mejorarla por las razones que se expresan en dicho párrafo 7; pero no si la nieta es hija de hija, sobre lo cual dice el reformador de Febrero lo siguiente: „Si bien se considera, las mismas razones porque el abuelo puede mejorar por razon de dote ò casamiento á la nieta hija de hijo, prueban que asimismo podrá mejorar por dicho motivo á la nieta hija de hija. Nada importa que la nieta sea en este particular de mejor condicion que su madre, si hay causa justa para la prohibicion respecto de esta, y no respec-

to de aquella; mayormente cuando ningun perjuicio se sigue á la madre excluida, de que su hija no lo sea. Tampoco importa decir que cuando alguno se halla privado de suceder, es visto estarlo tambien sus descendientes, pues esto aun cuando viniese al propósito se falsifica ò puede falsificar en muchos casos.” Esta opinion del señor Gutierrez no satisface por cuanto no se funda en razones sólidas que destruyan la principal del autor, y es que la nieta hija de hijo sucede en los derechos de su padre, el cual como varon no debe estar comprendido en una ley que solo habla de las hembras; siendo asi que la nieta hija de hija sucede en los derechos de su madre, que no pudo ser mejorada, y no es justo que ella lo sea tampoco.

Tambien conviene advertir aqui que el autor no es muy exacto cuando habla de la obligacion de dotar que tiene el abuelo ò bisabuelo á la nieta ò biznieta, pues en la primera parte (capítulo 22, párrafo 1,

permite la ley 29 de Toro por estar corregida en esta parte.

17. La obligación de colacionar las hijas la dote que sus padres las dieron para casarse, se amplía á las demas donaciones que estos las hacen, porque se contemplan donaciones hechas por causa del matrimonio como la misma dote; y no pudiendo en este concepto ser mejoradas por contrato en sanidad, deben traerlas á colacion y particion (1).

18. Asi como las hijas deben colacionar la dote y demas bienes que sus padres las entregaron de los suyos propios, lo deben hacer igualmente de lo que por su mera contemplacion consta las dieron otras personas, y que á no ser por este respecto no se lo darian; porque se conceptúa dado por los mismos padres, y ser estos la causa próxima ó inmediata de la donacion (2). Pero no está obligada á colacionar el dinero que alguno la dió voluntariamente por haberla desflorado y violentado, ó en virtud de sentencia condenatoria, antes bien lo hace suyo privativamente. Lo mismo procede para con el que se dió al hijo por injuria que se le hizo (3). La razon es porque este dinero no sale del caudal de sus padres, y asi no se disminuye este; ni es dado tampoco por contemplacion, méritos ni servicios de ellos, por lo que falta el motivo inductivo de la colacion.

19. Tampoco está obligada á colacionar con sus hermanos la dote y donacion *propter nuptias* que algun extraño la dió para casarse, aunque este la haya entregado á su padre para que la dotase; antes bien es peculio de la misma hija, y la toca privativamente su propiedad y dominio (4). Lo mismo procede res-

número 9 del reformado) asegura que estan obligados á hacerlo *siempre que tengan en su poder algunos bienes de ellas*; y en la parte 2, libro 2, capítulo 2, párrafo 1, número 74, dice que el abuelo paterno no tiene obligacion de dotar á sus nietas pudiendo, sino en dos casos: el primero es cuando se hallan en su poder bienes propios de ellas; y el segundo cuando el padre es pobre, citando en una y otra parte la ley 8, tit. 11, Part. 4, la cual dice: *Otrost el abuelo de parte del padre que oviese su nieta en poder, tenuto es de la dotar cuando la casare maguer non quiera, si ella non oviere de lo suyo de que pueda dar la dote por sí; pero si ella oviere de que la dar, non es tenuto el abuelo de la dotar, si non quisiere, de lo suyo, mas débela dotar de lo della: eso mismo serie del bisabuelo que tuviese á su*

biznieta en su poder. Arreglado á esta disposicion terminante de la ley es lo que se dijo tratando de la dote en el libro 1, título 2, capítulo 3, párrafo 14 de esta edicion, y ahora se ha ampliado para conocimiento del contador.

1 Ley *Ut liberis*, ley *Illam*, y *Authent. Ex testam.* Cod. de collat. y ley *Quoniam Novella*, Cod. de inofficis. testam. Gom. en la 29 de Toro, num. 13, vers. *Secundo infero.*

2 Ley 5. ff. de jure dotium. Institut. *Per quas personas nobis adquiritur.* Valasc. de partitionib. cap. 13. num. 23.

3 Ley fin Cod. de collat. y ley 2. §. *Emancipatus*, ff. eod. tit. Hermos. en la ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6. num. 27. Partad. different. fin. num. 9.

4 Ley 6. tit. 15, Part. 6.

pecto de las dádivas ó regalos que algun pariente, ó amo á quien sirvió ú otro la hizo, y salarios que ganó, esté dentro ó fuera del dominio paterno, pues todas estas cosas son adventicias, y aunque toca á su padre el usufructo de ellas mientras la tiene en su poder; pero no lo son las donadas y adquiridas, por ser visto no habérselas donado por contemplacion y mero respeto de su padre, sino por los méritos de ella, ó por particular afecto que el donante la profesaba, excepto que este exprese lo contrario al tiempo de su donacion; por lo que si el padre exigió de su hija estas dádivas, salarios ó regalos, y existen en su poder al tiempo de su muerte, se le han de entregar como bienes suyos adventicios, y separarse del caudal de su padre á este efecto, y como no pertenecientes á la herencia paterna, se la dará su importe, del que nada deben participar sus hermanos (1); y asi se deducirá de su caudal como deuda contra él.

20. No solo comprende á las hijas que se casan la obligacion de colacionar la dote que les dieron sus padres sino tambien á las que entran en religion y profesan en convento que puede poseer bienes en comun ó en particular; y aunque se objete que estas dotes se dan á los monasterios en lugar de alimentos, segun el Santo Concilio de Trento en la sesion 15 capitulo 16, pues de darse y recibirse en otro concepto, se comete simonia (2); y de consiguiente no hay obligacion á colacionarlas, porque los alimentos que se dan á los hijos no se colacionan (3); no obsta; porque la dote secular se da tambien por razon de alimentos (4), y no por eso deja de colacionarse toda (5); pues una cosa es suministrar diaria ó anualmente los alimentos, y otra dar dote cierta al monasterio, y este recibirla con título de alimentos; y de darse simplemente como tales, si la menja muriera antes de consumir su total, se repetira solamente del monasterio lo que no hubiese consumido, lo cual no se practica: ademas de que al tiempo de colacionar se deduciria de la colacion lo que hubiese gastado, si en todo el tiempo que medió antes de la muerte de su padre existiese en su casa,

1 Ley 5. tit. 15. Part. 6. Gom. en la ley 29 de Toro, num. 24. vers. *Secundo et á fortiori*. Valasc. de *partit.* cap. 13. num. 180 al fin Hermos. en dicha ley 3. glos. 6. num. 20. Guerreir. dicho lib. 2. y cap. 12. num. 170 y 171.

2 Cap. *Inter corporalia*, 2 de *translat.* *Episcop.* cap. *In praesentia; de probat.* Authent. *Nisi rogati*, Cod. *ad trebel.* Menchac. de *success. creat.* §. 2o. num. 251.

Angul. en la ley 9. glos. 6. num. 13 tit. 6. lib. 5. Rec. Gom. en la 29 de Toro, num. 14.

3 Ley 1. §. *Si inter*, ff. de *liber. agnoscend.* Gom. en dicha ley 29. num. 16. vers. *Sed his non obstantibus*.

4 Ley *Titio centum*, §. *Titio genero*, ff. de *conditionib. et. demonstracionib.*

5 Ley *Ut liberis*, y otras, Cod. de *collat.*

lo cual no se deduce, como tampoco de la dote secular (1). En suma aunque los alimentos den causa para esta dote, pero no segun la naturaleza de tales, sino como la dote secular, de cuya donacion son causa los mismos alimentos (2). Tambien debe colacionar la religiosa las cosas que sus padres la dan á mas de la dote, y son: el vestido con que entra en el monasterio, la cama, lienzo, calzados &c.; á menos que esten especialmente exceptuados (3); pero no las propinas regulares que segun costumbre se dan á cada religiosa como por via de convite, excepto que este sea general para todas, pues entonces serán colacionables, y se estimarán como aumento de dote, el cual lo es segun derecho (4). Ultimamente no deberá colacionar la religiosa que está en convento capaz de heredar, lo que por tiempo cierto ó por toda su vida se la da fuera de la dote para subvenir á sus necesidades y extraordinarias urgencias, para las que no la suministra el monasterio ó convento lo competente, porque no se contribuye ni entrega á este, sino á la misma religiosa por piedad y por via de alimentos, los cuales no son colacionables (5).

