

particion, á cuenta de haber, que como dueña de la mitad de gananciales le corresponda; y si lo rehusan, deberá el juez compelerles á ello por la regla: *tienes obligacion de hacer aun contra tu voluntad lo que á ti no te daña y á otro aprovecha*; mayormente cuando tanto urgen los alimentos, y el que los niega parece que mata.

12. Si estando ausentes los herederos del marido, su viuda no solo se apodera de sus bienes, sino que, como si fuere dueña, vende sin poder suyo algunos muebles y semovientes, y cobra las deudas que tenia á su favor, y luego los herederos aprobando virtualmente la venta y cobranza, le hacen cargo de todo lo percibido y vendido pretendiendo que lo reciba en parte de pago de su dote; puede la viuda resistirlo, solicitando que sea en cuenta de los alimentos que le competen, mientras aquella no se la entrega, y por consiguiente deberá compensar el precio recibido de todo lo que vendió y cobró con el importe de aquellos, y admitir el sobrante en parte de pago de su dote, puesto que los herederos aprueban tácitamente la venta y cobranza; pero se le deberá cargar por los bienes vendidos el precio que valgan á la sazón, y no el que tenían cuando los vendió, aunque fuese muy poco, pues á no haberlos vendido lo darian por ellos, y por haberse excedido en venderlos sin poder ni licencia de los herederos, debe sufrir el perjuicio y menoscabo.

TITULO III.

DE LA PARTICION DE BIENES DEL QUE MURIÓ TESTADO Ó INTESTADO ENTRE SUS DESCENDIENTES LEGÍTIMOS, HAYA Ó NO MEJORA; ENTRE LOS LEGÍTIMADOS Á FALTA DE AQUELLOS; Y EN SU CASO ENTRE LOS ASCENDIENTES. DIVISION DE LA HERENCIA CUANDO EL TESTADOR HUBIERE INSTITUIDO HEREDEROS EXTRAÑOS. CAUSAS POR QUE PUEDEN IMPUGNARSE Y RESCINDIRSE LAS PARTICIONES. ¿CUANDO HABRÁ LUGAR Ó NO Á LA EVICCIÓN DE LOS BIENES QUITADOS EN JUICIO Á UNO DE LOS HEREDEROS Ó AL LEGATARIO?

CAPITULO PRIMERO.

¿CÓMO SE HAN DE DIVIDIR LOS BIENES DEL QUE MURIÓ TESTADO ENTRE SUS DESCENDIENTES LEGÍTIMOS CUANDO NO MEJORÓ Á NINGUNO? FACULTAD QUE TIENE PARA DISPONER DEL QUINTO, Y ACLARACION DE VARIAS DUDAS ACERCA DE ESTE.

No habiendo testamento, ó aunque lo haya, si el difunto no prescribió el modo de hacer la division de sus bienes, deberán partirse entre los herederos con igualdad, sean estos legítimos ó extraños. — Cuando el testador divide entre estos ó aquellos su hacienda debe el juez seguir su voluntad, no perjudicando á los hijos en su legítima. — Si el testador no hace entre sus hijos la division ni señalamiento de bienes por sí ni por medio de otro, lo ha de hacer todo el juez. — El juez debe hacer la adjudicacion en una ó mas cosas íntegras á cada heredero, y no dejarlas proindiviso entre todos. — Así como el testador puede dividir su hacienda entre sus herederos, puede tambien prohibir á estos que la dividan; bien que esto no tendrá lugar en los casos que allí se expresan. — El padre puede revocar la particion que hubiere hecho entre sus hijos si no expresó que queria que fuese irrevocable. — ¿Cuándo tendrá ó no lugar el derecho de acrecer en la legítima de los

hijos?—Los ascendientes teniendo descendientes legítimos, no pueden disponer mas que de un quinto de sus bienes libres en vida y muerte. — Las donaciones pequeñas que hubiere hecho el padre en vida, como á pobres, criados, etc., no deben computarse en parte de dicho quinto. — Donando el testador un quinto á un descendiente, y legando otro quinto á otro descendiente, valdrán entrambos si no dispone del tercio. — Lo mismo procede cuando deja un quinto por su alma ó á favor del extraño, y otro á un descendiente legítimo. — ¿Si teniendo el padre, madre ó ascendiente cinco ó mas hijos ó descendientes legítimos, podrán disponer del quinto entero á favor de un hijo natural ó espurio, ó de un extraño, ó por su alma? — Si el testador lega á un hijo suyo el quinto de sus bienes, y en otra cláusula dice despues que lega á otro hijo, nombrándole, el mismo quinto que legó al primero, no habrá dos quintos, sino uno para entrambos legatarios.

