

LEY VIGÉSIMANOVENA.

(L. 5.^a, TÍT. 1.^o, LIB. X, Nov. REC.)

Obligacion de los hijos de colacionar en la participacion de la herencia de los ascendientes la dote y donaciones *propter nuptias* y otras donaciones que hubieran recibido ellos. Cuando se considerarán oficiosas dichas dote y donaciones.

«Cuando algun fijo ó fija viniesen á heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos é sus herederos á traher á collacion é participacion la dote é donacion *propter nuptias* á las otras donaciones que obiesen recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar. Pero si se quisiesen apartar de la herencia que lo puedan hacer, salvo si la tal dote ó donaciones fuesen inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibiesen, así los hijos é descendientes en lo que toca á las donaciones, como las fijas é sus maridos en lo que toca á los dotes: puesto que sea durante el matrimonio á tornar á los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas para que lo partan entre sí. Es para se decir la tal dote inoficiosa se mire á lo que escede de su legitima de tercio é quinto de mejoría, en caso que el que la dió podia hacer la dicha mejoría cuando fizo la dicha donacion, ó dió la dicha dote habiendo consideracion al valor de los bienes del que dió, ó prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fué constituida, ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote, ó la prometió, do mas quisiera escoger aquel á quien fué la dicha dote prometida, ó mandada. Pero las otras donaciones que se refieren á los fijos, mandamos que para se de-

cir inofficiosas se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valiesen al tiempo de su muerte.»

COMENTARIO.

1. El ánimo decae cuando, despues de ver el texto de una disposicion legal, se extiende la vista sobre los muchos libros y prolijos comentarios que sobre la misma ley se han escrito. Comprendemos que en no pocos casos ocurrirán en la vida práctica ejemplares que tal vez no se hallen ni en el espíritu ni en la letra del precepto del legislador; pero esto no dará derecho para que los casuistas, en vez de explicar ese mismo texto, lo oscurezcan y confundan al que con ánimo sereno quiere encontrar lo que en la ley se manda. Más de una vez nos ha ocurrido registrar para el despacho de nuestros negocios una determinacion dada y comprender perfectamente, no sólo su parte dispositiva, sino su orígon y tendencias. Consultados luego los comentarios, hemos creído, no que mandase otra cosa la ley, sino lo peligrosa que es la lectura de tanto glosador que, en vez de enseñar, perturban el sano criterio de la juventud y hacen vacilar á magistrados demasiado rígidos, ó que no tienen toda aquella comprension que se necesita para resolver las cuestiones judiciales que ofrezcan dificultad.

2. Nos han ocurrido estas observaciones al querer comentar la ley 29.^a de Toro. Para nosotros la letra de la ley es clara, y sin embargo, hemos tenido que emplear muchas semanas para leer los comentarios extensos de todos los glosadores. A los jueces ilustrados y los escolares de derecho les recomendamos que arrojen léjos de sí esos libros llenos de sutilezas, que en vez de aclarar, confunden y hacen aborrecer el estudio del derecho. Para no incurrir nosotros en el mismo defecto, que tanto censuramos, procuraremos describir con claridad el precepto de esa ley, su orígen y las vicisitudes por que ha pasado todo lo que hace referencia á la materia de colaciones.

3. Dada la existencia del derecho hereditario más ó ménos forzoso, tenía que ocuparse el legislador naturalmente de las entregas que hiciera el padre ó la madre á sus hijos al establecerlos ó emanciparlos. Antes de hablar de la legislacion española, debemos decir algo especialmente cuando ejecutaba el acto más solemne de la patria potestad, el ciudadano romano, que tantas facultades y atribuciones tenía sobre sus

hijos. De aquí dimana, que todos los comentaristas de la ley, partidarios de aquella célebre legislación, se engolfen en explicarla para venir despues á significar lo que quiso mandar y mandó la 29.^a de Toro. Sin incurrir en la misma preocupacion, nos permitiremos una sucinta reseña para entrar de lleno en el exámen de la legislación española.

4. Collatix, significa contribucion, subsidio; pero no se aplicaba en este sentido por los jurisconsultos. Colacionar era traer al acervo comun, á la herencia paterna la cantidad, al valor de lo que se habia recibido. Acumular parte de los bienes donados en vida por el padre á sus hijos, ya sea en especie ya sea por su valor, y con los existentes y los acumulados formar un todo y repartirlo en legítimas.