21 Cuando el hijo herede á sus padres, no solo debe colacionar lo que recibió de ellos, sino tambien los vestidos, joyas, adornos y demas cosas que dieron á su esposa, esten ó no consumidas, porque en duda se conceptúa habérselas donado por contemplacion, y en nombre del mismo hijo que estaba obligado á dárselas segun su esfera y posibilidad y la costumbre del pais, y en cuenta de su legitima, de suerte que pasen á su poder, aunque no conste por otra parte que se las donaron por sus respetos; y si estan consumidas colacionará su estimacion. Mas lo contrario se ha de decir si se las dieron los parientes ó amigos de su marido, pues no las debe colacionar este, y ellas las adquieren segun y en los casos explicados en el libro 1, título 2, capítulo 8, párrafo 18.

22. Pero no está obligado á colacionar los gastos de comida, refresco, regalo al cura que le casó, ni otras que por convite ó lucimiento y honor y celebridad de su boda ó misa nueva hacen sus padres: lo primero, porque los hacen los mismos padres de su propia voluntad, por esplendor, fausto y vanidad, y no

1 Menchac. dicho §. 20, num. 266.

2 Valasc. *de partitionib.* cap. 13. num. 32 al 35. Guerreir. dicho cap. 12. num. 21.

3 Valasc. *ibi*, num. 36.

4 Ley *Etiam*, *Cod. de jure dot.* Ley In-

ter socerum, §. *Cum inter*, ff. *de pact. dotal.* Alex. in leg. *Divortio*. §. *Ob donationes*, ff. *Solut. matr.* Valasc. *ibi*, num. 37 y 38.

5 Valasc. *ibi*, num. 39.

son necesarios para la perfeccion ni validacion del matrimonio, antes si voluntarios y superfluos: lo segundo, porque ninguna ley manda que se colacionen; y lo tercero, porque de dichos gastos nada percibe el hijo, ni por consiguiente se le sigue la mas leve utilidad de ellos; fuera de que no tiene facultad ni para impedirlos ni para compeler á su padre á que los haga, si lo resiste por hallarse bajo su poder. Y lo expuesto procede, aunque el hijo tenga bienes propios de que se puedan hacer, pues no obstante esto se conceptua hacerlos su padre de los suyos, porque ceden en su honor; bien que poseyéndolos su padre, si este no quiere hacerlos de los suyos, se entenderán hechos de los adventicios del hijo; pero deberá expresarlo para evitar dudas, y porque de lo contrario, se juzgarán expendidos de su propio caudal.

23. Deben los hijos colacionar los oficios públicos vendibles que compran sus padres para ellos, ó estos con el dinero que les dan para este efecto, si son trasmisibles, dénselos en dote ó capital, ó simplemente; y en este caso se les debe computar en su legítima, no en el mismo oficio, porque es indivisible y meramente personal, sino el valor que tiene, regulando su capital por lo líquido que produce al tiempo de la muerte del padre, y no por lo que costó. Lo propio milita cuando consta que el Soberano á ruegos del padre y por su mera contemplacion le concedió al hijo. Pero si los tales oficios no son vendibles, ó por lo menos trasmisibles, no se deben colacionar.

24. En orden á si el hijo debe colacionar las expensas hechas por su padre en sacar las bulas para obispado, canonicato ú otro beneficio ó dignidad eclesiástica, útil y fructífera, la opinion comun es la negativa, fundada en que el beneficio y dignidad no se pueden vender ni transmitir á los herederos, y no pudiendo serlo lo principal, tampoco lo accesorio; pero no falta quien afirme lo contrario: lo primero, porque no son donacion simple procedida de mera liberalidad, sino causal hecha por utilidad del mismo hijo, la cual es colacionable: lo segundo, porque hay cierto modo de gastar con un sugeto que es lo mismo que darle por via de dote ó donacion causal, pues por medio del gasto ademas de honor consigue utilidad para alimentarse; y asi como el padre puede repetir del hijo el gasto util que hizo en cosa de este, asi tambien por la propia razon puede imputarle en su legítima estos gastos útiles, sin los cuales no hubiera logrado el beneficio que ha de gozar y con que se ha de mantener.

25. Si el poseedor de un mayorazgo expende, v. gr. dos mil ducados en la obtencion de un breve pontificio para que de los frutos de ciertas iglesias se saque la tercera parte mas con que erigir dos beneficios, cuya presentacion ha de hacer el hijo que fuere poseedor del mismo mayorazgo, debe colacionar los dos mil ducados en cuenta de su legítima: en primer lugar, porque el honor y utilidad de presentar, ó derecho activo de patronato, es trasmisible al inmediato y demas sucesores (1); y en segundo lugar por la regla general y doctrina comun de que los hijos deben colacionar en cuenta de su legítima las donaciones que sus padres les hacen por causa del matrimonio ú otra.

26. Sobre si debe el hijo colacionar la donacion que su padre le hizo con título de patrimonio para ordenarse, hay dos opiniones contrarias. La negativa se funda, ya en que si lo que se dona para la milicia terrestre no se colaciona por reputarse castrense y estar exento de la colacion por derecho, como se dirá en el párrafo 41, con mayor razon no debe colacionarse lo que se da para la eclesie, que es mas digna y elevada, y de una á otra vaie el argumento: ya en que no se encuentra en las leyes ordenada específicamente tal colacion, por lo que no debe hacerse no mandándolo el testador; y ya en que esta donacion cede en lugar de alimentos, los cuales no son colacionables. La opinion afirmativa, que me parece la mas justa y verdadera, se apoya en que es donacion causal, util al hijo, y trasmisible por su muerte á sus herederos; en que la ley 29 de Toro habla general, indistinta y absolutamente sin exceptuar ninguna, mandando colacionar no solo las dotes y capitales, sino tambien las demas donaciones que los hijos y descendientes hubiesen recibido del ascendiente á quien han de heredar; y en que el fundo para aumentarse no es ni puede ser castrense, y únicamente se reputarán por tales los libros, vestidos clericales, derechos del título. y gastos del viage, asi como en el soldado el vestido, armas, caballo y lo demas necesario para ir á la guerra; pues lo que le ha de servir para alimentarse durante su vida es legítima, se debe tener por tal en uno y otro, y de consiguiente colacionar, no disponiendo el testador lo contrario.

27. Si los padres ó el uno de ellos dieron dote á su hija ó capital á su hijo, y despues le volvieron á dar alguna cantidad de dinero, alhaja ó finca para alimentarse, pagar deudas ú otro fin urgente, aunque parece que no deberán colacionarla en cuenta

1 Cap. 1, de *jure patronat.* y ley 3. tit 15. Part. 1.

de su legítima segun la ley 26 de Toro, y se entenderán mejorados en ella, la traerán sin ambargo á colacion del mismo modo que la dote y capital, no mandando los padres otra cosa, porque es donacion causal hecha por necesidad, habiendo habido para este aumento la misma causa que para la primera; y porque es visto que sus padres quisieron anticiparles aquello mas en cuenta de sus legítimas; pues la citada ley 26 se entiende, segun la comun y mas segura opinion, en las donaciones simples, las cuales no son colacionables, y no en las causales.

28. Debe colacionar el hijo que se halla bajo la patria potestad, el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le donó expresamente, si este tiene recogidos los frutos y está hecho dueño de ellos: porque se estiman en este caso como profeccios, por haber el padre adquirido su dominio; excepto que mande que no los colacione, como en cualquiera tiempo lo puede mandar, por no haber ley que se lo prohíba. Pero si se los donó tácitamente, permitiéndole que los llevase despues de cogidos sin contradecir su percibo, no está obligado á traerlos á colacion, ni sus hermanos deben inquietarle acerca de ella. No obsta decir que la simple donacion hecha al hijo de familia por su padre en vida, que es revocable, y se confirma con la muerte del donante, se colaciona; porque esto se entiende en la que hace de sus cosas propias. no en la remision del usufructo de los bienes adventicios del hijo, en la cual nada da de lo suyo, porque la ley le concede dicho usufructo con la condicion tácita de *si quiere adquirirle*.

29. Diciendo el padre antes de adquirir el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, que no le quiere, tampoco tiene este obligacion de colacionar los frutos que produjeron y percibió porque entonces no hay propiamente donacion, puesto que el padre jamas le tuvo, ni se le desfalcó cosa alguna de su patrimonio; pues una cosa es dejar de adquirir, lo cual no es propiamente donar, ni le está prohibido; y otra y muy diversa perder lo adquirido, ó enagenarlo y desprenderse de ello: en cuya atencion no se debe hacer mérito del usufructo para cosa alguna, mejórele ó no. Lo mismo procede y se debe practicar con lo demas que el hijo adquirió, por no haber querido su padre adquirirlo, como cuando uno de sus hijos fallece, habiendo instituido heredero á un hermano suyo, aunque debió instituir á su padre, y este lejos de intentar accion alguna contra el testamento, permite que el otro hijo perciba la herencia de su hermano, pues milita la propia razon.