4. El testador puede instituir herederos de tres modos: el uno sin expresar qué parte de herencia han de haber, el otro señalándola á todos, y el tercero señalándola á unos y á otros no, segun se dijo en el libro 2, título 2, capítulo 8, párrafos 5 y siguientes, donde se trató este punto con extension. Pero si no hubiese testamento, ó aunque lo haya, si en él no prescribe el difunto la regla y forma de hacer la division de sus bienes, los deben partir entre sí los herederos instituidos en iguales partes, ya sean legítimos ó extraños, como si de esta suerte lo hubieran sido; ó los que por derecho deben heredarle abintestato¹.

2. Puede dividir su hacienda el testador entre sus herederos legítimos ó extraños², y el juez debe seguir su voluntad, no perjudicando á los legítimos en su legítima³, si ante él acudiesen á quejarse ó á que apruebe la division. Tambien puede señalar á sus hijos en una ó mas cosas la legítima paterna que les toca, y se ha de estar á ello, por no ser presumible que nadie mire mejor que un padre por el bien de sus hijos⁴.

3. Si el testador no hace entre sus hijos la division ni señalamiento de bienes por sí ni por medio de otro, lo ha de hacer todo

¹ Ley *Inter filios*, Cod. *Familiae erciscundæ*; ley *Lege*, Cod. y ley 1, ff. de *legitim. hæredib.* y ley *Ut liberis*, Cod. de *collationib.* — ² Ley 9, tit. 15, Part. 6. —

³ Acerca de la legítima de los hijos véase el lib. 2, tit. 2, cap. 5, § 14 y siguientes. — ⁴ En orden á si podrá el padre señalar á sus hijos la legítima en el dinero que tiene ó en el que no deja en la herencia, y si el hijo podrá quejarse de esta disposicion de su padre, hay variedad de opiniones, y puede verse sobre este punto á Valasc. de *partit.* cap. 18, num. 15 al 28.

el juez¹; pues aunque de los del padre en comun y no de ciertos y determinados precisamente se debe pagar al hijo su legítima, y por esta tiene parte indistintamente en todas y en cada cosa hereditaria; sin embargo no puede pedir parte en cualquiera por su legítima, ni elegir una ni muchas, porque ninguna ley le concede esta facultad, antes bien se debe dejar á arbitrio del juez la aplicacion y pago².

4. Pero el juez debe hacer la aplicacion en una ó mas cosas integras á cada heredero, y á la viuda ó viudo, si puede ser, y no dejarlas proindiviso entre todos ó algunos, á fin de evitar que de su comunion se origine discordia entre ellos, adjudicando proporcionalmente á cada uno segun su haber de bueno, mediano y malo en toda clase y especie de bienes, y deudas cobrables, incobrables y dudosas, ya los herederos sean extraños ó hijos de un matrimonio, dos ó mas, para que ninguno experimente perjuicio. Lo mismo debe practicar el contador como que hace oficio de juez, observando ambos las reglas que senté en el capítulo 2º del título anterior, párrafos 41 y siguientes.

5. Así como el testador puede dividir su hacienda entre sus herederos, puede tambien impedir ó prohibir á estos que la dividan, en cuyo caso si alguno de ellos pide se haga particion, y otro se opone manifestando al juez el mandato del testador, debe admitir la excepcion, y deferir á la proindivision; pero esto se limita en primer lugar, cuando el coheredero es de genio altivo, ó interviene alguna causa grave, por la cual no puede vivir en comunion con él, pues probada se deferirá á la particion; y lo segundo en cuanto á la legítima de los hijos, pues el padre no puede imponerles este ni otro gravámen en ella, aunque si en los demas bienes de que se le permite disponer³.

6. Puede el padre revocar la particion que hizo entre sus hijos, si no expresa que quiere sea irrevocable, como se dijo en el libro 2, título 2, capítulo 3, párrafos 17, 18 y 19, donde podrá verse este punto; y en orden á si el hijo habiendo recibido en vida su legítima con cláusula y juramento de no pretender mas de los bienes paternos podrá reclamar suplemento de ella en caso de haberse estos aumentado, léanse los párrafos 20 y 21 de dicho capítulo.