5. Es esta una materia que se roza grandemente con aquella terrible patria potestad romana que conceptuaba á los hijos como los primeros esclavos del jefe de la familia. Era un inmenso beneficio la emancipacion y haciéndose *suijuris* el hijo de familia, en compensacion perdía el derecho á la herencia paterna, porque sólo los hijos de familia que permanecian en la patria potestad eran los herederos necesarios. La dureza de esta legislación se empezó á modificar por la magistratura. Aquella gran institucion del Pretor tuvo una influencia directa y dulcificó la aspereza de las antiguas instituciones. Preterido un hijo emancipado, el Pretor daba la posesion de los bienes *contra tabulas*, es decir, á pesar del testamento paterno.

6. De aquí nuevos inconvenientes, perjudiciales á los hijos de familia. Era el primero que si á los hijos emancipados se les reputaba como herederos y se les igualaba con los que ya habian salido de la familia, sin tener presente lo que éstos pudieron recibir del padre al tiempo de la emancipacion, éstos eran mucho más favorecidos con gravísimo perjuicio de los hermanos. La equidad exigia adoptar una medida que compensase los perjuicios y equiparar los derechos de todos. La Pretura de Roma fué la inventora de *colacionar* estos valores que se habian llevado los hijos al ser emancipados. Se quitó por lo tanto un motivo de queja; pero aún quedaba otro, y este era, que como el padre recibia y hacía suyos todos los bienes adquiridos por el hijo que estaba bajo la patria potestad, era injusto y hasta cruel que estos bienes formasen parte de la herencia paterna y entrasen á participar de ellos los hijos emancipados. Tambien el Pretor puso remedio á esta desigualdad mandando que el hijo emancipado trajera tambien á colacion todos aquellos bienes

que habia adquirido para su padre si hubiera permanecido en la patria potestad. Bajo el punto de vista romano, pudo encarcerar el gran jurisconsulto Ulpiano el precepto del Pretor. En las legislaciones modernas se ha dado distinto giro á esta parte de la legislacion, porque el padre no adquiere el dominio absoluto de los peculios de sus hijos y ménos de las adquisiciones que hace el que se encuentra emancipado.

7. En la misma legislacion Romana se fueron dando reglas para casos concretos. El emperador Antonino Pio mandó que la hija de familia trajera á colacion la dote recibida de su padre. (Ley 19.^a Ff. de dotis collatione). El emperador Leon estableció igual mandato respecto de las donaciones propter nuptias, (ley 17.^a, código de collationibus). Justiniano, en la ley 19.^a del mismo título, dispuso como regla universal, que los hijos y nietos, concurriendo con sus tios, colacionasen cuantos bienes hubiesen recibido.

8. Quede establecido que desde los tiempos más antiguos no habia términos hábiles para obligar á colacionar aquellos bienes que se habian adquirido por el hijo con la toga ó con la espada. Los peculios castrenses ó cuasi castrenses eran de dominio absoluto del que los adquiria. No así cualesquiera otros bienes que tenian distinta procedencia, y los cuales eran conocidos en el derecho con los nombres de peculios adventicios y profeticios, que todos eran del padre romano. Andando el tiempo, modificó Justiniano las disposiciones legales en punto al peculio adventicio, cuyo dominio lo adquirian para sí los hijos de familia, porque era, á la verdad, bien injusto é inícuo que las herencias ó adquisiciones que el hijo tuviera por distintas líneas de la de su padre, fuera éste el verdadero adquirente y no la persona favorecida. Debió suceder infinitas veces con legislacion tan tirante que muchos hijos de familia no fueran favorecidos por parientes maternos ó extraños, porque los testadores no querian, y con razon, que en realidad fueran sus herederos personas aborrecidas, ó por lo ménos indiferentes. Cuando al través de los siglos se estudia la legislacion de un pueblo, no se comprenden estas anomalías que, al parecer, no debieron existir nunca. Sin embargo, respondian á un principio, más que jurídico, político. Este principio era que el padre de familias, el ciudadano romano lo habia de absorber todo, porque era el que tenía que responder á la patria de todos esos derechos que se le otorgaban. El militar y el togado eran los únicos que podian trabajar para sí, y la historia reseña más de un ejemplo en que

los primeros dignatarios del Estado bajaban la cabeza al gran principio de la autoridad paterna. Cuando aquel imperio colosal venia á su disolucion, y todos los derechos del ciudadano romano, cayendo por tierra é igualándose hasta los habitantes de las naciones conquistadas en el uso de estos mismos derechos, la legislacion civil tenía que modificarse admitiendo principios de equidad y justicia, que ántes se despreciaban por consideraciones de otro género. Por estos motivos ya no se colacionaron los peculios adventicios que los hijos emancipados y no emancipados habian adquirido para sí.