30. Si el padre que administra bienes adventicios de un hijo que tiene en su poder, le dedica á la carrera militar, literaria ú otra honorífica, y los frutos de estos bienes alcanzan ó exceden á las expensas que hace con él, podria decirse que aunque su padre le mande colacionarlas, no estará obligado á ello, porque los frutos de sus bienes sufragaron para hacerlas, ceden en honor de la familia y utilidad de la patria, y seria cosa inicua que despues de percibirlos enteramente su padre, se utilizasen sus hermanos de ellos sin ser suyos ni de su padre los bienes que los habian producido, y que como si no hubiera tenido ningunos, se le imputase é hiciese colacionar las mencionadas expensas; pero sin embargo deberá colacionar, si su padre lo manda, no todo el importe de ellas, sino lo liquido que quede, deducidas las que su padre haria con él en su casa; porque el padre en virtud de la ley y de la patria potestad adquiere todo los frutos de los bienes adventicios de su hijo, bájo la obligacion de alimentarle y educarle en los términos que se dirá en el párrafo 35, y asi se tienen por suyos patrimoniales, y se juzga que suple á su hijo de su propio caudal dichas expensas, por lo que mandando su padre que las colacione sea al tiempo que le envia á seguir su carrera, ó en su última disposicion, ó coligiéndose lo mismo de su voluntad por alguna conjetura de las que expresaré en el párrafo 37, deberá colacionarlas, como si no tuviera ningunos bienes; pues mas inicuo seria que el padre los adquiriese todos en propiedad y usufructo, como por derecho romano antiguo sucedia.

31. Si teniendo el padre el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, este se casa, y aunque su padre continúe reteniéndole, no se le demanda mientras vive, podrá repetirle de sus herederos, y deberá deducirse como deuda del cuerpo del caudal paterno, porque debiendo atribuirse su silencio al respeto y veneracion, no es visto haber donado á su padre dicho usufructo.

32. Los frutos de capellanía, prebenda ó beneficio eclesiástico, pertenecientes al hijo que vive en compañía de su padre y que este administra, no le corresponden en modo alguno, porque son de cosa cuasicastrense, y asi debe dar cuenta al hijo de su administracion, como ya se ha dicho, y no habiéndosela dado ni entregadoselos, compete al hijo la accion de pedirla y repetirlos de los coherederos, haciendo que como deuda se deduzcan de su caudal; pero respecto á que el padre no está obligado á mantener al hijo cuando tiene de suyo, deben bajarse y

descontarse de su total no solo los gastos de administracion hechos por el padre y la décima de su producto líquido, sino tambien los que hizo en alimentarle, darle estudios y demas, porque no es creible que teniendo bienes y rentas de que hacerlos, quisiese su padre expender de los suyos propios, á no ser que ordene expresamente lo contrario, en lo cual no perjudica á los otros hijos, porque náda les quita de su caudal ni le disminuye; y aunque no tiene obligacion de darle alimentos teniendo de lo suyo, si se los da, estarán bien dados, y no deberá colacionarlos á cuenta de legítima ni mejora, pudiendo mandarlo asi su padre, como tambien que se le entreguen los frutos líquidos que percibió de sus bienes, sean ó no adventicios; como deuda contra su caudal, sin embargo de que hasta su muerte nada haya expresado; pues en cualquiera tiempo puede declarar su voluntad, por no haber ley que lo prohiba, de suerte que no mandándolo, si deducido todo sobrare algo, esto será lo que se bajará como deuda, y percibirá como crédito líquido á su favor. En todo lo dicho deben proceder el juez y partidior con justicia y equidad, atendidas las personas, edad del hijo para si pudo ó no administrar por sí, y las causas de su silencio y permission de que su padre administrase y expendiese, y en vista de ello hacer la cuenta y deduccion.

33. Son adventicios los frutos de los bienes adventicios del hijo que percibió despues de la tácita ó expresa remision de su padre, de modo que los hace plenamente suyos el mismo hijo, se conceptúan como donados por persona extraña, y por lo mismo no debe traerlos á colacion con sus hermanos. Puede el padre hacerlo dicha remision, no solo en contrato sino asimismo en última voluntad, aunque en vida haya callado; pero se observará lo contrario si su padre ó madre le remiten los de los suyos propios, porque como en este caso salen de su patrimonio, y por su remision se disminuye este, deben colacionarlos.

34. Emancipando el padre á su hijo, y dándole al mismo tiempo algun fundo ú otra cosa, no está obligado á colacionarle, y antes bien se entiendo mejorado en él en cuanto no exceda del tercio ni quinto, pues si excediere, se estimará el exceso parte de legítima (1), excepto que al tiempo de la donacion exprese que se le da en parte de aquella, porque despues no puede imponer gravamen ni condicion.

1 Ley 26 de Toro.

35. No debe colacionar el hijo los gastos que su padre hizo con él en los estudios (1), aunque esto ha de entenderse de los hechos en enseñarle la gramática y otras cosas ó artes, sin cuya pericia no puede vivir cómoda ni decentemente segun la condicion de su persona, porque estos se comprenden en los alimentos necesarios que tiene obligacion su padre de suministrarle, y como tal están exentos del gravamen de colacion; pues cuando los alimentos se deben por derecho natural ó de sangre, se incluyen en ellos la enseñanza ó disciplina, y los gastos que se ofrecen en ella, lo cual no sucede cuando se deben por disposicion de alguna persona, sino es que lo mande.

36. Esta doctrina padece tres limitaciones. La primera es cuando el padre tiene y administra bienes propios de su hijo, sean adventicios, castrenses, cuasicastrenses, ó de cualquiera otra clase, porque entonces es visto expender de ellos los gastos expresados, y no de los suyos propios, sino expresa lo contrario, y asi estos menos tendrá que percibir de su valor el hijo, como se ha sentado. No debe objetarse que si el padre tiene en su poder bienes adventicios de la hija, nunca se entiende darle ni prometerle de ellos la dote, sino de los suyos propios, porque milita diversa razon, cual lo es la de que el padre está obligado por derecho á dotarla precisamente de sus bienes propios, por lo que siempre se entiende que le da ú ofrece de estos la dote; y no lo está á hacer dichas expensas con el hijo, por cuya razon, consistan sus bienes en dinero ó en otras especies, se presumen hechas de ellos, y no de los del padre. En esta atencion, aunque no colacionará con sus hermanos en cuenta de legítima el importe de los gastos referidos, por no haber salido del patrimonio de su padre, se le descontará de sus mismos bienes cuando pretenda su tradicion, excepto que aquel mande que no se descuenten.

37. La segunda limitacion es cuando expresa ó tácitamente quiso el padre ó madre que dichos gastos se imputasen al hijo en cuenta de su legítima: expresamente, v. gr. si lo protesta, y consta de ello en los términos que se dirá en el párrafo 40; y tácitamente, cuando por conjeturas se infiere de su voluntad, como por tenerlos sentados en el libro de cuenta y razon de sus deudores; pues no basta que lo esten únicamente en el de cuenta de gastos, porque esto solo sirve para saber lo que expende, y no para que se infiera de ello que quiso se imputasen al hijo

1 Leyes 3. tit. 4. Part. 5, y 5. tit. 15. Part. 6.

en legítima. Pero si los padres son ricos, el hijo pobre y los gastos cortos, no se le imputarán tampoco en aquella, sin embargo de la protesta, ni esta surtira efecto, porque se comprenden, como se ha dicho, en los alimentos y crianza que como buenos padres deben darle por derecho natural y de sangre.

38. La tercera limitacion es cuando resulta entre los hijos gran desigualdad, que puede llamarse asi en el caso de que lo gastado con el estudiante exceda á la legítima y mejora, atendido el valor de los bienes de su padre al tiempo de su muerte, junto con el importe de lo que expendió con él; ó cuando el hijo no aprovechó en el estudio, puesto que no se consiguió el fin para que lo expendió su padre; ó cuando empleó en vicios ó en adquirir malos hábitos lo que este le dió: pues por dichas razones es visto haber querido que se le imputase en su legítima.

39. Pero es de tener presente que en estos casos, mediante estar obligado el padre á mantenerle mientras se halla en su poder, cuando no tiene de suyo, se le cargará solamente el exceso á lo que gastaria con él manteniéndole en su casa segun su calidad y haberes, como en darle de comer, vestir, calzar, medicinas y todas las demas cosas concernientes á los alimentos: pues estas no se le deben imputar, tenga ó no el hijo bienes propios, porque el padre debe darle todo lo expresado, conservarle la propiedad de los adventicios pudiendo, y aprovecharse de sus frutos que le concede el derecho. En la regulacion de los alimentos se debe proceder con justicia y equidad, y no estrictamente con mezquindad y miseria, teniendo en consideracion los haberes y calidad del donante y el estilo del pais.

40. Asimismo se ha de tener presente que la protesta del padre mencionada en el párrafo 37, debe hacerse al tiempo que envia á su hijo á estudiar, para que sean colacionables los gastos que hace con él, porque de lo contrario se contempla donacion pura, en la cual solo al hacerla puede imponer gravamen y condicion, debiendo esto entenderse cuando la donacion se hizo al hijo emancipado ó habido por tal, porque entonces fue incontinenti válida é irrevocable; y no si se hiciera al hijo que se halla bajo la patria potestad, pues como no vale, y el padre puede revocarla hasta su muerte, podrá también declarar su voluntad, y mandarle en cualquier tiempo que la colacione.

