FEBRERO

MEJICANO

6

K960
F4
V.6
c.1

347.7

1080046939

EH.6401

Capilla Alfonsina
Biblioteca Universitaria

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

347.7
P



Capilla Alfonsina
Biblioteca Universitaria

FEBRERO MEJICANO,

Ó SEA

LA LIBRERIA DE JUECES, ABOGADOS Y ESCRIBANOS,

QUE

REFUNDIDA, ORDENADA BAJO NUEVO METODO, ADICIONADA CON VARIOS TRATADOS Y CON EL TITULO DE FEBRERO NOVÍSIMO,

Dió á luz

D. EUGENIO DE TAPIA,

NUEVAMENTE ADICIONADA

Con otros diversos tratados, y las disposiciones del Derecho de Indias y del País.

Por el Lic. Anastasio de la Pascua.

Capilla Alfonsina
Biblioteca Universitaria

TOMO VI.



54128
23461

MÉJICO: 1835.

Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arévalo, calle de Cadena n. 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

K960
F4
6

Siendo esta obra propiedad del ciudadano Mariano Galvan Rivera, nadie puede reimprimirla sin su licencia.

FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON

CONTINUACION DEL LIBRO TERCERO.

TRATADO DE LOS JUICIOS DE INVENTARIO

Y PARTICION DE HERENCIAS.

OBSERVACION PRELIMINAR.

En los juicios de inventario y particion de herencias se procede á veces en via ordinaria, y otras sumariamente, segun se verá en el capítulo 1.° del título 2.° de este tratado, párrafo 14 y siguientes; y hé aquí la razon por que me pareció conveniente tratar de ellos despues de dar á conocer los trámites del juicio ordinario, y del ejecutivo, que es el mas conocido y frecuente de los sumarios. Propiamente hablando, la mera formacion del inventario, y la distribucion de los bienes hereditarios, no se pueden llamar juicio, mayormente cuando por las leyes que se citarán en el capítulo 1.° del título 2.°, está concedida facultad á los testadores para hacer la particion, ó nombrar testamentarios que la formen: asimismo tienen facultad de hacerla extrajudicialmente los mayores de veinte y cinco años, segun se verá en dicho capítulo: y por consiguiente en estos casos no hay juicio ordinario ni sumario. Sin embargo, la desavenencia de los interesados, los vicios ó fraudes que puedan cometerse, así en el inventario como en la division, y otros muchos incidentes, podrán dar ocasion á litigios; y entónces será cuando empiece propiamente un juicio, en el que se procederá ordinaria ó sumariamente, segun las circunstancias. Me ha parecido conveniente hacer esta advertencia, para que se forme desde luego una idea exácta de la materia que va á tratarse, y no se confunda el acto de la particion, que puede ser extrajudicial, con los incidentes de ella, que suelen motivar largos y costosos pleitos.

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

TITULO I.

DEL INVENTARIO Y TASACION DE LOS BIENES DE LA HERENCIA.

CAPITULO PRIMERO.

¿Qué cosa es inventario, ante qué personas, cómo, en dónde, de qué bienes y dentro de qué término debe hacerse, y contra quién prueba ó no?