9. Regla universal y absoluta desde el tiempo de Justiniano, que el peculio profecticio, ó sean los bienes adquiridos del padre y de la madre se traigan únicamente á colacion al hacer la distribucion de los bienes del donante, ya sea dote ó donacion propter nupcias, y con lo cual está conforme la legislacion de Castilla desde la promulgacion de las Partidas. Pero de aquí surge una duda que ya la hemos iniciado al comentar la ley 26.^a, y que la hemos resuelto más de una vez en nuestro bufete, teniendo en cuenta los principios de equidad y las circunstancias de las personas interesadas. Nos referimos á las donaciones simples, y ciertamente no se puede discutir este interesante punto de derecho sin tratar de la herencia forzosa. Es innegable que cuando la libertad de testar es absoluta pudiendo dejar los bienes al que elija el testador, toda la materia de colaciones desaparece, porque el único que legisla es el que distribuye sus bienes, y lo hace como tiene por más conveniente. Pero la legislacion romana y más aún la de Castilla, consideraron á los hijos condóminos de los bienes de los padres, y sin limitar las facultades de estos, para que en vida dispusieran de sus bienes vendiéndolos y haciendo de ellos el uso que tuvieran por oportuno, se limitaron estas facultades, no en absoluto, sino fijando una cuota como legítima de los descendientes. La ley romana sancionó, que si un padre dispusiera y donara todos sus bienes á uno de sus hijos, no acordándose de los otros, estos podrian, segun la ley 2.^a C. de *inofficiosis donationibus*, ó por la 18.^a C. *familiæ erciscundæ*, pedir la rescision y que se les reservara la *cuarta parte* de los bienes del padre. Quiere decir, que por la antigua legislacion romana, la legítima de los hijos era la cuarta parte, pudiendo dejar á uno solo las otras tres cuartas partes. De esto, á la absoluta facultad de testar, hay poca diferencia.

10. Justiniano modificó tambien esta parte de la legislacion

y mejoró la situacion de los descendientes. En la Novela 18, capítulo 1.º, de la que se sacó la auténtica novísima C. de inofficioso testamento, se dispuso que la legítima de los hijos fuera la tercera parte del haber paterno. Cuando los hijos pasaban de cuatro debían percibir la mitad, regla que tambien establece nuestra ley de Partida XVII, tít. 1.º, lib. VI. Por pasos contados, vamos á parar á las mejoras de tercio y quinto, que no son otra cosa que la libre disposicion entre los hijos de la mitad casi del caudal.

11. Pero sin desviarnos de la cuestion planteada, á saber: si se traen ó no á colacion las donaciones simples, tenemos que someternos á las reglas sentadas por los tratadistas. Es indudable que, cuando un hijo ha sido favorecido por su padre hasta el punto de dejar sin fortuna á sus hermanos, éstos tienen derecho para atacar como inoficiosa la donacion que así los perjudica, y obtener por lo ménos la legítima forzosa. Mas cuando esas donaciones simples no afectan á esas legítimas, ¿se traerán á colacion? Aquí empezaban las distinciones por derecho romano. Si un padre dió dotes ó hizo donaciones *proprias nuptias* á unos de sus hijos y á otros les agració con donaciones *simples*, todos tienen que traer á colacion los bienes recibidos, porque sería injustísimo que los primeros tuviesen que aportar los bienes recibidos para formar el acervo comun, y los otros no. Los que sostienen esta doctrina la apoyan en la ley penúltima l. h. t., y no van descaminados. Todo lo que sea establecer el principio de igualdad debe ser grato á los tribunales, y no puede desecharse esta base cuando en la ley se encuentra, siquiera sea una sola indicacion la que lo apoye.