41. En orden á otros gastos hechos por el padre para que el hijo aprenda ciencias mayores, siga otra carrera de honor y distincion, ó vaya á la guerra, aunque no está obligado á ha-

cerlos, especialmente si el hijo tiene que ir fuera de su casa á estudiarlas, ni á conservarlas en el estudio, sino quiere que le continúe, no obstante que le haya enviado á él (si bien no falta quien diga que siendo rico puede ser compelido á ello); ni tampoco lo están sus hermanos á suministrarle los alimentos para la continuacion, muerto su padre, y por lo mismo parece que tiene obligacion de colacionarlos; lo contrario se ha de seguir porque el padre es dueño de sus bienes mientras vive y puede gastarlos y distribuirlos á su arbitrio, sin que sus hijos tengan accion á impedirselo, ni derecho á mas que á lo que les deje; mayormente cuando ceden no solo en utilidad del mismo hijo, sino tambien en la de la patria y en honor de su familia (1); y cuando el hijo obediente no debe resistirse á estudiar, ni dejar de hacer lo que su padre le mande: por lo que no es justo que le perjudique su justa obediencia contra la voluntad de su padre y mandato de la ley. Y aun tiene lugar lo expuesto, cuando le mejora expresamente su padre ó ascendiente, porque esta mejora acredita mas bien que quiso no los colacionase, que los expendió por dar mayor lustre á su familia y beneficiar á la patria, y que por estas causas se privó de emplearlos en sus propios usos; en cuya atencion tampoco deberá colacionarlos en este caso, ni de consiguiente como exentos de la colacion se le imputarán en parte de la mejora, sino lo manda. No debe objetarse que de no hacerse la imputacion ni colacion, resulta gran desigualdad entre sus hermanos, porque la ley lo permite no distinguiendo de si hay ó no mejora expresa, y mayor desigualdad habrá, si teniendo el padre, v. gr. ocho ó diez hijos, mejora á uno de ellos en tercio y quinto; pues á proporcion de lo que este lleva, apenas toca legitima á los demas, sea ó no enantiosa la herencia, y con todo es válida, y no se tiene por iniqua la mejora. Pero si consta tácita ó expresamente lo contrario de la voluntad del mejorante, como por haberlo mandado ó protestado ó sentado en el libro de cuenta de sus deudores, ó por otras conjeturas, se entenderá mejorado en cuanto quopa en el tercio, quinto y legitima, bajando prociamente de su total los alimentos que debia darle en su casa, pues estos deben excluirse del cómputo en todos casos, y lo líquido sobrante es lo colacionable. Lo mismo debe practicarse por idénticas razones cuando el padre, madre ó ascendiente envia á su hijo ó descendiente á correr cortes, ó instruirse de sus costumbres, intereses, ideas,

1. Leyes 3. tit. 4. Part. 5. vers. *Fueras ende si el padre*, y 5. tit. 15. Part. 6.

máximas, tráfico y forma de gobierno, para poder ser algun dia un buen ministro, estadista ó embajador, como algunos personajes y potentados lo hacen con sus hijos, porque los tales gastos son correspondientes á estos señores, que por su opulencia, dignidad y elevado caracter deben ser los padres de la patria, estudiando y aprendiendo cuanto conduzca à su felicidad y ceda en honor de sus familias; pues aunque las leyes no hablan expresamente de la *ciencia de estado*, debe entenderse comprendida entre las mayores.

42. Tocante á los libros que el padre da á su hijo para estudiar, esté ó no bajo su poder, no habiendo aquel manifestado su voluntad sobre si han de colacionarse, es preciso distinguir: si el hijo es abogado, juez ó doctor que ejerce algun oficio público, no los colacionará porque se conceptúan ó son cuasicastrenses; y asi como las armas y demas cosas castrenses no se colacionan (1), asi tampoco los libros dados en la forma y para el fin expuesto, porque se equiparan á las armas: si el hijo no ejerce oficio público de enseñanza, se ha de distinguir tambien: ó los libros son necesarios para aprender la ciencia que estudia ó no: si lo son, no los colacionará (2), y sino lo son, y se los dona solamente para leer, tendrá obligacion de colacionarlos por cesar las razones expresadas, y porque no se pueden llamar cuasicastrenses. Pero lo mas seguro para evitar disputas es que asi los libros como los gastos de estudios mayores y demas donaciones que no hay precision de hacer, se imputen al hijo en cuenta de la mejora de tercio y quinto, bajado lo que expondria con él su padre en su casa en los preciso alimentos; y si exceden á la mejora, que se le cuente el exceso en parte de legitima. De los libros debe colacionarse el valor que tenga al tiempo de la muerte del padre ó madre donante, ó al de la colacion, no al de su entrega, y de ningun modo los mismos libros, para que no se cause detrimento al hijo por la particular aficion y memoria local que tiene en ellos, con motivo de la costumbre de registrarlos.

43. No debe colacionar el hijo su peculio cuasicastrense, que es lo que gana por el salario de administrador ú otro oficio público, ó por ser juez, abogado, escribano, procurador, médico, maestro de gramática ó de alguna ciencia, ó por tener otro empleo semejante (3). Lo propio milita en los que lucra el clé-

1 Leyes de partida citadas.

2 Ley 5, cit. tit. 15, Part. 6, y su glos.

3 Dicha ley 5.

rigo por razon de la iglesia ó por otro medio adventicio, esté ó no ordenado de orden sacro, si goza del privilegio del fuero, porque sin embargo de que dicho orden no le exime de la patria potestad (1), como al obispo la dignidad episcopal; todo cuanto adquiere se reputa cuasicastrense, lo hace suyo, y como tal no debe llevarlo á colacion (2).

44. Tampoco debe colacionar el hijo lo que su padre expendió en proporcionarle algun honor inalienable y no trasmisible á sus herederos, ó alguna dignidad ú oficio público, por el que se perciba anualmente alguna renta ó comodidad, pues se equipara al peculio y bienes castrenses; pero si fuere vendible ó trasmisible á los herederos, deberá colacionarlo, si el testador no manda lo contrario. Lo mismo procede por igual razon en los gastos hechos para condecorarle con el grado de doctor ó licenciado; bien que si el padre tiene en su poder bienes adventicios del hijo, se entiende hacerlos de estos y no de los suyos propios, á menos que disponga otra cosa. Pero los gastos que el padre hace en condecorar á su hijo con el hábito de alguna de las cuatro órdenes militares ú otra, deben colacionarse, á no ser que le exima de ello: en primer lugar, porque esta condecoracion, como puramente personal, no cede en honor ni en utilidad de la familia, segun creen algunos que no miran las cosas por lo que son en realidad, sino por la corteza; no en honor, porque no le aumenta el que goza, y debe acreditar para cruzarse, puesto que ya se acabó el tiempo en que se escogia y entresacaba de mil uno para armarle caballero, por sus distinguidos servicios á la patria; y como solo sirve para dar á entender á los que no le conocen que probó nobleza ó hidalguía, mas es necia vanidad que otra cosa; y no en utilidad, porque de estar cruzado, ninguna se sigue á sus hermanos, ni por ello se les aumenta su nobleza, ni han de probarla con él, sino con sus ascendientes; y aunque logre la encomienda ó pension es para sí, no para aquellos; y en segundo lugar, porque tampoco sirven dichos gastos para beneficio, defensa ni gobierno de la patria, como los que hacen los que la defienden y gobiernan con las armas y letras, que es el motivo principal que tuvo la ley para exceptuar de la colacion á los castrenses y cuasicastrenses.

45. No se debe imputar al hijo en su legítima, ni de consiguiente debe colacionar lo que su padre ó madre expendieron

1 Cap. 19. de sanctis espisc.

2 Leyes 2 y 3. tit. 21. Part.

por redimirle de cautiverio, pues es visto haberlo expendido liberalmente movidos de piedad y del afecto que le profesaban como padres, y no con ánimo de repetirlo, ni de que despues de su muerte se le precisase á su colacion, de suerte que se entienda mejorado en su importe.

46. Asimismo no debe colacionar lo que su padre pagó voluntariamente por la pena en que se le condenó por algun delito, pues tambien es visto haberlo hecho por piedad, excepto que su padre mande que se le impute, ó que por protesta ó conjeturas se pruebe que quiso lo colacionase, ó que sea cantidad considerable, por la que se graven las legítimas de los demas hijos. Pero si lo pagó por necesidad, como por estar obligado á ello por la ley, ó por ser fiador del mismo hijo con beneplácito de este, ó por otra causa semejante, deberá traerlo á colacion, porque no se presume habérselo donado sino lo expresa, y si tenia bienes del hijo en su poder, se cree haberlos satisfecho de estos.

