

los parajes públicos de su pueblo, y expedir requisitorias á aquel en que se tenga noticia que hay parientes suyos, para que se fijen allí tambien, llamándolos á ellos y á sus acreedores con término perentorio<sup>1</sup>; y si alguno pretende tener derecho á la herencia, ha de dar pedimento presentando las partidas de bautismo y casamiento, testamentos y demas papeles que acrediten el grado de parentesco que tenia con él<sup>2</sup>, y solicitando que á mayor abundamiento se le reciba informacion de ello, y se le dé la posesion de todos los bienes. A esta pretension debe proveer el juez, que con citacion del defensor se le reciba la informacion, y que evacuada se le comuniquen traslado de todo. El defensor responderá conformándose con la pretension si no duda de las justificaciones, ó expondrá lo que segun lo que resulta de autos se le ofrezca; y no habiendo oposicion, ó aunque la haya, vencidas las dificultades que objete este, se declarará al pretendiente heredero abintestato del difunto, y se mandará darle la posesion de sus bienes, con obligacion de hacer por su alma los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, y de dar cuenta al juez de haberlo practicado (pues si no se le precisa á ello en el auto, es regular que nada haga, y solo piense en disfrutar la herencia); y que para la entrega de los bienes se requiera al depositario, al cual, con testimonio de haberla hecho, se dará por libre del depósito constituido. Si dejare el difunto hijos ú otros descendientes legítimos, pretenderán se les declare por herederos, haciendo la informacion de testigos y presentacion de documentos, y se les declarará bajo la misma obligacion; en cuyo caso no es menester nombrar defensor, porque la herencia no está yacente ó vacante sin tener quien la represente como en el anterior. Esto es en sustancia lo que se practica para declarar á alguno por heredero abintestato de otro pariente suyo; y por ser fácil ordenarlo, omito extender las correspondientes diligencias.

1 Véanse los arts. 7, 8 y 9 y 10 de la ley 6 tit. 22 lib. 10 N., y las 43 tit. 32 lib. 2 y 25 tit. 14 lib. 9 R. I.

2 Véanse las leyes 44 y 45 tit. 32 lib. 2 y 5 y 7 tit. 14 lib. 9 R. I., y el art. 11 tit. 11 trat. 8 Ord. del ejercito.

## TITULO II.

### DE LA DIVISION DE LA HERENCIA ENTRE LA VIUDA Y LOS HEREDEROS DEL DIFUNTO.

#### CAPITULO PRIMERO.

*¿Qué se entiende por particion? ¿De qué cosas y de cuántos modos puede hacerse? Personas que pueden pedirla, ante qué juez, y modo con que este debe proceder en el juicio de particion.*

- |   |  |
|---|--|
| <p>1 ¿Qué es particion, y con qué objeto se introdujo?</p> <p>2 ¿De qué cosas puede hacerse la division ó particion?</p> <p>3 ¿De cuántos modos puede hacerse?</p> <p>4 y 5 ¿Quiénes pueden pedir la particion?</p> <p>6 Puede pedirse á instancia de los herederos presentes, aunque alguno esté ausente.</p> <p>7 Si los herederos presentes no hacen mencion del ausente, y se ejecuta la particion sin este ni defensor en su nombre, no vale en cuanto á él ni le perjudica.</p> <p>8 y 9 ¿Qué se ha de hacer si uno de los herederos presentes no posee al tiempo que el ausente viene, la parte que á este cupo, por haberla vendido, ó ser de aquellas que no pueden conservarse mucho tiempo?</p> <p>10 La accion, para pedir la division de la herencia es mixta de real y personal.</p> <p>11 Diferencia entre esta accion y la de peticion de herencia.</p> <p>12 La accion de pedir la division con-</p> | <p>tra el coheredero que posee la herencia, no prescribe hasta los treinta años.</p> <p>13 ¿Ante qué juez se ha de pedir la particion?</p> <p>14, 15, 16 y 17. ¿De qué modo ha de proceder el juez en el juicio de particion?</p> <p>18 ¿En poder de quién han de permanecer los papeles concernientes á la herencia?</p> <p>19 Si alguno de los herederos ántes de hacerse las particiones vendiere á un extraño la parte que le pueda caber en la herencia, se ha de adjudicar al comprador, quien intervendrá en el juicio divisorio, como si fuera uno de los instituidos.</p> <p>20 Lo mismo procede cuando por el delito que cometió alguno de los herederos recae la herencia en el fisco.</p> <p>21 Los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del término legal toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes raices.</p> |
|---|--|