1 Definicion del inventario.
2 Division del inventario en solemne y simple.
3 hasta el 7 ¿En dónde y ante qué juez ha de hacerse el inventario?
8 Por el inventario se presume que todos los bienes contenidos en él fueron de aquel por cuya muerte se hizo. Excepciones de esta regla general.
9 El inventario no prueba contra un tercero.
10 ¿Si el heredero ó el que formalizó el inventario podrán contravenir ó reclamar la declaracion del difunto, en que al tiempo de morir manifestó que dejaba tales bienes?
11 Requisitos necesarios para que el inventario solemne sea válido y produzca los efectos de tal. Primero: se ha de citar no solo á los herederos, sino tambien á los legatarios y acreedores ciertos.
12 Segundo requisito. Se ha de hacer el inventario ante juez y escribano, aunque rigorosamente no es necesaria la autorizacion del primero, y basta la presencia del segundo.
13 El tercer requisito es que se inventarien todos los bienes que dejó el difunto.
14 Se han de inventariar tambien los libros y papeles concernientes á la herencia.
15 Asimismo han de inventariarse las deudas puras condicionales ó á dia cierto, que el testador tenia á su favor ó contra sí, y tambien el débito del mismo heredero.
16 Las cosas litigiosas se deben inventariar como tales.
17 Deben tambien incluirse en el inventario los frutos de los bienes libres y vinculados del testador.
18 Igualmente se han de inventariar los vestidos de la muger é hijos del difunto, exceptuando los de uso diario.
19 El lecho cotidiano se debe inventariar con distincion y especificacion de las cosas de que se compone.
20 Los bienes específicamente legados se deben inventariar y tasar, aunque el legatario lo resista.
21 Ultimamente se han de inventariar los bienes dotales, parafernales y hereditarios de la muger.
22 Se ha de aumentar al inventario el importe del daño que uno de los herederos hubiere causado en algunas cosas de la herencia, como tambien el del que las tomó y sustrajo de esta despues de la muerte del testador.
23 Cuando los herederos disputan si han de inventariarse algunos bienes que existen entre los de la herencia, debe tenerse presente que si por confesion de ellos mismos, ó por sumaria informacion consta que son agenos, no han de inventariarse; pero si lo niegan, ó no consta entónces la pertenencia por otro medio, se han de inventariar, reservando al interesado su derecho para otro juicio.
24 El cuarto requisito es que se exprese en el inventario, como forma sustancial, el dia, mes, año y lugar en que se empieza y concluye.
25 El quinto requisito es que presencien su formacion tres testigos en quienes concurran las circunstancias que allí se expresan.
26 Si se dudase de la validacion del inventario, porque los testigos lo impugnen, deberán observarse para resolver esta duda las reglas que allí se expresan.
27 El sexto requisito se reduce á que el heredero haya de firmar el inventario con los interesados presentes.
28 El séptimo requisito es que se principie el inventario dentro de los treinta dias primeros siguientes á aquel en que el heredero sepa estar constituido por tal, y se concluya dentro de tres meses, inclusos los treinta dias.
29 Para que corra el término expresado es preciso que el heredero acepte la herencia.
30 Los herederos pueden ser reconvenidos como tales por los acreedores del difunto pasados nueve dias despues de su muerte.
31 El octavo requisito es que quien haya hecho el inventario jure haberlo formalizado bien y fielmente.
32 El escribano no debe proceder para la formacion del inventario por inquisicion ni apremio, sino meramente por voluntaria manifestacion del inventariante.

1. Para repartir con arreglo á las leyes y á la voluntad del difunto los bienes que deja, es preciso que ante todas cosas se haga inventario y tasacion de ellos, sin cuyo acto es casi imposible hacer una division justa y arreglada, porque es el principio y la basa de toda particion. El inventario es un instrumento en que se anotan los bienes que se encuentran, sea por muerte de alguno, por embargo ú otro motivo[1]; y fué introducido segun derecho comun[2], por cuatro razones: 1.ª para que los herederos no ocultasen los bienes hereditarios, especialmente los muebles: 2.ª para que no estuviesen obligados á mas que á lo que importase la herencia[3]: 3.ª para que no dudando, mediante él, á cuánto ascendia el caudal del difunto, no pidiesen término para admitirla ó repudiarla; y 4.ª para probar las alegaciones negativas, que de otro modo se juzgan improbables[4].

2. Se divide el inventario en *solemne* y *simple*. El solemne es el que se hace observando todas las solemnidades prescritas por derecho; y el simple el que se formaliza haciendo solamente descripcion ó nómina de bienes, sin observar con rigor las solemnidades legales.

3. Se ha de hacer el inventario en el lugar del domicilio del di-

1 LL. 99 y 100 tit. 18 part. 3 y 5 tit. 6 part. 6.
2 Auth. *De haered. et falcidia*, cap. *Hinc nobis*, y tit. 1.
3 Morquech. *De divis. bonor*, lib., cap. y n. 1. Guerreir. *De inventar.* lib. y cap. 1 n. 6.
4 Cap. 11 y 12 *De probation.* Hermos. en la ley 9 tit. 1 part. 5 gl. 5 n. 9. Guerreir. ibi n. 8.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

funto, y ante su juez, aunque todos sus bienes no esten en un pueblo, sino en diversos; pues una vez empezado y radicado el juicio, debe, á instancia del heredero, expedir requisitorias á las justicias en cuyo territorio existan, á fin de que los inventarien y tasen, y hecho, le remitan originales las diligencias obradas, para unirlas á las principiadas en su juzgado[1]: lo cual se entiende, aunque fallezca fuera de su domicilio; pues este acaso no puede privar á su juez de conocer de su testamentaría, como competente.

4. Si el difunto tenia dos domicilios sujetos á un solo soberano, pertenece la formacion del inventario al del pueblo en que fallezca, porque este juez es competente no solo por razon del domicilio sino de su muerte. Pero si teniendo dos domicilios, muere fuera de ellos, debe conocer del inventario, y continuarlo el juez de los dos que lo prevenga; á ménos que la desigualdad del domicilio sea muy considerable, pues en este caso pertenece hacerlo al de aquel en donde vivia la mayor parte del año.