47. No estan obligados el hijo ni la hija á colacionar con sus hermanos las pensiones, encomiendas, renta vitalicia y demas donaciones que el Rey ó Reina les hubiesien hecho, haya sido ó no criado suyo el padre, aun cuando fuese por los méritos y servicios de este, y á ruego ó súplica suya, y aun cuando por su Real permiso y gracia especial pasen á los hijos y descendientes del concesionario. Lo propio milita en los réditos ó rentas anuales, v. gr. juros que el mismo padre trasfiere con Real licencia en su hijo ó hija; pues todas estas donaciones se reputan cuasi-castrenses, y como tales pertenecen en propiedad y usufructo al donatorio ó concesionario, segun lo he visto declarado por el Consejo.

48. Pero si al principio compró el padre las pensiones ó renta vitalicia, aunque despues por gracia del Rey se transfieran á sus descendientes, deberá colacionarlas el hijo ó hija á quien se concedieron, porque como al principio no hubo liberalidad, sino un contrato oneroso, aun cuando luego la haya en la transmision á su posteridad, no debe obrar tanto que se reputen donaciones puras y exentas de colacionarse, por lo que se conceptúan réditos ó intereses del capital desembolsado por el padre en su compra, y que continúan durante la voluntad del concedente como tales, y no como merced; lo cual procede tambien cuando este manda que el donatario las colacione. Si el Rey dona una misma cosa á dos sugetos en diversos tiempos, será pre-

ferido el primero en la data ó fecha de la donacion, aunque el segundo tome antes que él la posesion de la cosa donada, al modo que en las prebendas y beneficios á que no está anejo algun cargo, administracion ú oficio, lo es el beneficiado á quien se confieren, y es anterior en la fecha al posterior que profectó primero las letras (1); pues si tienen aneja alguna administracion, no se atiende al tiempo de su data sino al de su posesion.

49. No tiene obligacion el hijo de colacionar con sus hermanos los bienes edventicios que con su mera industria y trabajo personal, v. gr. sirviendo á otro por su salario, aunque sea con voluntad de su padre, ó por dádivas que le hicieron, consta haber adquirido esté ó no en su poder (2).

50. Si adquirió todo el lucro con los bienes ó dinero de su padre, sin poner trabajo suyo ó negocio en nombre de este, expresándolo asi en los contratos que hizo, debe comunicarle como profecticio, pues viene á ser un factor ó procurador suyo, y como que comerció en su nombre, y por su cuenta y riesgo, debe ser todo el lucro ó pérdida para él. Pero dudándose si le adquirió con su mero trabajo ó con los bienes de este, percibirá la mitad, y la otra será para su padre ó para su testamentaria, como sucede entre los socios cuando uno pone el fondo y otro la industria, pues no es justo que lo que el hijo gana con sus afanes y sudor, lo lleven sus hermanos sin haber trabajado; lo cual entiendo debe proceder solo en el caso de que su padre no le haya alimentado, pues si le alimentó y estaba bajo de su dominio, será todo el lucro para su testamentaria. Y si con el dinero de su padre adquirió el lucro cometiendo usuras, ó valiéndose de otros medios y arbitrios ilícitos y reprobados, nada deben participar de el su padre ni hermanos, ni tampoco ha de traerse á particion, porque el lucro adquirido ilícita y torpemente no toca al juicio divisorio, antes bien se debe restituir á su dueño, y si se ignora quien es darle por Dios (3).

51. Habiendo administrado y gobernado por sí solo el hijo los bienes de su padre á causa de hallarse muy viejo ó imposibilitado, si los demas por ser menores ó por otro motivo nada lucraron ni trabajaron, podrá pedir por su muerte el salario de todo el tiempo de la administracion, y se le debe dar, asi como

1 Cap. 7. de rescript. cap. 12 y 14 del mismo tit. in 6. cap. 7, y cap. 31. de proband, in 6.

2 Ley 5. tit. 15. Part. 6.

3 Ley 2. tit. 15. Part. 6, y su glos. 10 y sig.

se daría á un extraño que los administrase, no siendo él capaz de administrarlos, cuyo salario regulará el juez con prudencia y equidad, atendiendo á su trabajo y á lo que despues de vestido podia ahorrar un criado, y se deducirá del cuerpo del caudal como deuda contra este, por no parecer justo que los hermanos sin trabajo se lucren con el suyo; lo cual procede, sin embargo de que estando bajo la patria potestad debe servir á su padre, en lo que, y en que se presume haberlo hecho por piedad, se fundan algunos para querer privarle del salario y remuneracion que merece, y que ceda en utilidad de sus hermanos; pues aquello es bueno para que no pueda demandar á su padre, no para que despues de muerto se lucren estos con su sudor; mas para evitar dudas por la diversidad de pareceres que hay, conviene que asi lo proteste, porque de esta manera conseguirá alguna remuneracion.

52. Si el hijo emancipado, lejos de adquirir y cuidar de los bienes de su padre, los dilapidó, consumió ó sustrajo, debe colacionarlos ó restituir su importe; pero si se halla bajo la patria potestad, podrán los coherederos conseguir el reintegro por medio de la compensacion ó retencion de otro tanto como destruyó, que en el efecto viene á ser lo mismo.

53. El hijo á quien por sus méritos hizo alguna donacion su padre ó madre, no está obligado á colacionarla, siempre que sean condignos equivalentes á ella ó tales que no pueden estimarse ni pagarse con dinero; porque se conceptúa lo donado de la clase de bienes adventicios, los cuales no se colacionan, y mas se considera remuneracion y paga de deuda (si es que por ella podia ser reconvenido judicialmente el donante) que donacion, y de consiguiente como hecha á extraño, pues no basta que sean méritos de obsequio, porque á estos se haya obligado, y por lo mismo no pueden reputarse tales; si bien para evitar la duda de si la donacion es ó no remuneratoria, y de si los servicios del hijo son de obsequio ó no, se tendrá la donacion por mejora en cuanto quepa en el tercio y quinto. Pero el hijo debe justificar los méritos, por no ser suficiente la confesion de su padre ó madre, aunque sea jurada, porque se trata del perjuicio de los demas hijos, á quienes no deben gravar en sus legítimas; bien que en este caso valdrá la confesion como simple donacion en todo aquello de que los padres pueden disponer, salva la legitima de los otros hijos, en lo cual no se revocará por la ingratitud del hijo, ni por el nacimiento de otros,

54. Son colacionables en cuenta de legitima las donaciones

que los padres hacen á sus hijos por causa necesaria, porque es visto no hacerlas por mera liberalidad, sino impelidos de aquella causa, y consiguientemente con ánimo de compensarlas, pues son de cantidad crecida y parte considerable de herencia. Pero en orden á las donaciones simples, la opinion mas comun es que no se deben colacionar, porque regularmente son de corta cantidad, y como proceden de mera liberalidad del donante, y no hay ninguna causa necesaria para hacerlas, se contemplan hechas sin ánimo de que se compensen con la legítima, y se estima al donatario por mejorado en su importe. Pero esto se limita en tres casos: el primero es cuando el padre hace la donacion al hijo emancipado, pues vale incontinenti, y es colacionable como las causales, excepto que exprese que no quiere la colacion; aunque por el contrario haciendola al que está en su poder no es válida, á menos que se confirme con su muerte: el segundo es cuando de no colacionarse la donacion simple resulta grande desigualdad entre los descendientes; y el tercero es cuando el donante mandó en la misma donacion que el donatario la colacionase, en cuyo caso cesa toda duda, y no hay mejora.

55. Donaciones causales, que tambien se llaman necesarias, son las que el donante hace por alguna causa necesaria, util ó pia, por la que puede ser compelido á hacerlas, como el dotar á la hija que vive honestamente, el casar ó poner en estado á algun hijo ó alimentarle. Estas donaciones se deben colacionar é imputar al donatario en su legítima, á menos que el donante mande otra cosa, ó se colija de su voluntad que quiso mejorarle, porque es visto haberle anticipado en cuenta de aquella lo que le donó, y no donádoselo liberal y graciosamente. Asi lo indica la ley 29 de Toro, que habla primero de la legítima que del tercio y quinto en estas palabras: *Y para se decir la dicha dote inoficiosa, se mire á lo que excede de su legítima y tercio y quinto de mejoría.* Mas por el contrario en las donaciones simples de que trata la 26, se hace mencion del tercio y quinto antes que de la legítima, porque quiere se impute en aquellos primeramente. *Y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto, y legítima.* El orden de las palabras concilia ambas leyes, y da á conocer de que donaciones habla cada una.

56. Tocante á si lo que el abuelo dió á la nieta viviendo su hijo, lo deberá colacionar esta ó su padre, se ha de distinguir: si el abuelo dió á su nieta la dote por sus méritos y obsequios, ó

por particular afecto que la profesaba, como suele suceder, especialmente habiéndola criado, y no por mera contemplacion de su hijo, no tiene esta obligacion de colacionarla cuando herede á su padre, ni tampoco la nieta, si por haber muerto el suyo hereda á su abuelo, porque esta le sucede por su propio derecho, ocupando el lugar de su padre, quien no estaba obligado en dicho caso á colacionarla, á causa de no haberse dado por su contemplacion; y porque como no se le debe la legítima del abuelo viviendo su padre, no es visto habérsela anticipado, sino dejándole un legado de su importe, como pudo hacerlo. Lo mismo procede en el capital ú otra donacion colacionable que haga el abuelo á su nieto.