12. Mas de aquí deducen los partidarios de la donacion simple que cuando no existen otras donaciones que sirvan de compensacion no habrá lugar á colacionar lo que el padre por un acto de liberalidad haya dado á uno de sus hijos. Las leyes de Partida están conformes con estas ideas. En la 4.ª, tít. 15.º, Partida VI, se marca específicamente el mismo caso citado por Justiniano. Sobre ello no puede haber dificultad, siempre que quepa en las mejoras de tercio y quinto. Pero la gran cuestion consiste, si esa donacion simple se colacionara cuando por su importe exceda de dichas mejoras y de la legítima. No se puede prescindir al tratar de esta materia de lo que otras leyes de Toro tienen establecido. Pero como este es el punto más culminante del comentario de esta ley, lo dejaremos para su final y recordaremos lo que se manda en las leyes 17.ª y 26.ª de Toro.

13. Dejemos á los antiguos comentaristas engolfarse en el laberinto de casos que ocurrían en la legislación romana para declarar inoficioso el testamento cuando tenía lugar la posesion dada por el pretor *contra tabulas*, cuando, en fin, se ejercitara la accion *familiæ erciscundæ*. Lo propio decimos respecto á las distinciones sobre lo que se entiende por *colacion* y lo que significa *imputacion*. Nada de esto se necesita en el terreno práctico y ménos para explicar la ley que nos ocupa. ¿Cuál fué la causa de su promulgacion? ¿Cuáles las dudas que realmente trató de resolver? Esto es lo que importa que sepa el estudioso que ha de dar consejo más de una vez al padre de familia para distribuir sus bienes.

14. Ya hemos hecho la explicacion de cómo se colacionaban las donaciones por el derecho romano, habiendo venido en último término á mandar Justiniano en su Código y en las Novelas que la donacion simple no se colacionase, porque este acto de mera liberalidad no podia compararse jamas con otros adelantos ó entregas que hicieran los padres á sus hijos, ya por dote, ya por cualquier otro concepto á los varones para sostener las cargas de su nuevo estado, y que hoy llamamos nosotros donaciones *propter nuptias*.

15. En una palabra, se decia que se colacionaban todas las donaciones *ob causam*, pero no las pura y sencillamente llamadas simples. De aquí nacia la primera duda de cuáles eran las verdaderamente donaciones simples, porque la imaginacion más sutil no puede descubrir que se haga ningun acto de liberalidad sin motivo que la produzca. En último término se tropezaria con el cariño ó la caridad, los dos sentimientos más grandes de la naturaleza humana, y estas por cierto serian en último término las causas eficientes de la donacion. Así es que, en nuestra opinion, no hay, en el sentido riguroso de la frase, donaciones puramente simples, ya se refieran á los hijos, ya á personas extrañas.

16. Suciedera lo que sucediere en la aplicacion de las leyes romanas sobre la inteligencia de esas donaciones simples al distribuir los bienes de la herencia paterna, es lo cierto que la legislación de Castilla modificó y alteró esa excepcion privilegiada de la donacion simple. La ley 14.^a, tít. 6.^o, lib. III del Fuero Real disponia que todo cuanto el padre ó la madre dieran á sus hijos por razon de casamiento, se trajera á colacion. La ley 3.^a, tít. 15.^o, Part. VI dispone que las dotes, las arras y las donaciones que el padre diere por razon de casamiento se tra-

jeran á colacion, así como las ganancias que esos mismos hijos hicieren con el capital del padre si estuvieren bajo la patria potestad.

17. El espíritu y letra de estas leyes inclinaban á muchos juristas á defender que debian traerse á colacion todas las donaciones, incluso las llamadas simples; pero la afición al derecho romano y la circunstancia de hablar esas leyes principalmente de las donaciones *por casamiento*, sostenian la mala práctica de excluir de la colacion esas llamadas donaciones simples. Las consecuencias de tan varias opiniones eran desastrosas, porque no habia particion alguna importante en que no se tropezara con ese grave inconveniente de si debian ó no tenerse presentes los actos de generosidad de los padres, y si lo percibido por distintos conceptos en vida de aquellos debia tenerse en cuenta al distribuir entre sus hijos la riqueza que dejaban.