1. **C**onclusos legítimamente el inventario y la tasacion de todos los bienes, caudal y efectos del que murió con testamento ó abintestato, si su viuda ó alguno de sus herederos no lo reclaman por ocultacion de algunos, lesion en su aprecio ú otro motivo, en uso del

traslado que de él se les debe dar si no lo presenciaron (pues habiendo estado presentes es ocioso comunicárselo, respecto á que pueden pedirlo, y de no hacerlo es visto que lo aprueban); se sigue la *partition*, la cual se introdujo á fin de que sabiendo cada uno cuáles son suyos, los custodie con mas diligencia, se apodere y disponga de ellos á su arbitrio como dueño propietario, y se eviten las discordias que de la falta de proindivision se originan; pues ninguno puede ser compelido á tener contra su voluntad comunicacion de bienes con otro<sup>1</sup>; ni vale el pacto de subsistir siempre en ella<sup>2</sup>; como tampoco debe ser obedecido en esta parte el precepto del testador, porque la comunidad perpetua está prohibida por derecho<sup>3</sup>, y nadie puede hacer que las leyes no tengan lugar contra su testamento. Es pues la *partition repartimiento* que los hombres hacen entre sí de las cosas que les corresponden en comun por herencia de algun difunto, ó por otra razon<sup>4</sup>.

2. Puede hacerse regularmente *partition* ó *division* de todas las cosas propias del difunto en que tengan parte sus herederos, y de que está permitido celebrar contratos; pero si entre ellas hubiere escritos ó libros reprobados, yerbas ó otros simples ponzoñosos, se deben quemar y no partir; y si tiene algunas robadas ó mal adquiridas, tampoco se han de dividir, sino restituirlas los herederos á sus dueños<sup>5</sup>. Asimismo si alguno de los herederos dice que son suyas ciertas cosas que señala, no se deben incluir en el juicio divisorio<sup>6</sup>.

3. La *partition* puede hacerse de dos modos: primero, *judicialmente*, por partidores que elijan los interesados ó quienes por su ausencia, menor edad ó incapacidad los representen, ó el juez de oficio en rebeldía de algunos: segundo, *extrajudicialmente* ó sin intervencion de juez, la cual no es necesaria en los siguientes casos. 1.º cuando el testador la deja hecha como pueda hacerla: 2.º cuando aunque alguno de sus hijos ó todos sean menores, nombra en su última disposicion tutor que no sea interesado en la herencia, ó diputa otras personas de su confianza que la hagan, confiriéndoles amplia y especial facultad para ello;<sup>7</sup> y para inventariar los bienes, nombrar tasadores, y evacuar su testamentaria, sin acudir á la justicia para otra cosa mas que para la aprobacion de la *partition*, ó para nada;<sup>8</sup> en cuyo caso podrán tambien practicarle todo sin

1 L. 1 tit. 10 part. 5. L. fin. Cod. *Communi dividund.*

2 Barbo. in leg. *In communi dividund.* Menoch. consil. 87 n. 77. Gutier. *De juram. confirm.* part. 1 cap. 58. Guerreir. *De divis.* lib. 1 cap. 1 n. 21.