7. Para que el contador no ignore cuándo tendrá ó no lugar el derecho de acrecer en la legítima de los hijos, distinguiré cuatro

¹ Valasc. de *partit.* dicho cap. 18. — ² Valasc. en el mismo cap. num. 5, 4 y 23. —

³ Ley *Quoniam in priorib.* Cod. de *inoffic. testam.*; Guerreir. de *divis.* lib. 1, cap. 1, num. 56; Ayor. part. 1, cap. 5, num. 14.

casos. 1º Si solamente los hijos son los instituidos, no hay duda que tiene lugar este derecho; y así la parte que el uno repudie se acrecerá igualmente á los demas: 2º si fueren instituidos juntamente con algunos extraños, y todos los hijos repudiaran sus partes, ó faltaren por algun motivo, tambien es indudable que estas se acrecen á los extraños: 3º cuando siendo instituidos juntamente con extraños repudia alguno de los hijos su legitima, ó no la percibe por otra causa, se acrecerá solamente á los hijos: 4º cuando el hijo es desheredado justamente, se acrece á los demas hermanos su parte de herencia; pero no cuando se le desheredó injustamente.

8. En el libro 2, título 2, capítulo 3, párrafo 13, se dijo que los ascendientes teniendo descendientes legítimos no pueden disponer en perjuicio de estos por su alma, ó á favor de un extraño, de mas que de un quinto de sus bienes libres en vida y muerte, porque lo demas de la hacienda es legitima de los hijos. Ahora explicaré algunas dificultades que suelen ocurrir acerca de dicho quinto, y en el capítulo siguiente diré las deducciones que han de hacerse de este.

9. Primeramente debe saberse que habiendo hecho el padre en vida algunas donaciones pequeñas atendidas sus facultades, v. gr. á pobres, parientes, criados; etc. no se debe, según resuelven los autores, computar su importe en parte del quinto, especialmente si hay costumbre de que no se haga mérito de ellas, como regularmente acontece; porque lo poco se reputa por nada, y porque de lo contrario se átarían demasiado las manos al padre, dueño de sus bienes, y aun se le retraeria de adquirir con mayor perjuicio de sus hijos, pues esto no se debe reputar prodigalidad ni liberalidad, sino necesidad; y no se debe presumir del padre que lo hace con ánimo de perjudicarles, que es lo que principalmente se atiende en la computacion de las donaciones, sino por piedad, y en cumplimiento de la obligacion que tiene de dar limosna pudiendo; además de que no hay ley que se lo prohíba: pero si dichas donaciones importan una cantidad considerable, se computará en el quinto, porque lo mismo se debe juzgar de muchas donaciones pequeñas hechas en varias veces que equivalen á una grande, que de una sola que lo sea, porque en este caso se grava sobremanera la legitima de los hijos¹; lo cual deberá graduar el juez prudente, atendidos los haberes del donante y demas circunstancias.

¹ Gutierr. lib. 2, Pract. quæst. 62.

10. Donando el testador un quinto á un descendiente legitimo, y legando otro á otro descendiente, valdrán ambos quintos, si no dispone del tercio; porque si tiene facultad para mejorar á alguno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres, mejor podrá mejorarlos en este que importa menos que aquel; y así se conceptúa que uno de los dos quintos es parte del tercio, y que sin embargo de poder dejársele, no quiere sino solamente el quinto que es menos, de suerte que la prohibicion de la ley 28 acerca de los dos quintos, se entiende absolutamente por lo respectivo á extraños y á su alma, y por lo concerniente á los descendientes legítimos, cuando mejora á alguno en el tercio y quinto, en cuyo caso no puede haber mas de un quinto; mas no cuando no dispone del tercio, porque entonces el quinto es parte de este².

11. Lo mismo procede y se debe observar cuando deja un quinto por su alma, ó á favor de extraño, y otro á un descendiente legitimo; porque el de este es tambien parte del tercio, y el de aquel verdadero quinto de su hacienda: como tambien cuando deja el tercio á extraño ó á un ascendiente teniendo descendientes legítimos, pues se deducirá el quinto, y como tal valdrá hasta en su importe, y no mas, mediante á que testando entre descendientes legítimos, no puede valer en el todo, y á que en lo divisible no se vicia lo útil por lo inútil³.