5. Si una persona lega instituye varios herederos, y uno ó mas de ellos son clérigos, se debe hacer el inventario ante el juez secular, por órden del cual se ha de citar á los clérigos como á los legos para él; porque esta citacion no lo es propiamente, sino un mero aviso para que como interesados en parte de la herencia comparezcan, si quisieren usar de su derecho: lo que ni arguye ni supone superioridad; y así ni se les apremia á ello, ni por no comparecer incurren en contumacia, ni se anula el acto[2]. Asimismo en la sucesion del lego al clérigo, ya sea por institucion ó abintestato, como tambien en la apertura y publicacion de su testamento, é insinuacion de la donacion, se ha de proceder ante el juez secular; porque la cualidad eclesiástica, como personal, subsiste únicamente en los bienes del clérigo, miéntras vive; pero una vez muerto, espira con su persona: y la herencia por su adicion ó aceptacion pierde el nombre del que la dejó, y toma el del aceptante, de cuyo patrimonio se constituye[3] (*).

6. Si el testador y su heredero son clérigos, ó el clérigo lo es del lego, la publicacion y apertura del testamento cerrado, en que

1 Cancer. part. 3. *Var.* cap. 2 n. 133. Guerreir. cod. tit. cap. 3 n. 1 al 5.
2 Covar. *Pract.* cap. 31. Salg. *Labyr. credi. tor.* part. 1 cap. 2 n. 49. *Cur. Philip. y ustr.* tom. 1 part. 1 § 5 n. 28.
3 Salg. ibi Carlev. *De judic.* tit. 1 disp. 2 q. 5 n. 337. *Cur. Philip.* ibi n. 26.

(*) Como el juez secular, ante quien se forma el inventario, tiene facultades para hacer se practiquen todas las diligencias que conduzcan á él, y de consiguiente las de citar al clérigo como uno de los herederos, para que no pueda quejarse ni alegar nulidad por no habérsele citado; creo que esta citacion lo es propia y verdadera: mayormente cuando si para la formacion del inventario es necesaria alguna diligencia del clérigo, podrá compelerle á ella el juez secular por los medios legales, pues de otra suerte se quedaria sin evacuar el acto, y serian ilusorias dichas facultades; y á vista de esto y de que sobre el particular de que hablamos, las personas eclesiásticas *deben*, segun se explica la real cédula citada en el párrafo 7, *acudir ante las justicias ordinarias*, tienen estas sobre aquellas en el presente caso, como en otros, cierta especie de superioridad. *Febrero reformado.*

aquel es instituido heredero, así como la insinuacion de la donacion que haga el secular al eclesiástico, se deben hacer ante el juez secular, como competente[1]; del mismo modo que la tutela legítima y curaduría de la persona y bienes de menores legos que se confiere al clérigo su pariente, la ha de discernir el juez secular[2], y por consiguiente se ha de dar cuenta de ella ante él, aunque la de menores clérigos que se encarga al lego, ha de discernirla el juez eclesiástico, y él mismo ha de aprobar la cuenta. Pero cuando el clérigo sucede al lego ó á otro clérigo, ya sea por institucion ó abintestato, como pariente mas cercano, ó cuando es instituido algun lugar piadoso, se ha de hacer el inventario ante el juez eclesiástico, porque ya se trata de interes de clérigo y de cosa eclesiástica, y por la aceptacion de la herencia se constituyen suyos los bienes, y pierden el nombre y privilegio del sujeto de quien fueron.

7. Sin embargo de lo dicho en el párrafo anterior (lo cual es conforme al dictámen de los autores, fundados en la razon expuesta; bien que algunos dudando de su opinion, dicen que se esté á la costumbre del pueblo), está resuelto y mandado por real cédula de 13 de junio de 1775, que los jueces eclesiásticos no conozcan de nulidad de testamentos é inventarios, secuestros y administracion de bienes, aunque se hayan otorgado por eclesiásticos, y algunos de los herederos ó legatarios sean comunidades ó personas eclesiásticas, ó hubieren instituido á su alma, ú otras obras pías; ni tampoco en los abintestatos, cuyas herencias correspondan á eclesiásticos[3], cuya cédula se comunicó de órden del consejo á las chancillerías y audiencias hablando peculiarmente con cada una; pudiendo por consiguiente las personas particulares introducir en los juzgados competentes los recursos de fuerza en conocer y proceder, si se entrometiesen los jueces eclesiásticos en su conocimiento. Esta real cédula, con referencia de las remitidas á las chancillerías y audiencias, se renovó y publicó por otra de 15 de noviembre de 1781, que en lo dispositivo está conforme con aquella, y es la ley 16 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec. *En órden á las testamentarías de los individuos del ejército, se advierte que estan exceptuadas de la jurisdiccion militar, y sujetas, tanto en lo contencioso como en lo económico, á la ordinaria[4].*