3 L. *Hoc judicium.* § *Si conveniat*, ff. *Communi dividund.* y ley *Nulla*, 70 ff. *Pro socio.* Guerreir. *ibi* n. 22.

4 L. 1 tit. 15 part. 6.

5 L. 2 tit. 15 part. 6.

6 L. *Si quis contendit*, ff. *Familiae ercircund.*

7 L. 9 tit. 15 part. 6.

8 L. 10 tit. 21 lib. 10 N. R.

9 A pesar de lo que dice el autor, la aprobacion del juez es siempre necesaria cuando hay menores, como acreditan las siguientes palabras de la citada ley 10. „Cumpliendo despues

concurriencia del juez, y no deberán pagarle mas derechos que los del auto de aprobacion, si el testador manda que la apruebe, y no en otra forma, con arreglo al real arancel, y no como si hubiera concurrido á todo, segun algunos lo pretenden; y al escribano no mas que los del dicho auto, los del protocolizar el inventario y *partition*, y los de los testimonios de las adjudicaciones, cuya práctica, segun Colom,<sup>1</sup> se observa en el reino de Valencia, con aprobacion de su Real Audiencia, que ha despreciado los recursos introducidos en contrario, como dictados por la codicia. Lo mismo se practica en el distrito de la real chancilleria de Granada, á consecuencia de real orden que se le comunicó, en cuya virtud se libran á este efecto las provisiones que se piden, y aun se quita el conocimiento á las justicias, soliendo multarlas si no obedecen, como tambien á los escribanos si no quieren poner las facultades en los testamentos. Ademas, si el testador tiene facultad para dividir su hacienda entre sus herederos legítimos y extraños, y para señalar á sus hijos su legitima<sup>2</sup>, sin que sea necesaria la intervencion y aprobacion judicial; si varias leyes recopiladas<sup>3</sup> le permiten dar poder á las personas que quiera para ordenar su testamento, nombrar tutores y evacuar todo lo que deje de practicar por sí propio, ¿por qué no ha de poder conferirsele tambien para que sin dicha intervencion ni aprobacion hagan el inventario, tasacion y *partition* extrajudicial de sus bienes; y por qué ha de entremeterse el juez de su propia autoridad á conocer en este caso de su testamentaria, y privar á los diputados por el testador del uso de su comision? No obsta decir que por la falta del juez puede ocasionarse perjuicio á los menores: en primer lugar, porque les queda salvo su derecho hasta los veinte y nueve años de su edad para reclamar y hacer que se reforme la *partition*; y en segundo lugar, porque el juez no suele hacerla, sino los partidores que las partes, ó quien las representa, eligen, y en conformándose estas, las aprueba, esten bien ó mal hechas; y su autoridad, por mas veces que la interponga, siempre es y se entiende *quanto há lugar en derecho*, de suerte que si segun este

dichos testamentarios con presentar las diligencias ante la justicia del pueblo para su aprobacion, y que se protocolicen en los oficios del juzgado del juez ante quien se presenten.” Y en la nota de la misma ley se previene lo siguiente. „Por real resolucion á consulta de 26 de abril de 1791, y consiguiente cédula del consejo de Indias, fecha 20 de enero de 92, publicada en Méjico á 25 de mayo del mismo año, se declaró que cuando el padre nombre en su testamento contador y partidore extrajudicial, y las partes esian conformes en que tenga efecto, no debe impedirse por la justicia,

aun cuando haya menores ó ausentes, quedándola salvo el acto de aprobacion de la cuenta y adjudicaciones que se practiquen por el comisionado, y el poder reparar entónces cualquier agravio que se notase, por ser esto lo mas conforme á las leyes y á las amplias facultades que por ellas se conceden á los testadores”..... Véase la ley 1.ª cit. tit. publicada en Méjico por bando de 17 de diciembre de 1795.

1 *Instruction jurídica*, tom. 2 lib. 3 cap. 3 n. 7.