57. Pero si el abuelo donare á su nieta por contemplacion de su hijo, y constare de ello, ó hiciere alguna donacion colacionable al nieto, v. gr. porque era pobre, ó porque estaba obligado á dotarla ó á hacersela, tendrá que colacionar aquel la dote de su hija ó donacion hecha á su hijo cuando se dividan los bienes de su padre, abuelo de ellos, y recibirla en parte de su legítima, porque se conceptúa haberse dado primero á su padre como persona mas próxima, y que por medio de este pasó despues á sus hijos; y luego la hija ó hijo la colacionará tambien cuando se parta la herencia de su padre, porque inmediatamente salió de su patrimonio, puesto que se le dió por su mera contemplacion; y lo mismo deberán practicar dichos hijos si suceden con sus hijos carnales ú otros nietos á su abuelo, por haber muerto antes su padre. Lo propio milita en caso de duda, pues se presume habérselos dado por respetos de su padre y no de ellos.

58. En orden á si el hijo ó hija excluidos de heredar, sea por estatuto ó costumbre del pueblo, ó por haber renunciado con juramento sus legítimas paterna y materna, han de colacionar ó no lo que en vida recibieron de sus padres, se debe distinguir: ó son excluidos reservándoles alguna porcion, ó no, ó ellos mismos se excluyeron por la renuncia: si hubo reserva, entonces como que no se les debe legítima, no estarán obligados á colacionar, ni tampoco por la propia razon cuando se excluyeron por la renuncia jurada que hicieron; pero si no habiendo habido reserva á causa de que por todos derechos se les debe su legítima; y sino obstante su exclusion los instituyesen herederos sus padres, como pueden hacerlo, deberán colacionar lo que recibieron de ellos, porque con la institucion consiguen

todo el derecho de que estaban destituidos, como sino hubiera dicho estatuto ni renuncia.

59. Si habiendo dotado el padre ó hecho donacion de sus propios bienes á una hija ó hijo, y despues de muerto el mismo padre fallece el de este, abuelo de los hijos, á quien heredan dicho nieto ó nieta, y otros nietos ó tios, hermanos de su padre; no tienen obligacion de colacionar la dote ó donacion, porque no se trata de partir los bienes del que la dió ó hizo, sino los del abuelo, de quien nada hubieron, y asi solo tendrá lugar la colacion cuando se hayan de dividir los paternos.

60. Los nietos, hijos de hijos ó hijas, que recibieron algo de su abuelo ó abuela, despues de muerto su padre ó madre, estan obligados á colacionarlo con los otros nietos ó con sus tios, hermanos de su padre ó madre cuando hereden á su abuelo ó abuela, porque se les debe la legítima, y es visto haberselo anticipado en cuenta de ella, excepto que se lo hubiesen dado por via de remuneracion, pues la donacion remuneratoria no es verdadera donacion, sino satisfaccion de lo que se debe. Pero si en vida de su padre lega el abuelo paterno á su nieta alguna cosa, no deberá colacionarla en cuenta de su legítima por muerte de ninguno de los dos, no por la del abuelo, porque no está obligado á dotarla, ni es su heredera viviendo su padre, ni de consiguiente es visto habérsela legado con ánimo de que la compensase con su legítima, á menos que lo exprese; y tampoco por la de su padre porque este no se la dió ni salió de su patrimonio. Lo mismo procede cuando el padre deja algun legado á su hija pupila, pues aun ue está obligado á dotarla, no es de presumir que le dejase con ánimo de compensarle con su dote, porque no se halla en edad de casarse; y asimismo cuando hace el legado quien debe á cierto día ó con condicion, antes que se cumpla esta ó llegue aquel, no se considera hecha con dicho ánimo.

61. La misma obligacion tienen los nietos de colacionar lo que los abuelos dieron en vida á sus padres, y por muerte de estos entró en su poder, porque suceden por transmision, ocupando el lugar de su padre ó madre, los cuales lo colacionarian si vivieran: en cuyo caso los nietos hermanos se reputan en derecho por una persona para el efecto de suceder y entran en el lugar de su padre ó madre, y asi heredarán llevando entre todos la porcion que estos llevarian en caso de vivir: y cada uno de sus tios carnales otra tanta como todos los referidos nie-

res, por lo que no hay disparidad de grado que impida la colacion (1).

62. Sin embargo en dos casos no estarán obligados los nietos sucediendo con sus tios á sus abuelos á hacer la colacion: primero, cuando el testador instituye por heredero á un hijo suyo en su legítima, y á sus nietos hijos de otro hijo con los demas bienes suyos; entónces no há lugar la colacion entre el hijo y nietos, ni entre estos, porque los nietos no vienen como hijos para este efecto, sino como extraños, entre los cuales no se admite la colacion; pues si no se les debe la legítima procediendo su padre á quien es debida (2), tampoco deberán hacer la colacion que solo tiene lugar entre los hijos (3).

63. El segundo caso es cuando los padres consumieron total ó parcialmente en su vida la dote ó donacion *propter nuptias* que los suyos les dieron, y los nietos de estos por haber percibido poco ó nada de sus padres, repudian su herencia, y solo quieren la de su abuelo ó abuela donantes, que murieron despues de sus padres. Este caso que se supone (4) muy difícil se ejecutorió años pasados por la Chancillería de Valladolid, confirmando la sentencia del alcalde mayor de Talavera de la Reina. Su dificultad parece consiste en saber si el nieto entra á suceder á su abuelo por su propio derecho y persona ó solamente por la de su padre, representándola; y en este escoyo tropiezan muchos legistas, impresionados y preocupados con la representacion inventada por derecho positivo; pero antes de proceder á su resolucion debo sentar lo primero, que el nieto no entra á suceder á su abuelo en el lugar de su padre por ficcion de la ley, ni por ella ocupa el primer grado, sino porque muerto su padre se halla el primero, y nadie le procede (5); asi que no le representa, porque la representacion verdadera se verifica en los trasversales, mayorazgos y fideicomisos, y no en los legítimos descendientes, que entran por su propio derecho á heredar á sus ascendientes, y estos deben instituirlos necesariamente por sus herederos: lo segundo es de notar, que hasta que muere el abuelo no hay herencia, ni por consiguiente heredero de hecho; por

1 Ley *Si nepotes*, 7. ff. de *collat. bonor.* Gom. en dicha ley 29. num. 6. vers. *Octavo infero.*

2 §. *Ita demum*. Institut. de *hereditat. que ab intestat.*

3 Velasc. cap. 12. num. 60 y 61. Gom. ibi, num. 7. vers. *Decimo infero.* Guereir. dicho lib. 2, y cap. 11, num. 67 y 68.

4 Antonio Theseaur. decis. 238. num. 2, 4 y 6. Valasc. de *partit.* cap. 12. num. penult. y ultim.

5 Ley *Qui duos*. 9 al fin. ff. de *reb. dub.* Robles de *representant.* lib. 1, cap. 6. num. 11 al 13. Saig. *Labyr.* part. 2. cap. 25. num. 17 al 34.

lo que mientras vive, solo tienen sus hijos y nietos una probable esperanza de heredarle: lo tercecero que para que el nieto no rompiese el testamento de su abuelo en el caso que su padre muriese antes que este, era indispensable que el abuelo le instituyese tambien por su heredero; pues de omitirle le rompía por la pretericion segun derecho (1): lo cuarto debe advertirse, que una cosa es suceder por privacion ó remocion, y otra por trasmision. Suceder por privacion, no es mas que ocupar el lugar de aquel que estaba antes, y servia de obstáculo para entrar á la sucesion, al modo que cuando sucede el segundo heredero por haber muerto el primero; por cuya razon no le daña el hecho de este, pues no entra representándole, sino por su propia persona y derecho, poniéndose en su lugar y ocupándole. Suceder por trasmision es continuar en la sucesion de los bienes con la misma naturaleza y cualidad: y asi al que sucede de este modo daña el hecho del primero, porque no puede venir sino en la manera y con la cualidad que aquel á quien sucede y representa (2). Es de advertir lo quinto que la representacion para suceder no es otra cosa que entrar el hijo en el lugar de su padre, tomando y reasumiendo en sí todos los derechos anejos á aquel grado, para que si concurre con otros, pueda suceder en la porcion en que su padre sucederia en caso de vivir (3). Esta sucesion no proviene del padre, sino de la propia persona del hijo, que por muerte de aquel es necesariamente tan heredero de su abuelo, como su padre lo seria por *testamento* y *avintestato*, á estar vivo, por ser el primero en grado (4); y asi las palabras *suceder en lugar de los padres*, con que se explican los textos civiles, no dicen que el hijo representa la persona de su padre, que por ella viene á la sucesion, y que de otro modo no vendria, ni se han de entender en este concepto, sino que entra á ocupar el lugar de su padre, y quitado del medio este, sucede por su propia persona, como que se halla el primero (5).