18. Estas divergencias y estas dudas fueron las que vino á resolver la ley 29.^a de Toro. Si la del Fuero y la de Partida citadas hablaban siempre, segun algunos, de donaciones por casamiento, la de Toro terminante y categóricamente dispone «que se traigan á colacion e particion la dote e donacion *propter nuptias* e las otras donaciones que obiesen recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar.» La adicion no puede ser más expresiva ni la frase más extensa y general. Todas, absolutamente todas las dádivas recibidas del padre tienen que colacionarse, ya sea para imputarlas en las legítimas, ya hayan de reputarse como mejoras de tercio y quinto, lo cual es una cosa distinta y entra en otro género de consideraciones.

19. Y si las leyes de Toro se dieron única y exclusivamente para uniformar el derecho y concluir las contiendas que disposiciones oscuras ó mal interpretadas venian produciendo males sin cuento, la ley 29.^a de que tratamos no pudo redactarse sobre esta materia interesante con palabras más categóricas. A pesar de todo, los casuistas renovaron en los siglos xvi y xvii las antiguas cuestiones y encontraron partidarios entre juriconsultos de gran cuenta, explicando cada uno á su manera qué era donacion simple y cuál debia reputarse como *ob causam*, deduciendo en último término que la primera no estaba comprendida en la obligacion de colacionar. Y estaba esta opinion tan arraigada, que el Sr. Sancho Llamas de Molina cita el ejemplar de haberse burlado la Chancillería de Valladolid de un luminoso informe dado por Héctor Rodriguez en que defendia que la donacion simple estaba sujeta á colacion. No entendió como

corresponde la ley de Toro la Chancillería de Valladolid, y el catedrático de Salamanca tenía razon, porque las palabras *e las otras donaciones que obiesen recibido de aquel*, no exceptúan ninguna entrega ni adelanto que se hubiese hecho al hijo favorecido.

20. Ya se nos alcanzan muchos de los infinitos ejemplos que ocurren en la vida, y que pueden poner en tortura la severa imparcialidad de un partidador de herencia. Es muy comun venir á ménos el hijo emancipado y casado, y el padre amoroso llevarle con toda su familia al hogar paterno y mantener por espacio de años, tres, cuatro ó cinco individuos de esta misma familia, lo cual supone en ocasiones dadas muchos miles de duros. Muere el padre, y los otros hijos reclaman que al mayor ó casado se le obligue á traer á colacion los ocho ó diez ó más miles de duros que gastó en el espacio de seis, ocho ó diez años. El favorecido al propio tiempo defenderá que esas repetidas donaciones no fueron más que actos de caridad y cariño, y teniendo el padre obligacion de mantener á los hijos necesitados, aunque estén fuera de la patria potestad, no puede suponerse que esos alimentos fueran adelantos hechos á cuenta de legítimas y de mejoras. Por otra parte, los hijos perjudicados dirán, y con razon, que si el hermano casado y su familia no hubieran venido á la casa paterna, y dicho hijo hubiera recibido mil ó dos mil duros anuales para atender á su subsistencia, y que es lo que verdaderamente gastó en la casa del padre comun, esos adelantos se hubieran traído sin disputa alguna á colacion para establecer la igualdad entre los hijos.

21. Los razonamientos de una y otra parte son concluyentes. Para nosotros la ley 29.^a de Toro no ofrece dificultad alguna. Todas, absolutamente todas las donaciones, ya sean simples, ya de otra especie se tienen que traer á colacion; y si el hijo casado se entra por las puertas de la casa del padre en compañía de su mujer y de tres ó cuatro hijos y de los sirvientes necesarios, segun la categoría de la familia, para allí recibir diariamente donaciones que han de menoscabar necesariamente la herencia paterna, los hijos menores están en su derecho pidiendo que aquel caudal se traiga á colacion, si bien se tenga en cuenta que no puede haber la mayor rigidez en el justiprecio de estos mismos alimentos.

22. Por de contado hay necesidad de considerar que esas donaciones son verdaderas mejoras en el caso que el padre no haya dispuesto otra cosa. En nuestra práctica hemos tenido

ejemplares de diversa especie. Un padre nos consultó cómo había de igualar á sus hijos por haber recibido mucho el mayor en este concepto, y le dijimos que explicara en su testamento este hecho diciendo que en compensacion mejorase en tercio y quinto á los hijos menores; y si éstos todavía promovieran dudas, queriendo obligar al mayor á traer á colacion los alimentos, mejorase á éste en el mismo tercio y quinto, quedando sin efecto la otra mejora ántes indicada. Así lo ejecutó, y todos acataron y obedecieron la voluntad paterna.