2 Véase el lib. 2 tit. 2 cap. 3 §§ 16 y sig.

3 Véase el tit. 19 lib. 10 N. R. y la cit. ley 10 tit. 21 del mismo libro.

se halla mal formada, de nada sirve su interposicion, porque no deshace los agravios, ni puede impedir á los agraviados el uso del suyo hasta la referida edad; y así vemos todos los dias pleitos de agravios hechos en particiones judiciales. En comprobacion de lo dicho no debo pasar en silencio que habiendo acudido al consejo Don José Angel Vilaroel y la Cuadra y otros vecinos de Talavera de la Reina, refiriendo los perjuicios que sufrían los interesados en las herencias, por excusarse los escribanos á autorizar los testamentos con nombramiento de tutores, curadores, partidores y personas que practicasen extrajudicialmente los inventarios y particiones de bienes de difunto entre los herederos menores; y solicitando que se les mandara que los autorizasen, y que los nombrados por los testadores lo evacuasen todo extrajudicialmente; con anuencia del señor fiscal, á quien se comunicó tan justa pretension, se libró real provision en 15 de julio de 1779 por la escribanía de Don Francisco Lopez Navamuel, defiriendo á ella, y mandando al alcalde mayor de Talavera compeliase á ello á los escribanos: que esto se ejecutase tambien con otros cualesquiera vecinos de la propia villa y su territorio, que dispusiesen en lo sucesivo inventariar y partir extrajudicialmente sus bienes, con tal que despues de acabados el inventario y particion, se protocolizasen ante uno de los escribanos del número que eligiesen las partes para que no se extraviasen; y que á este fin se pusiese copia de la provision en todas las escribanías numerarias de la citada villa. Pero es de advertir al escribano, en primer lugar, que todo ha de extenderse en el papel sellado correspondiente, como si fuera particion judicial, y que no estando extendido en él, no debe admitirlo ni protocolizarlo: en segundo lugar, que en el exordio ó principio de la particion han de entrar hablando como otorgantes los comisionados, especificando la comision que tienen con individualidad; lo cual ha de ejecutarse tambien en el inventario extrajudicial: en tercer lugar, que estos comisionados no tienen que obligarse ni renunciar leyes, porque nada practican por su hecho propio; y si únicamente declarar haberla formalizado fiel y legalmente segun su inteligencia, sin agravio de los interesados en la herencia, á los que han de obligar á eviccion de lo que salga fallido ó se quite en juicio á algun partícipe: y en cuarto lugar, que no debe llevar mas derechos que los de protocolizacion y testimonios que dé, segun arancel, y el tiempo que se ocupe en ello, puesto que no trabaja en otra cosa alguna. El caso tercero, en que no se necesita la presencia del juez, es cuando todos los herederos que son mayores de veinte y cinco años, hacen por sí propios el inventario y particion, la cual, aunque no intervenga escritura, vale, y no se deb edeshacer poreste defecto, mayormente si es-

tan posesionados de lo que les tocó<sup>1</sup>; é interviniendo escritura (como es preciso cuando hay bienes raices ó derechos perpetuos, para que conste, y acreditar su pertenencia en lo sucesivo), pueden si quieren, presentarla despues al juez para que confirme ó apruebe la particion, y la mande protocolizar, y á cada uno se dé el respectivo testimonio de su haber; bien que en este caso no es necesaria su aprobacion, porque ni la da mas vigor, ni lo necesita si está bien hecha, ni la quita la nulidad ó agravios que contenga, ni tiene potestad para hacer válido lo que por derecho es nulo, á causa de no ser legislador sino mero ejecutor de la ley. Así que, basta que el escribano la protocolice, como puede hacerlo á su instancia, previniéndose en ella, y dar los testimonios que le pidan, como de acto extrajudicial que es reducido á escritura pública y pasa ante él; pero si es de muebles semovientes ó dinero, no es menester su protocolizacion, y basta el recíproco resguardo. Tambien hay otro modo de hacerse extrajudicialmente la particion, del cual trata la ley 80 tit. 18 Part. 3, y es por escritura que todos otorgan, y formaliza el escribano, dándose por pagados de la cuota y bienes que se les aplican, y segun la institucion les corresponden, los cuales se deben individualizar en todas clases de particiones, para que siempre conste lo que cada uno lleva, y le sirva de título legítimo de pertenencia la adjudicacion que se le forme. Pero de cualquier suerte que se practique, si hay testamento, se ha de hacer segun el orden y forma legalmente prescrita por el testador<sup>2</sup>.