64. Supuesto lo referido, digo que en el presente caso el nieto que repudia la herencia de su padre ó madre, no está obligado á colacionar con sus tios lo que sus padres recibieron de sus abuelos, y por haberlo consumido no entró en su poder: lo

1 Ley 3. Cod. de liber. præterdict. Ley Posthumorum, 13. ff. de injusto runt. testam. y l. Posthumorum. Institut. de exheredation. liberorum.

2 Saig. Labyr. cred. part. 2. cap. 25. Robles de represent. lib. 2, cap. 16. num. 100.

3 Novel. 118. de hæredibus ab intestat. venientib. cap. 3. Robles dicho lib. cap. 2. num. 5.

4 Ley 2. Cod. de liber. præterit. Tiracquel. de primog. quæst 4o. num. 112.

5 Robles de represent. lib. 1, cap. 10. num. 3, y cap. 11. num. 6.

primero, porque viene á heredar á estos por su propio derecho y persona, y por remocion de la de su padre ó madre, ocupando su lugar como primero en grado, y no por trasmision, y puede renunciar su herencia: lo segundo, porque jamas se colaciona sino cuando lo que se tiene ó posee se recibió mediata ó inmediatamente de aquel cuya herencia se va á partir; y no habiendo recibido cosa alguna el nieto mediata ni inmediatamente de su abuelo, nada debe colacionar; pues como nada se le trasmitió, no le sucede por trasmision, sino por remocion, y porque es el primero; y lo tercero, porque la colacion es gravamen personal, que debe sufrir únicamente el que percibe la utilidad: es asi que el nieto ninguna tuvo por no haber llegado á sus manos cosa alguna de sus padres ni abuelos, y que puede repudiar la herencia paterna y materna, como queda expuesto: luego no debe colacionar lo que su padre ó madre consumieron si la renuncia, y asi no hay méritos para que en este caso se considere y subsista la razon de equidad inductiva de la colacion (1). No obsta el alegar que el nieto estando en grado mas distante que sus tios se hace de mejor condicion que ellos; porque nada tomó de su abuelo, y para sucederle se puso en el primero, y es tan heredero forzoso suyo como ellos: fuera de que no tiene la culpa de que su padre muriese antes y consumiese lo que recibió. No obsta tampoco el que á no ser por su padre, no heredaria á su abuelo; pues asi como en un mayorazgo no lo recibe el hijo del padre sino del fundador, tampoco el padre es causa para la sucesion en los bienes del abuelo, porque la cuota de su legitima depende de la disposicion de la ley, como en el capitulo anterior dejo expuesto. Ni obsta últimamente el que sus tios son perjudicados en las suyas, porque no se les deben hasta que su padre muere, el cual pudo haber gastado en vida todos sus bienes; y como por su muerte no existen otros en su poder ni en el de su nieto, es lo mismo que si él los hubiera consumido en sus urgencias; por lo que deben contentarse con lo que se les deje, como el nieto se contenta; y asi perecen para la herencia, al modo que si existieran la aumentarían. Lo mismo se debe practicar cuando el padre da á su hijo ó hija en dote ó en donacion cierto capital puesto en fondo vitalicio, que con su muerte precedida á la del padre, espiró, y el nieto viene

1 Valasc. *de partit.* cap. 12. num. penult. y ultim. Guerreir. *de div.* lib. 2. cap. 11. num. 65. Cevall. in cap. Raynutius *de testament.* part. 4. cap. 1. num. 73, y 3. en

la ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6. num. 73. Thesaur. decis. 238. num. 2, 4 y 6. Faber. lib. 13. *Conjectur. jur.* cap. 13 al fin,

á heredar á su abuelo delante con sus tíos, porque milita idéntica razón para con él. Pero si el nieto recibiere algo de su padre ó madre, deberá colacionarlo con sus tíos, porque en su importe se verifica suceder por trasmisión (1), y existir en su poder bienes de su abuelo, ú otros en su lugar (*).

1 Hermos. y Thesaur. ibi, y decis. 37. Rodrig. Suar. in leg. *Quoniam in prioribus*, limit. 4. num. 11 Robles dicho cap. 16. num. 103 al 105.

* Aunque el autor está demasiado difuso en este punto, he dejado toda su doctrina, sin cercenarla ó compendiarla como hizo el reformador Don Marcos Gutierrez, para que se vean en toda su extensión y puedan calificarse bien las razones en que se apoyó Febrero, de cuya opinión me aparto, fundado en las consideraciones siguientes. Dice que "cuando los padres consumieron total ó parcialmente en su vida la dote ó donacion *propter nuptias* que los suyos les dieron, y los nietos de estos por haber percibido poco ó nada de sus padres, repudian su herencia, y solo quieren la de su abuelo ó abuela donantes que murieron despues que sus padres, no estan obligados á colacionar, sucediendo con sus tíos á dichos sus abuelos." La primera, y puede decirse la principal razón en que se apoya es: "que el nieto no entra á suceder á su abuelo en el lugar de su padre por ficción de la ley, ni por esta ocupa el primer grado, sino porque muerto su padre se halla el primero, y nadie le precede, y así no le *representa*;" de suerte que aquí excluye el derecho de representación, siendo así que en otra parte (lib. 2. tit. 2. cap. 3. §. 12) sienta lo siguiente. "Pero si los nietos del testador son hijos de algun hijo difunto, deberá el abuelo instituirles en la parte que hubiere correspondido á su padre si viviera, y esta la dividirán entre sí á partes iguales; de modo que entre todos juntos, en *representación* de su padre muerto, heredarán tanta porción como cada uno de sus tíos. Esto es lo que se llama heredar por *estirpes*." Esta es una contradicción palpable, la cual resalta mas con lo que dice en otro lugar (lib. 2. tit. 2. cap. 9. §. 9.) "Si el difunto muere (abintestato) teniendo tres nietos, uno de un hijo muerto y dos de otro, el primero tomará la mitad de la herencia, y los otros dos la otra mitad en *representación* de sus padres respectivos." Y efectivamente no puede ser de otro modo que representándolos, pues si los nietos en-

traran á heredar por su propia persona y derecho, y no en representación de su padre, como sienta aquí el autor, no percibirían todos ellos juntos la parte correspondiente á este, sino cada cual la suya, como el tío, pues esto es lo que se llama heredar por su propia persona ó por *cabezas*. Además Febrero admite la verdadera representación en los transversales, y acerca de estos dice la ley 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. que "suceden los sobrinos con los tíos abintestato á sus tíos *in stirpem*, y no *in capita*." Luego si aquí hay representación, ¿por que no cuando los nietos suceden por estirpes? Añade luego como otra de las razones para afirmar su doctrina, que una cosa "es suceder por *privación* ó *remoción*, y otra por *trasmisión*: suceder por privación no es mas que ocupar el lugar de aquel que estaba antes &c." "Suceder por trasmisión es continuar en la sucesión de los bienes con la misma naturaleza y calidad; y así al que sucede de este modo daña el hecho del primero, porque no puede venir sino en la manera y con la calidad que aquel á quien sucede y *representa*." Da, pues, por supuesto en este párrafo que el nieto sucede por privación y no por trasmisión; siendo así que en el párrafo 13 dice lo siguiente. "La misma obligación tienen los nietos de colacionar lo que los abuelos dieron en vida á los padres de aquellos, y por muerte de estos mismos entró en su poder, porque suceden por *trasmisión*, ocupando el lugar de su padre ó madre, quienes lo colacionarian si vivieran." Si suceden por trasmisión en este caso, ¿por que no en el otro? ¿No ocupan también en este el lugar de su padre? ¿No tendría este qué colacionar si viviera lo recibido por el abuelo? ¿Tienen la culpa los otros hijos de este que dicho padre del nieto gastase lo percibido? ¿No es una misma la legítima, sea el nieto quien la perciba ó su padre si viviese? Pues ¿por que el gravamen de la colacion anejo á ella no ha de alcanzarse igualmente al hijo que al padre? En vano dice el autor alegando otra de sus razones, que la colacion es gravamen personal que debe sufrir únicamente el que percibe la

65. En orden á si la renuncia de la legítima, que hace la madre contenta con su dote, perjudicará ó no á sus hijos, viniendo estos á heredar al abuelo por haber ella muerto antes, hay dos opiniones contrarias: la afirmativa se funda en que vienen por representacion de su madre, y en que así como perjudicaría á esta, debe perjudicar á sus hijos para que no se saquen de una herencia dos legítimas, siendo herederos de ella; y la negativa se apoya en que vienen por sus propias personas á heredar á su abuelo. Yo me inclino á lo expuesto en el caso anterior.