8. Por el inventario se presume que todos los bienes contenidos en él, fueron de aquel por cuya muerte se hizo; pero los efectos de esta suposicion recaen solamente sobre el que los puso ó mandó poner, contra el cual prueba de tal suerte, que aunque él ó

1 L. 6 tit. 18 lib. 10 N. R., y ley 19 tit. 4 part. 5. Covar. *Pract.* cap. 8. Carlev. ibi n. 332.
2 LL. 45 tit. 6 part. 1, y 14 tit. 16 part. 6. Greg. Lop. en la ley 1 gl. 1 tit. 16 part. 6.
3 Vease á Belaña *Providencias* n. 727 y el bando de 3 de agosto de 1802.
4 Art. 4 dec. de 15 de septiembre de 1823.

su heredero aleguen ser suyos algunos de los inventariados, no serán oidos, porque se juzga que el que lo ejecutó, los donó al sujeto á cuyo favor lo hizo; y así no admite prueba en contrario, pues en el hecho de inventariarlos, es visto confesar haber sido de aquel en cuyo nombre los inventarió. De consiguiente no puede ir contra su propia confesion; porque esta, siendo hecha con cierta ciencia, induce donacion. Se limita lo dicho en cinco casos: 1.° cuando el que inventarió cosas suyas, porque se hallaban entre las del difunto, protestó al instante que le pertenecian: 2.° cuando los bienes suyos que inventarió son inmuebles; pues los de esta clase no se consideran donados como los muebles, ó cuando se acredita lo contrario por vista ocular, cuya prueba es superior á todas las demas: 3.° cuando implora el beneficio de la restitucion, pues se ha de acceder á ella por haberlos inventariado inconsiderada é imprudentemente: 4.° cuando consta haber errado en la formacion del inventario, y hubo causa justa para haber cometido el error, pues goza del beneficio de la restitucion como los menores: 5.° cuando por instrumentos legítimos, y vista ocular, califica no ser tantos los bienes cuantos los inventariados, y que por lo mismo se deben separar del inventario.

9. El inventario jamas prueba contra tercero; y así siempre que este haga constar que algunos de los bienes inventariados son suyos, se le deben entregar, porque como no presenció su formacion, ni fué citado para ella, no le debe perjudicar la confesion voluntaria, y errónea ó maliciosa que hizo el heredero ó el que le formalizó[1], así como los libros de cuenta y razon que alguno tiene en su poder, hacen fe contra él, mas no contra tercero[2].

10. En órden á si el heredero ó el que formalizó el inventario, podrán contravenir ó reclamar la declaracion del difunto, en la que al tiempo de morir afirmó dejaba tales bienes, ó si esta declaracion induce tal prueba contra ellos, que no se les permita alegar que el testador padeció equivocacion, se ha de distinguir de casos. Si el heredero reclama en virtud del derecho que le compete por su propia persona (v. gr. por haber enagenado alguna cosa suya el difunto), puede impugnar dicha declaracion legítimamente: si lo hace en virtud del que le corresponde por la del difunto, no puede, pues debe observar la declaracion hecha por este; bien que algunos afirman que en ambos casos está obligado indistintamente á su observancia en cuanto percibe lucro de la herencia. Si hizo ó declaró alguna cosa segun y conforme á derecho, tiene igual obligacion, á ménos que pruebe haberla hecho ó declarado con error manifiesto. Y si fue-

1 Velasc. *De partition.* cap. 8 n. 12, 14 y 15. Menoch, praesumpt. 26 dicho lib. 6. Can.
2 L. fin. tit. 18 part. 3.

re contra derecho, puede impugnarlo, como el mismo difunto podria hacerlo.