4. Pueden pedir la particion todos y cada uno de los herederos ó partícipes en la herencia del difunto, ó bienes de la sociedad<sup>3</sup>: esto es, siendo mayores de veinte y cinco años y capaces; pues por los menores, locos, fatuos, pródigos de clarados por tales y de mas á quienes está prohibida la administracion de sus bienes, la han de pedir sus curadores y defensores, de los que se les debe proveer si no los tienen, y con los cuales, si la pide otro coheredero mayor, se puede hacer, aunque ellos no la pretendan.

5. Tambien puede pedirla el que pretende ser heredero ó tener parte en la herencia ó cosa comun, aunque nada de ella le toque, si la posee, y se hará sin perjuicio de su propiedad; pero no poseyéndola, si se le niega la cualidad de partícipe ó coheredero, no se hará con él la division, no obstante que la solicite y tenga parte en la herencia; porque el juicio divisorio tiene lugar solamente entre los que justifican ser herederos ó partícipes en los bienes

1 L. 8 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real. LL. 1 y 2 tit. 1 lib. 10 del Fuero Juzgo.

2 Al fin de este tratado se hallarán los modelos de particion segun sus diversas clases.

3 L. 2 tit. 15 part. 6, y los tit. ff. *Communi dividund.* y *Familiae eriscundae*, y Cod. *Communia utriusque judic. y familiae eriscundae*.

que se han de dividir, y no de otro modo. Así que, ante todas cosas debe pretender en via ordinaria se le declare heredero; y conseguida la declaracion en contradictorio juicio con los demas, será admitido en el divisorio por uno de los partícipes en la herencia.

6. La particion se puede pedir á instancia de los herederos presentes, aunque alguno es é ausente; pero el juez debe comunicarle traslado de la pretension de aquellos, con término competente para que acerca de ella exponga lo que le convenga, porque se trata de su interes y perjuicio, ó mandar á todos que nombren contadores; y resultando no estar notificado el ausente, no ha de proceder en la causa hasta que se le cite, porque toca á su oficio sustanciar el proceso en forma legal<sup>1</sup>; y así le ha de proveer de defensor, con el cual se sustanciarán la particion y sus incidentes; pero ha de constar por previa informacion, no solo su ausencia, sino que no se espera su pronto regreso, ni es fácil que venga ni envíe poder á quien haga sus veces por la distancia<sup>2</sup>; pues sabiéndose su fijo paradero, y pudiendo citarle por requisitoria, se debe expedir á este efecto.

7. Si los herederos presentes no hacen mencion del ausente porque le contemplan muerto, ó por otra causa, y se hace la particion sin este, ni defensor en su nombre, no vale en cuanto á él, ni por consiguiente le perjudica<sup>3</sup>; pero valdrá por lo respectivo á los presentes que la consintieron, los cuales cumplirán con dar al ausente, cuando parezca, la parte que le corresponde, y que todos tienen pro indiviso.

8. Si uno de los herederos presentes no posee al tiempo que el ausente viene la parte que á este cupo, por haberla vendido, ó sido de aquellas que no se pueden conservar mucho tiempo, ó ganados que se murieron, ú otros bienes muebles que vendió en bajos precios, y cuando el ausente aparece valen mucho mas de lo que dieron por ellas, ó de lo que valian al tiempo de la particion, se pregunta, ¿sí estará obligado á satisfacer al ausente la estimacion de lo que le toca, ó bien si no poseyendo dicha parte por haberse muerto ó consumido, se libertará de su solucion: si habiéndola vendido en bajo precio cumplirá con pagar á prorata de lo que percibió, ó lo que mas vale: si en caso de existir y tenerla un tercero poseedor, podrá pedirla á este valiendo mucho mas; y últimamente, si siendo poseedores de buena ó mala fe los coherederos, deberán restituir al ausente los frutos respectivos á su parte ó estimacion?