12. Se duda si teniendo el padre, madre ó ascendiente cinco ó mas hijos, ó descendientes legítimos, podrán disponer del quinto entero á favor de un hijo natural ó espurio, ó de un extraño, ó por su alma. Algunos autores dicen que no, fundándose en que el ilegítimo y el extraño serian de mejor condicion que los legítimos, porque llevan mayor porcion, y por consiguiente se gravaría á estos en su legitima³; pero no obstante yo tengo por cierta la opinion afirmativa, según indiqué, aunque de paso, en el capítulo 18, título 2, libro 2, párrafo 81. Las razones en que me fundo son: 1ª porque ni la ley 28 de Toro ni otra alguna distinguen de si los hijos han de ser dos, cuatro, cinco ó mas, aunque los legisladores no ignoraban que los padres podian tenerlos; y así por no haberlo expresado, no se entiende excluido ni exceptuado este caso; pues cuando la ley habla generalmente, y no distingue, debe entenderse generalmente, y no debemos distinguir; y 2ª porque seria demasiado violento limitar y minorar el quinto en el caso de que tuviese cinco ó mas hijos el testador,

² Ayor. part. 2, quæst. 8. — ³ Ley 7, tit. 12, lib. 3 del Fuero. — ³ Escobar comput. 5.

que es dueño de todos sus bienes, y puede enagenarlos en vida sin que sus hijos se lo puedan impedir, mayormente cuando de hacer lo dicho se le podia entibiar el ánimo de adquirir. No obsta alegar que los legítimos serian de peor condicion que el ilegítimo ó extraño; porque aquellos llevan las cuatro parte enteras de los bienes de sus padres que la ley les señala por legítima, y el que sean cinco ó mas, y pueda por esta causa el ilegítimo ó extraño percibir mayor porcion que cada hijo, es una casualidad que no debe alterar la disposicion general ni quitar las facultades que la ley da á los padres¹. Tampoco obsta alegar que son gravados en sus legítimas, pues no es así, porque perciben todo lo que el derecho les concede, y el padre en usar del suyo á nadie grava ni injuria.

13. Si el testador lega á un hijo suyo el quinto de sus bienes, y en otra cláusula dice despues que lega á otro hijo, que nombra, el mismo quinto que legó al primero, ni se revocará este, ni habrá dos quintos, sino uno para entrambos legatarios; y así concurrirán á su percibo con igualdad, sino es que el testador mande otra cosa, ó se colija de su voluntad.

¹ Tambien es una casualidad que en dicho caso deje el padre el quinto de su caudal solamente á un hijo ilegítimo, ó á un extraño, porque puede distribuirle entre muchas personas, y entonces ninguna de estas será mas favorecida que cada uno de los hijos legítimos. *Febrero reformado.*

CAPITULO II.

GASTOS FUNERALES Y OTROS QUE DEBEN DEDUCIRSE DEL QUINTO.

Cuales se llaman gastos funerales: estos deben deducirse del quinto cuando el testador tiene descendientes legítimos. — Constando que un ascendiente, teniendo descendientes legítimos hizo celebrar en vida algunas misas, ¿si deberá deducirse la limosna de ellas del quinto, ó del cuerpo del caudal? — Si el testador carece de descendientes legítimos, y testa entre extraños ó parientes, se deben deducir los referidos gastos del cuerpo de su propio caudal, no mandando expresamente lo contrario. — Haya dejado ó no el testador descendientes legítimos, é instituido á unos ú otros, nunca deben deducirse los gastos funerarios del cuerpo del caudal inventariado, ni del de los gananciales, si dejó muger, ó esta marido. — Si la herencia fuere de tan poco valor que no alcance su quinto para los precisos é indispensables gastos funerarios, los pagarán los herederos legítimos de sus legítimas, y no el consorte sobreviviente. — Legando el testador en testamento ú otra disposicion última dos quintos á dos hijos ó descendientes suyos, se deducirán de entrambos los expresados gastos, y los legados por mitad en cuanto quepan, y no excedan de la quinta parte líquida del caudal del testador. — Si teniendo el testador descendientes legítimos lega el usufructo del quinto á su muger ó á un extraño, y á sus descendientes la propiedad de los bienes que le importan, pagarán estos los gastos de su funeral, misas y legados específicos que hizo, y no el usufructuario del quinto. — ¿De dónde deberán deducirse dichos gastos cuando el testador instituye herederos á sus hermanos por no tenerlos forzosos, deja el quinto de sus bienes á un hijo natural ó espurio, hace algunos legados, y manda que los paguen sus herederos, ó no dispone cosa alguna acerca de ellos ni de su funeral? — Haciendo el padre donacion de un quinto en contrato irrevocable á un hijo, y de otro en disposicion última á otro hijo, ¿de cuál de ellos habrán de deducirse los legados, misas y gastos funerarios? — Si el testador hubiere dispuesto del quinto en donacion ú otro contrato irrevocable á favor de hijo suyo ó extraño, ó hecho alguna donacion que segun la ley 26 de Toro deba imputarse en el quinto, ¿de dónde se han de sacar los gastos necesarios de su funeral, misas y legados? — ¿Si el donatario á