11. Para que el inventario solemne de bienes de difunto pruebe, sea válido, y produzca los sesenta y ocho efectos que recopila Guerreiro[1], y omito á beneficio de la brevedad, son precisos, segun derecho antiguo, varios rèquisitos. 1.° que se cite no solamente á los herederos, sino á los legatarios y acreedores ciertos, y á cada uno singularmente en sus personas, pudiendo ser habidos, por si quieren presenciar su formacion; y estando ausentes en parage de donde puedan venir, por requisitoria; pero si se ignora su paradero, por edictos ó proclamas; y que en la citacion se ponga el dia, mes, año y hora[2]. Sin embargo, hoy no se practica regularmente esta legal disposicion, en cuanto á citar los acreedores y legatarios: lo primero, porque está en su arbitrio redargüir de diminuto el inventario, siempre que averigüen haberse omitido en él algunos bienes, pues no les daña, respecto á que no han sido citados; y lo segundo, porque habiendo bienes que partir, no se le puede irrogar perjuicio, pues ántes que se haga la division se deducen los créditos contra el caudal, por no ser ni llamarse herencia, sino el residuo, segun diré mas adelante; en cuya atencion se cita únicamente á la viuda y herederos, entre quienes ha de hacerse la particion.

12. El segundo requisito es que se haga ante juez y escribano, aunque de necesidad no se requiere la presencia del juez, y basta la del segundo[3]; porque ninguna ley nuestra lo manda, ni las 99 y 100 tít. 18 Part. 3, que prescriben la forma de extender el inventario los herederos y el tutor, ni la 5 tit. 6 Part. 6, hablan de semejante cosa: por lo que reconociendo el consejo, que á mas de no ser del caso la presencia judicial, se causaban gastos inútiles, y perjuicios á los menores y ausentes; que en el de querer ocultar algunos bienes el heredero presente ó el tutor, nadie se lo puede impedir, por mas que el juez se desvele en precaver la ocultacion; que los menores y ausentes pueden despues usar de su derecho si la acreditan; y que la asistencia del juez ningun vigor da al inventario, ántes bien causa perjuicio á los interesados; mandó sabia y justísimamente por el capítulo 5 del arancel dado á los tenientes de corregidor de Madrid en 11 de abril de 1768, que solo asistiesen á inventarios y tasaciones de bienes de testamentarías en los casos que hubiese que recontar porcion de dinero, ó inventariar alhajas preciosas, para lo cual se consideraban bastantes dos dias; y no á los demas inventarios, tasas ni almonedas, por no ser necesaria su asistencia, y bastar la de los in-

1 Guerreir. *De inventar.* lib. 4 cap. fin.
2 L. 5 tit. 6 part. 6.
3 Velasc. *De partitionibus*, cap. 8, n. 7. Ayor. *De partition.* part. 1 cap. 2 n. 1. Morq. lib. y cap. 1 n. 8. Guerreir *De inventar.* lib. 1 cap. 8, ns. 2 y 4.

teresados; y siendo menores ó estando ausentes, la de sus tutores, curadores y defensores. Esto se determinó así para libertar á los interesados del crecido gravámen de derechos superfluos del juez; y lo mismo se debe observar en todo el reino, porque cuando el soberano manda á algun juez una cosa, se entiende mandarla á todos los de sus dominios en igual caso y circunstancias; mucho mas si el testador ordena que no asista, y que solo el tutor testamentario y personas que elige, lo hagan extrajudicialmente á presencia de escribano y testigos, pues puede mandarlo así, y tambien que formalicen la tasacion y particion de su bienes[1]. Esta práctica se observa como justa en Aragon y Valencia, segun afirma Colon en su *Instruccion de escribanos*, lib. 3 cap. 3 tom. 2; pero esto se entiende no pretendiendo algun acreedor que se haga inventario judicial, porque si lo pretende deberá intervenir el juez con los nombrados por el testador, y satisfechos el acreedor ó acreedores, cesará, y los comisionados evacuarán lo que el testador les ordenó, sin que el juez deba impedírselo, por haberse acabado la jurisdiccion que le prorogaron los acreedores.

13. El tercer requisito es que se inventarien todos los bienes que dejó el difunto; por manera que en el inventario se deben poner por clases separadas y por menor todos los bienes libres, muebles, raices y semovientes que el difunto haya dejado, y le pertenezcan no solo en el pueblo de su demicilio y fallecimiento, sino en otros cualesquiera de dentro y fuera del reino y provincia, con distincion y separacion de cada cosa, especie y cantidad, é individuales señales de peso, medida, hechura, color, calidad, sexo, edad, linderos y demas correspondientes, segun sean los bienes; pues faltando esta claridad y especificacion, y haciéndolo oscuramente, es nulo, porque es lo mismo que no haberlo hecho, respecto á que no puede servir para el fin á que se dirige, y así no aprovecha al que no lo formaliza con la claridad, pureza y rectitud que debe[2]. Y sin embargo de que algunos inventarian indistintamente por piezas los que en cada una existen, no debe observarse este método, porque es confuso para hacer la division, y saber á cuánto ascienden los de cada clase; y así los de cada una se han de poner juntos, aunque esten en diversos lugares y piezas, como en la corte se practica.