9. A estas dudas respondo: que si el ausente quiere recibir el precio en que su parte se vendió, puede pedirlo y exigirlo del co-

<sup>1</sup> Authent. *Offeratur*. Cod. *De litis contestat.*  
et ibi DD. et in § 1. Institut. *De offic. judic.*  
<sup>2</sup> L. 12 tit. 2 part. 3.

<sup>3</sup> L. *Cohaeredibus*, Cod. y ley 2 ff. *Familiae  
erciscundae.*

heredero, porque en este juicio, como universal para los interesados, sucede el precio en lugar de la cosa; pero si no se acomoda á recibir dicho precio por ser poco, ó porque la cosa vendida era raiz, y quiere su parte con frutos, se ha de distinguir: si el coheredero tuvo buena fe, porque al tiempo de la particion corria la fama de haber muerto el otro, no estará obligado á satisfacerle mas que el precio, ya sea el justo ó menor de lo que valia la cosa; y si este se perdió ó lo empleó en otra cosa, la cual pereció sin culpa suya, tampoco estará obligado á satisfacerle mas que el precio, ya sea el justo ó menor de lo que valia la cosa; y si este se perdió ó lo empleó en otra cosa, la cual pereció sin culpa suya, tampoco estará obligado á restituírle mas que el que embolsó; y si nada se utilizó, nada deberá restituírle: tampoco podrá exigir dicha cosa ni sus frutos del comprador, ni de su heredero, si el vendedor se obligó á eviccion; pero no habiéndose obligado, se la podrá sacar. Si al contrario, el coheredero ó coherederos hubieren tenido mala fe, porque sabiendo que el ausente estaba vivo y en parage de donde avisándole podia venir ó enviar poder, no le avisaron, ántes bien procedieron á hacer sin él la particion, deben restituírle su parte con frutos, entregando estos si existen; y si no se hallan existentes, pero pudieran estarlo habiéndolos conservado, deben volverlos en la propia especie, pues no debieron haberlos consumido ni vendido por no ser suyos, y en haberlo hecho cometieron hurto;<sup>1</sup> excepto que hubieren tenido causa justa para venderlos, v. gr. para pagar deudas de la herencia, ó porque se perdian, en cuyo caso estarán obligados únicamente á restituír el precio justo que al tiempo de la venta tenian. Y si el heredero ausente estimare mas util recibir el precio, estará en su eleccion pedir uno ú otro.<sup>2</sup> Si los frutos se consumieron ó vendieron mucho ántes que el ausente solicitase su parte, porque no se podrian conservar hasta entónces, siendo por lo mismo no solo útil sino necesaria su venta, solo estará obligado á la paga del precio que acredite haber percibido por ellos, no obstante que si se hubieran podido conservar y conservado, valiesen mas: todo lo cual se debe observar respectivamente no solo en los casos expresados, sino cuando hay poseedor de cosa agena con buena ó mala fe, ya sea reconvenido por accion universal de petition de herencia ó por la particular de reivindicacion.

10. La accion para pedir la division de herencia es mixta de real y personal: se llama *real*, porque intentándola el heredero trata de cosa suya, como el que la reivindica; y *personal* por razon de las prestaciones ó contribuciones personales que se exigen con nom-

<sup>1</sup> L. *Illud*. 40. y ley *Si possessor*. 52 ff. *De  
petit. haereditat.* y ley *Mala fide*. Cod. *De* | *condition. ex lege.*  
<sup>2</sup> *Ayor. De part.* part. 1 cap. 5 n. 25.