23. Otro caso hemos tenido, y en éste el padre no dijo nada ni expuso nada; pero existia el hecho de haber gastado el hijo casado más de veinte mil duros en la casa paterna. Por fortuna el caudal era grande, y esa suma se reputó por mejora del tercio, y de la cual no habia dispuesto el padre.

24. Lo cierto es que el testador debe procurar en este y otros casos de igual naturaleza ser bien explícito cuando otorgue su última voluntad. Los abogados y los notarios, y muchas veces los eclesiásticos tienen obligacion de estudiar, al dar su consejo, las circunstancias particulares del testador y la de su familia con el fin de evitar á su fallecimiento esos conflictos que acaban muchas veces con la fortuna de los herederos y engendran odios que tarde ó nunca se acaban. Por más que las leyes, como la que ahora comentamos, establezcan un principio universal y constante, la variabilidad de los casos da lugar á esas interpretaciones, que no tendrán aplicacion, si el legislador de la familia no procura explicar perfectamente cómo y por qué hizo la donacion á uno de sus hijos.

25. Conexion íntima tiene con estos casos la donacion remuneratoria, y los comentaristas se entretienen, no en dar una verdadera y significativa denominacion explicando cómo y cuándo pueda darse este título á los pagos que hace el padre á sus hijos, sino si debe imputarse primero en las legítimas dicha donacion, ó si se considerará en primer lugar como mejora. No debe ser esta la cuestion, sino si há lugar á colacionarse lo que el padre entregó como tal donacion remuneratoria. Por derecho romano, y adquiriendo el hijo de familia trato para el padre, es evidente que cuanto dicho hijo adquiriese era para aumentar el caudal paterno. Por derecho español no puede decirse lo mismo. El hijo emancipado ó no emancipado, trabaja con el capital del padre ó en sus haciendas, y por este trabajo recibe una remuneracion más ó ménos grande. Hace lo que ejecutaria cualquier dependiente, administrador ó director, y contribuye

al fomento de la riqueza paterna. Esto es comun en todas las industrias, sea el padre agricultor, comerciante ó fabricante; y es indispensable no equivocarse los conceptos y llamar donaciones remuneratorias las pagas que se harian al hijo, si fuera una persona extraña. Podrá haber en muchos casos esplendor en la retribucion, lo cual no se tendria con un dependiente que no fuera hijo; pero es lo cierto que nunca pueden darse á estas relaciones sociales ni llamarse donaciones de ninguna especie, ni remuneratorias ni no remuneratorias al pago más ó ménos espléndido que se haga por un servicio. En el comercio suele adoptarse el medio previsor de interesar á los hijos, como tambien á los dependientes de alta categoría, dándoles un tanto por ciento en las ganancias. Sean estas grandes y formen en pocos años un enorme capital, no por eso se puede decir que aquí ha habido donacion, y que el hijo debe traer esta fortuna á colacion, porque la ley 29.^a manda que toda donacion, sea de la especie que quiera, entra en la jurisdiccion de dicho precepto.

Lo primero que se niega es que tales retribuciones merezcan el título de donativos, y ménos que haya nadie que tenga derecho á pedir participacion en lo que el hijo ganó legítimamente haciendo lo que hubiera podido verificar un tercero en la casa ó con la industria del padre.

26. Quizá en alguna ocasion haya abuso, y el amor paterno, favoreciendo á los hijos mayores, les cree una inmensa fortuna dándoles mucho más de lo que sus servicios merezcan y resulte despues que estos hijos queden muy ricos y con modesta ó escasa fortuna los hermanos. No hay medios ni debe haberlos en la legislacion para entrometerse en investigar los secretos móviles que tuvo el padre de familia para proceder de esta manera. Si cada uno es dueño de su capital pudiendo exponerse á perderlo en empresas arriesgadas, no comprendemos cómo ni por qué el ojo de la ley ha de estar abierto para calificar las demasías que el padre pueda cometer entregando parte de su capital á un hijo para que lo maneje.