14. Se han de inventariar en igual forma los instrumentos, libros

1 En el título siguiente, cap. 1 § 3, se hablará mas particularmente de la real cédula de 4 de noviembre de 1791, que es la ley 10 tit. 21 lib. 10 N. R., por la que se concede permiso á los testadores para disponer que luego que fallezcan, formen los aprecios, cuentas y particiones de sus bienes los albaceas ó tutores que designan, cumpliendo despues estos con presentar las diligencias ante la justicia del pueblo para su aprobacion.

2 Barbos. in Authent. *Sicut et Ienatio.* Cod. *De sacrosanct. Eccles.* ns. 34 y 35, y lib. 3 vot. 116. Antunez Portugal *De donation. reg.* part. 3 cap. 19. n. 27. Velasc. consult. 52 n. 10. Guerreir. cap. 9 n. 8it.

y papeles concernientes á la herencia. y los censos, efectos, juros, derechos y acciones libres; previniendo que los libros y papeles tocantes á los bienes hereditarios, deben quedar depositados en poder del inventariante para que no padezcan extravío, ni los interesados en ellos experimenten perjuicio.

15. Tambien se deben inventariar las deudas puras, condicionales ó á dia cierto, que el testador tenia á su favor ó contra sí; y asimismo el débito del mismo heredero, pues haciendo el inventario con la pureza legal, tiene derecho á cobrarlo, como los demas acreedores sus créditos; pero no está obligado á poner en él los gastos que hizo en su entierro, ni otros justos; y si se dudase de ellos, puede probarlos por su juramento, testigos ú otro medio legal[1]. En dichas deudas se incluye lo que las hermandades que tenia el difunto, debian pagarle por socorros, lutos, enfermedades y otras cosas, segun sus constituciones, y satisfacieron á sus herederos ó viuda, pues todo es caudal suyo qne lo tenia anticipado en vida; y así es divisible entre todos, y no toca al legatario del quinto ni á otro en particular. Algunos dicen que de las deudas á favor no se debe hacer inventario, á ménos que consten por instrumentos ú otras pruebas legítimas[2]; ni tampoco de las deudas en contra, excepto que sean líquidas, porque siguen la naturaleza de la obligacion y requieren mayor conocimiento, el cual no toca al juicio de particion, que es sumario[3]; pero sin embargo, no se sigue esta opinion, pues unas y otras se ponen y deben poner por via de declaracion, con su respectiva cualidad, al fin del inventario, ya haya ó no instrumento que lo acredite: las primeras, porque de omitirse se da lugar á ocultacion, y no se puede intentar su cobro por ignorarse; y las segundas, para deducirse de la herencia en caso que se verifiquen ántes de proceder á la division, y no irrogar á los acreedores el perjuicio de tener que dirigir su accion por su importe á prorata contra cada heredero despues de hecha. Ademas de esto la ley 100 tit. 18 Part. 3, que trae la forma de ordenar el inventario, no solo habla indistintamente, sino que da á entender que se debe practicar así en estas palabras: *E primeramente otorgó, é vino conociendo que habia fallado en los bienes de su padre el finado tantas cosas muebles, é tantas raices, é tantas debdas quel debian, ó quel debia, nombrando todas estas cosas cuantas son é cuales: E otrosí quien son los debdores, é cuantas son las cartas de las debdas, é por cual escribano fueron hechas.* Pero si alguno de los interesados negare el débi-

1 LL. 6 y 8 tit. 6 part. 6.

2 Surd. decis. 222 n. 9. Velasc. dicha consult. 52 n. 10 y *De partitionib.* cap. 8 n. 12. Gutier. *De tutel.* part. 2 cap. 1, ns. 90 y 91. Ayor. *De partition.* part. 1 cap. 2 n. 4. Cancer. ibi n. 39.

3 Fragos. *De regimin. reipublic.* part. 3 lib. 5 disp. 8 § 8 n. 59. Guerreir. *De divis.* lib. 6 cap. 13 n. 4 al 8.

*

to, bastará su negativa para impedir su deduccion, aunque el que formalizó el inventario lo haya confesado.

16. Las cosas litigiosas se deben inventariar como tales; pero no dividirse hasta que se declare si pertenecen ó no á la herencia. Tambien deben inventariarse las agenas, que al tiempo de la muerte del testador se encuentran entre las de este, ya las tenga en depósito, ya en comodato ó prenda, para que no se pierdan ni extravien, y evitar que á sus dueños se haga fraude; excepto que estos impidan que se inventarien, pues en este caso, si piden que se les entreguen, y los herederos no niegan que sean suyas, basta que justifiquen sumariamente que lo son: y si lo confiesan, porque les consta, no hay para que hacer la justificacion; pero si alguno de ellos lo niega, es preciso que en via ordinaria acrediten pertenecerles.