66. Si un padre que tenia hijos de dos matrimonios, casó durante el segundo dos, v. gr. que habia habido del primero, dando á uno algo menos de lo que le tocaba por su legítima materna, y á otro algo mas á cuenta de la paterna, expresando lo que les entregaba por cada una, debe el segundo hacer dos colaciones, la una con su hermano entero para igualarse con él en el haber de su madre, y la otra con este y con sus hermanos consanguíneos para igualarse en el del padre de todos. Por ejemplo, la herencia de la muger primera eran docientos, y el padre dió al uno cincuenta y al otro trecientos. En tal caso este último colacionará con el otro cincuenta que llevó mas de lo que debia haber por su madre, y se los restituirá para que queden iguales, con lo cual vendrá á percibir cada uno los ciento que le corresponden por la legítima materna; y luego con su mismo hermano entero y con los consanguíneos del segundo matrimonio colacionará los ciento cincuenta restantes como percibidos á cuenta de la paterna, porque todos son herederos de un padre cuya herencia se va á partir. Y si á entrambos hubiese reintegrado igualmente su haber materno, y dado ademas algo á cuenta del suyo, deberán colacionar con los consanguíneos lo reci-

utilidad, y que el nieto ninguna tuvo por no haber llegado á sus manos cosa alguna de sus padres. Esta es una mera sutileza; el nieto percibe utilidad, esto es, la legítima del abuelo disminuida por lo que recibió su padre, cuyos derechos y nada mas hereda. Los demás hijos del abuelo tampoco percibieron utilidad alguna de lo que gastó el padre del nieto; por consiguiente no deben ellos ser gravados sino este, que al cabo se mantuvo en la casa paterna, recibió educacion &c. Fuera de que no sabemos de donde sacó el autor esta distincion metafísica de suceder por privacion y por transmision, desconocida en nuestros códigos legales. Segun ellos no hay mas que dos modos de suceder, ó por su propia per-

sona ó en lugar de otro representándole. Probado, pues, que los nietos entran á heredar al abuelo por representacion de su padre, aun cuando repudien la herencia de este, deberán en mi opinion colacionar lo que él recibió del abuelo, y traerla á colacion si viviese; pues con esta condicion ó gravamen lo recibió, y no es justo perjudicar á los otros hijos del abuelo por una caviliosidad que no está fundada en ley alguna, antes por el contrario de la 2. citada, y de la 3. tit. 13. Part. 6, se infiere todo lo contrario. Me he extendido tanto en esta nota por ser un punto difícil, de cuya aclaracion no se trató en las ediciones anteriores de Febrero.

bido por cuenta del paterno, y por lo respectivo á su madre nada tendrá que colacionar entre sí, por estar igualados, como ni tampoco con los del matrimonio segundo, en caso que á cuenta del haber de su padre nada hayan percibido.

67. En orden á si el enfiteusis es ó no colacionable debe distinguirse. Si es de *nominacion* por ciertas vidas, el cual se usa en el reino de Galicia, y el enfiteuta no le compró, y en vida nombra á su hijo para que le goce, no tiene esta obligacion de colacionarle, ni colacionar su estimacion con sus hermanos cuando su padre no fue el primero que le adquirió, porque nada recibe de él, sino del señor del dominio directo que le concedió al primero: ni tampoco cuando el padre le eligió en su testamento, porque esta eleccion hace las veces de legado, y lo que se deja en última disposicion no se colaciona.

68. Si el padre le adquirió, deberá traerle á colacion el hijo, porque se entiende concedido al mismo padre con quien contrajo el señor del dominio directo, y no con el hijo á quien tal vez no conoció, ó acaso no habia nacido entonces, por lo que no se presume tenerle afecto; y lo propio milita sin disputa, aunque se conceda al hijo si en la concesion se expresó que se hacia por contemplacion y respetos del mismo padre.

69. Y si el padre le compró, tendrá tambien el hijo nombrado que colacionar el precio desembolsado, porque cuanto pagó el padre, tanto disminuyó de su caudal para conseguirle, y á no haberle comprado quedaria su importe á todos sus hijos para dividirle entre sí; en cuya atencion es justo que el hijo que sucede en todo él, le colacione, para que de este modo no haya desigualdad, ni sus hermanos sean perjudicados en sus legítimas. No obsta que el enfiteusis no pasa al hijo hasta que su padre fallece, y que las cosas adquiridas despues de su muerte no son colacionables, segun se ha dicho, porque el precio salió de su caudal en vida, y no se le dejó en disposicion última, por lo que debe colacionarle, no mandando el padre lo contrario.

70. La obligacion de colacionar el precio tiene lugar en el caso de que el padre renuncie el enfiteusis en el señor del dominio directo, para que le conceda al hijo, y este no se halle obligado á colacionarle; pues no es justo, por ningun motivo que semejante fraude tenga efecto en perjuicio de los demas hijos. Asimismo tiene lugar, aunque el padre comprador sea el último llamado á su obtencion, é impetre del señor del dominio directo que le renueve en favor de su hijo, porque con el dinero satisfecho no solo es visto comprar el enfiteusis, sino tam-

bien el derecho de pedir su renovacion; y porque el enfiteusis renovado es el mismo continuado, y no otro nuevo. Igualmente tiene lugar, aun cuando el enfiteusis se haya concedido al hijo en remuneracion de los servicios hechos por su padre al señor de él; si estos son obligatorios y dignos de ser remunerados; porque la accion que se adquiere por servicios, se reputa como las demas acciones y derechos. Finalmente tiene lugar dicha colacion en el importe de las mejoras ó aumentos hechos por su padre en la finca enfitéutica, si el hijo quiere ser heredero, á cuyo fin se apreciarán; pues tiene accion á repetirlos del señor del dominio directo, á quien acabadas las vidas ha de volver mejorada, y este debe abonárselos, porque á todos está prohibido enriquecerse con detrimento de tercero. He dicho si el hijo quiere ser su heredero, porque si repudia la herencia, no está obligado á la expresada colacion, aunque si el importe de los aumentos excede á la legitima y mejora, deberá restituir el exceso á los coherederos, atendido aquel y el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, segun la ley 29 de Toro.

71. Lo que se ha dicho de las mejoras ha de entenderse de las útiles que aumentan el valor de la finca, y no de las que solo se hicieron para conservarla y entregarla tan buena como se recibió, porque como necesarias deben hacerse: ni tampoco de las que el comprador y sus sucesores estuvieron obligados á hacer en virtud del contrato enfitéutico.

72. Si el padre no solo nombra al hijo, sino que en vida le entrega la finca enfitéutica, deberá colacionarla, aunque no se hubiese comprado ni mejorado, porque tanto disminuye de su patrimonio, quanto su hijo consigue del enfiteusis, y tanto mas se hallaria que dividir entre sus hijos, á no habersele donado ni entregado. Y si en vida se la entregó simplemente, y el hijo gozó sus frutos sin constar el título con que poseía, deberá no obstante colacionarla por evitar la desigualdad entre sus hermanos; bien que segun la ley 26 de Toro se entenderá mejorado en ella en quanto quepa en el tercio, quinto y legitima.

73. Asi como el hijo debe colacionar al tiempo de la particion de los bienes de su padre el enfiteusis de *nominacion* que este compró, asi tambien el nieto hijo de aquel, cuando se efectúe la de los del suyo, pues versa la propia razon; porque á no haberle comprado hubiera dejado mas caudal, y su hijo tambien en otra cosa: lo cual procede aunque el abuelo nombre al nieto.

74. Nombrando el enfiteuta á un extraño para el goce del enfiteusis mejorado, no deberá pagar este las mejoras, porque es

visto habersele dado con ellas, y únicamente en caso de haberle; devolverá el exceso de lo que se le permite disponer teniendo descendientes legítimos, que es del quinto; pero si antes tuviese donado este á otro, y el nombrado quisiere la finca enfitéutica con las mejoras, tendrá que pagar su importe, no por razon de colacion, pues los extraños no colacionan, sino porque el donante no puede disponer de mas que de un quinto en vida y muerte en perjuicio de las legítimas de sus descendientes.

75. Por lo concerniente al enfiteusis ó censo perpetuo, si el padre donó en vida á algun hijo, ó dió en dote alguna hija la finca enfitéutica, deben colacionarla del mismo modo que si les hubiere dado otra cualquiera de su patrimonio sin la mas leve diferencia, bajando su carga ó pension: porque se conceptúa finca patrimonial ó de la herencia paterna, y como tal es divisible entre todos, por lo que quien antes la reciba, debe traerla á particion con los coherederos, no mandando lo contrario el testador, ó no mejorándole tácita ó expresamente en su importe. Y si el testador no dispuso en vida de la finca enfitéutica, y cuando la tomó en enfiteusis, fue con la obligacion de no poderse partir ni dividir nunca, segun suele pactarse en este contrato, como que la finca es parte de la herencia que dejó, se adjudicará á uno de sus hijos, bajando el importe de todo el gravamen enfitéutico, y si no le cupiere en su haber, restituirá el mayor valor á los coherederos.