27. Esto no impide que cuando se haya tratado de defraudar la legítima por malas artes y de llevar á efecto una desheredacion, sin adoptar las medidas y resoluciones que las leyes prescriben, esos tratos no se puedan impugnar obligando á los hijos favorecidos á que traigan á colacion lo que malamente recibieron. Una cosa es que no deba llamarse donacion remuneratoria el premio que se da por el trabajo. páguese ó no con

esplendidez, y otra cosa es descubrir en ese mismo pago la dañada intencion de enriquecer á unos hijos á costa y con perjuicio manifiesto de otros. El abuso está siempre inmediato al uso; y para distinguir los actos injustos de los que están dentro de la ley, se crearon los tribunales y para enseñar la justicia y pedir la están los jurisconsultos. Las leyes sientan principios generales y á ellos deben someterse los infinitos casos que forman despues la jurisprudencia y en los que naturalmente ha de jugar un papel importante el criterio del partidador.

28. Y ya es tiempo de pasar al exámen de la segunda parte de la ley. Despues de mandar que todas las donaciones, sean de la especie que quiera, se traigan á colacion, reconoció el legislador que podria ocurrir muy bien que esa acumulacion destruyese derechos legítimamente adquiridos. Toda legislacion previsora busca los medios de aumentar la poblacion y regularizar las costumbres. El pueblo, que no protege el matrimonio, la escuela que destruye el hogar doméstico, el partido que maldice la familia, están juzgados. No puede haber riqueza, ni felicidad, ni virtudes en una nacion en que no se santifique la union perpétua del varon y la hembra. Principio sublime, que nos separaria de nuestro propósito, si tratáramos de extendernos sobre este principio salvador del órden social, y del cual trataremos en otro comentario. Para lo que á nuestro propósito conduce ahora diremos, que si el hombre, al llegar á cierta edad, quiere ser cabeza de familia y necesita establecerse y lo propio le acontece á la mujer, los padres son los que han de procurar que sus hijos cuenten con algunos recursos para empezar á vivir independientes. Abrid la historia de todos los pueblos, y en ella encontrareis el amor paterno desprendiéndose de una parte de su fortuna para dar un bienestar á los hijos de sus entrañas. Las dotes y donaciones *propter nuptias*, forman parte de las costumbres y de las leyes de todos los países. Pues bien; estas donaciones, y todas las demas que los padres hagan á sus hijos se tienen que traer á colacion. ¿Siempre é incondicionalmente? Esto sería hasta cruel, perjudicando ademas al hijo que habia sido favorecido y la persona que con él se uniera. Un padre dota á su hija al casarla, en proporcion á sus haberes y con las limitaciones que prescribe el derecho. Y lo propio decimos si es un varon, al que le da un capital para que se establezca. El dominio absoluto de estos bienes ó de estas cantidades pasa á los agraciados sin limitacion alguna y ninguno de la familia tiene derecho á pedir que estos bienes

vuelvan al acervo comun para dividirlos entre los hermanos, por más que el padre haya perdido parte de su fortuna y los hijos solteros se queden sin legítima.

29. Esto es lo que se previene y manda en la segunda parte de esa misma ley 29.^a Si las dotes se constituyeron legalmente, y no hay términos hábiles para declararlas inoficiosas, aquel caudal, si bien debe traerse á colacion para igualar las legítimas, no se desmembrará en perjuicio de quien la recibió, porque la ley 29.^a le da derecho para elegir, ó el tiempo de la constitucion de la dote, ó el del fallecimiento del padre, *do más quisiere escoger aquel á quien fué la dicha dote prometida ó mandada.*

30. Y aborrece tanto el legislador que se destruyan los hechos consumados, que para que se declaren inoficiosas las donaciones es indispensable que se cuente, no sólo lo que podia corresponder como legítima al tiempo de constituirse, sino lo que importase el tercio y quinto de mejoría. Así se lee en el corazon de la misma ley, y sus fundamentos no son más que los que dejamos expuestos. Sería muy duro adquirir los compromisos de padre de familia contando con el capital aportado por la mujer, y que este capital desaparece ó se desmembra porque baja ó se destruye la fortuna del que constituyó la dote. Por más que haya juristas sensatos que atacan, y con razon, varios de los privilegios dotales, la determinacion de esta ley respecto del punto que trata no merece ciertamente crítica alguna.