17. Se deben inventariar del mismo modo los frutos de los bienes libres y vinculados del testador, ya sean naturales, v. gr. trigo, vino, &c., en que interviene ó no la industria humana; ó bien civiles, v. gr. réditos, pensiones &c., ora esten pendientes en las mismas fincas, ó vencidos hasta el dia de su muerte; y asimismo las mejoras hechas en los bienes libres, pues todo aumenta su herencia[1]: y en cuanto á las de los vinculados, respecto no tocar parte alguna de ellos á la muger, hijos ni herederos del poseedor difunto, segun la ley 46 de Toro, tengo por inútil que se inventarien, y así no habrá obligacion de hacerlo. Los frutos civiles y naturales que no quedaron pendientes ni vencidos, y produjeron los bienes privativos del difunto ó del cónyuge que sobrevive miéntras se evacuó la particion, no se han de inventariar despues, ni partir con este ni con los herederos de aquel, porque son propios del dueño de las fincas, censos y efectos que los rindieron[2]; excepto en los casos en que siga tácitamente la sociedad conyugal.

18. Los vestidos de la muger é hijos del difunto tambien se deben poner en el inventario, excepto los cotidianos; pero si su padre ó su marido les hubiesen dado para este uso alhajas, trages y otros adornos preciosos, como sucede entre las personas ricas, ó si en el pueblo hubiere costumbre de que entre estas personas se tengan los adornos y vestidos preciosos de la muger é hijos del difunto por cotidianos, no se hará inventário de ellos, ántes bien se estimarán como donados por el marido en parte de los alimentos á que estaba obligado, y los harán suyos[3]. Así se practica en la corte con los vestidos y joyas que los grandes compran con lo que se les da con título de alfileres ó gastos de cámara, pues son suyos privativamente, porque se pacta así en los contratos nupciales, y hay esta costumbre; por cuya razon pueden disponer de ellos, y no se reputan de las testamentarías de sus maridos.

1 Pegas *ad ordin.* lib. 1 tit. 87 § 4 n. 77, 330 y 331 Guerreir. ibi ns. 79 y 80.
2 Ayor. part. 1 cap. 6 n. 19.
3 Surd. *De alim.* tit. 4 q. 2 n. 20 Ciriac. controv. 120. Guerreir. dicho cap. 10 ns. 94, 104 y 105.

19. El lecho cotidiano se debe inventariar con distincion y especificacion de las cosas de que se compone; pues aunque es cierto que si no hay acreedores, no se ha de dividir, porque toca al cónyuge, como adelante diré, sirve su descripcion para su restitucion específica en el estado en que se halle, si se vuelve á casar, segun tambien expondré: y en caso de haberlos, para que no se dude si es el cotidiano, ó si lo ha de llevar ó no el consorte sobreviviente en perjuicio de ellos[1]; pero es de advertir que si se omite inventariarlo, no se debe abonar al viudo, porque es visto haberse quedado con él, y de consiguiente queda privado de toda accion.

20. Los bienes específicamente legados se deben inventariar y tasar, aunque el legatario lo resista, no dudándose que son de la herencia, para ver si caben ó no en el tercio ó quinto en caso de ser ascendientes ó descendientes legítimos los herederos, ó para que el extraño saque la *cuarta falcidia* en los casos en que por derecho se le permite[2].

21. Ultimamente, se deben inventariar los bienes dotales, parafernales y hereditarios de la muger que existan entre los de su difunto marido, no para dividirlos entre los herederos de este, sino para entregarlos á su tiempo á la viuda; pues todos los que deja el testador tienen la presuncion legal de ser suyos, miéntras no se pruebe lo contrario, y como tales se deben inventariar, porque el juicio de inventario no es para otra cosa, reservándose para el de division la separacion y repartimiento correspondiente. Así se practica en la corte, y debe observarse como justo y arreglado (*).