31. No se olvide, sin embargo, que ese derecho de elegir tiempo está limitado á las dotes y donaciones *propter nuptias* respecto del tipo que se ha de buscar para declararlas ó no inoficiosas. Este es el último período de la ley en que se lee lo siguiente: «Pero las otras donaciones que se ficieren á los fijos, mandamos que para se decir inoficiosas se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.» Estas palabras no necesitan comentarios ni explicaciones, y aquí concluiríamos el comentario de la ley 29.^a si no tuviéramos precision de ocuparnos de las modificaciones que ha recibido esta importante disposicion legal. La parte más difícil de nuestro trabajo no es discurrir sobre el contenido de las leyes de Toro, sino emitir opiniones acertadas sobre lo que hoy rige de aquel sabio código.

32. En efecto, no habian trascurrido treinta años cuando el mismo D. Carlos y Doña Juana en 1534. v. D. Felina II en las

Córtés de Madrid en 1573, expedian la famosa ley, que es hoy la 6.^a, tít. 3.^o, lib. X de la Nov. Recop., poniendo tasa á las dotes y declarando de un modo absoluto que «ninguno pueda dar ni prometer, por via de dote ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes, *ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos.*»

33. La ley siguiente, que es la pragmática promulgada por Felipe IV de 11 de Febrero de 1623, manda observar lo prescrito en la ley anterior respecto de las dotes y arras dando reglas por cierto minuciosas sobre joyas, vestidos y demas gastos que se hacen en las bodas. Lo propio se ordena en la ley 8.^a que promulgó Felipe V en 5 de Noviembre de 1723. Pero es lo cierto, que de todo lo que se manda en estas tres leyes, lo único que está en vigor, es que ninguna dote se reputa desde entónces como mejora de tercio y quinto y que las hijas la tienen que colacionar, considerándose como inoficiosas. García Goyena y Aguirre dicen en el número 210, título 5.^o del tomo I, hablando de la tasa de las dotes, que estas disposiciones no están en observancia; pero que puede sentarse por regla general que al tiempo de constituirse deberá atender al número de hijos que tiene el dote, á los haberes de que goza, etc.

34. Esta materia es tan delicada, que es preciso no dejar lugar á dudas sobre la manera de apreciar la constitucion de las dotes, la colacion y los derechos que producen. Establecida esa diferencia entre las dotes y las otras donaciones que los padres hacen á sus hijos, hasta el extremo de que las primeras ya no se reputan nunca como mejoras y es necesario traerlas á colacion; de aquí ha surgido la duda de si esas hijas podrán optar al beneficio de elegir el tiempo de la constitucion de la dote, para saber si es ó no inoficiosa. Esta prerogativa está consignada en la ley 29.^a de Toro y nosotros sostenemos contra la opinion de algunos autores que este privilegio no se ha modificado ni alterado en manera alguna. Nos parece que el Sr. Escrich es el mejor civilista de los que han escrito en el presente siglo, y en la página 845 del tomo I de su *Diccionario* dice lo siguiente: «Si la dote fuese *inoficiosa*, esto es, mayor que la legítima correspondiente á la hija, debe restituirse el exceso en la particion de la herencia paterna ó materna, para que se divida entre todos los herederos, sin que se pueda imputar á la hija en mejora de tercio y quinto, como se imputa al hijo el sobrante de la donacion *propter nuptias*, pues la hija no puede entenderse mejorada por vía de dote ni por otra especie de contrato

entre vivos. Pero para calificar de inoficiosa la dote, se ha de atender á lo que valian los bienes del dotante al tiempo de su muerte ó al tiempo en que se prometió ó constituyó la dote, segun eligiere la hija dotada; al paso que para calificar de inoficiosa la donacion *propter nuptias* sólo se tiene en consideracion el valor de los bienes del donante al tiempo de su muerte; y como puede suceder que el patrimonio del que da la dote ó hace la donacion sea más cuantioso en un tiempo que en otro, resulta por esta parte á favor de los hijos una ventaja en que se compensa la desventaja que tienen de que las dotes no les puedan servir para mejoras, como sirven las donaciones *propter nuptias* á los hijos varones: *leyes 5.^a y 6.^a, tit. 3.^o, libro X, Novísima Recopilacion.*»

35. Nos ha hecho meditar mucho la ley 29.^a por la diversa manera que ha sido entendida y modificada desde su promulgacion. No sabemos si habremos acertado á explicarla, pero si al lector le ocurrieran dudas, puede consultar á los antiguos comentadores en la conviccion de que no ha de encontrar en ellos la claridad con que hemos procurado explicar el texto.