22. Se ha de aumentar al inventario el importe del daño que uno de los herederos causó en algunas cosas de la herencia, y el de las que tomó y sustrajo de esta despues de la muerte del testador, si lo confiesa, ó por otro medio legal se acredita sumariamente, adjudicándosele, como si efectivamente se le entregara por el precio que valian ántes de deteriorarlas. Si lo niega, se invertirán como cosa dudosa, y se aplicarán proporcionalmente á cada uno en la particion, para que perciba su parte en caso de que en el juicio plenario sea condenado; pero si el heredero hubiere hecho el daño ántes de fallecer el testador, no se han de inventariar estos bienes, ni hacer mérito de ellos en el juicio divisorio, y los coherederos deducirán su

1 Ayor. part. 1 cap. 3 n. 40. Guerreir. cap. 10 ns. 109 y 110.
2 Id. n. 36 al fin. Velasc. *De partit.* cap. 8 n. 51.
(*) Sobre si se ha de inventariar y partir el dinero del caudal comun de marido y muger puesto en el fondo vitalicio en cabeza del viudo ó viuda, ó de alguno de sus hijos, ó por la vida de otros, véase el tomo 1 pág. 63 párrafo 19.

accion contra él en juicio competente. En caso de que sea condenado á su resarcimiento, repartirán despues su importe entre todos en la forma expuesta, sin que por esto se detenga la particion de los bienes efectivos.

23. Muchas veces disputan los herederos sobre si se han de inventariar y dividir algunos bienes que existen entre los de la herencia; pero si por confesion de ellos mismos, ó por sumaria informacion que el juez reciba de oficio, ó por sentencia consta que son agenos ó de mayorazgo, ó sujetos á restitucion, no se deben inventariar ni adjudicar en la particion al que afirma que son suyos, porque este no es parte en este juicio por no ser heredero ni tener derecho á la herencia; por lo que se han de separar de esta, y entregarse luego á su dueño[1]. Si lo niegan, y no consta entónces lo contrario por otro medio, se ha de reservar su derecho al pretendiente para otro juicio, porque requiere conocimiento é indagacion mas plena; por lo que se inventariarán y dividirán con la calidad de restituirlos los herederos al que dice ser su dueño, si por tal se declarase. Y si no consta incontinenti si tocan ó no á la herencia, porque unos herederos afirman y otros lo niegan, se han de distinguir tres casos. 1.° Cuando los bienes se encuentran entre los del difunto, y este los poseia como libres: entónces no solo se han de inventariar sino dividir, porque segun estan se juzgan suyos, y para ello milita la poderosa razon legal de la posesion en que estaba el difunto, que induce á su favor la presuncion de ser suyos[2]; pero si hubiese contradiccion por parte de algun interesado, se le reservará su derecho, para que sobre su propiedad lo deduzca en la via ordinaria, porque exige mayor inspeccion y conocimiento[3]. 2.° Cuando habiéndolos poseido el difunto se duda solamente si los poseia como libres, vinculados ó sujetos á restitucion, por afirmar algunos herederos que son libres, y otros que vinculados: en este caso se ha de recurrir á conjeturas, y si por algunas se prueba estar vinculados, y con ellas concurre la fama de haberlos poseido el difunto en este concepto, se han de inventariar; mas no estimar ni dividir hasta que con previo y maduro exámen se dicida sobre su libertad. Y el 3.° cuando de ningun modo aparece breve y sumariamente si los bienes de que se trata son agenos ó del difunto; pues entónces no se deben inventariar ni dividir, ántes bien prevalecerá la pretension del que afirma no ser de este.

24. El cuarto requisito para la validacion de inventario solemne es que se exprese en él, como forma sustancial, el dia, mes, año y lugar en que se empieza y concluye, al modo que en cualquiera

1 Ayor. part. 1 cap. 3 n. 37.
2 Cap. *Consultationib. de jure patronat.* Cap. *Cum olim, de causar. possession.*
3 Velasc. cap. 8 n. 51. Ayor. dicho cap. 3 n. 36.

instrumento público, porque la intencion del heredero se funda en el tiempo, y así debe probarlo; y como para gozar del beneficio que la ley le concede para hacer el inventario, debe justificar haberlo principiado y concluido dentro del término legal, no podrá hacer la prueba si carece del dia, mes y año, pues por ser estos de esencia y sustancia del inventario, se vicia y anula cuando no consta de ellos, y es lo mismo que no haberlo formalizado; por lo que nada prueba[1]. Pero es de advertir lo primero, que así como en los instrumentos no necesita el escribano poner con individualidad la casa, pieza ni hora en que se otorgan, pues basta expresar el pueblo, con el dia, mes, año y los otorgantes[2]; así tampoco en los inventarios es necesario que ponga las piezas en que existen los bienes muebles que en cada dia se sientan, y solo será conveniente expresar la hora en que cada uno se principia y concluye, para que se sepa las que se ocupan, á fin de regular las dietas ó salarios; como tambien será muy útil mencionarla en los instrumentos, cuando un deudor otorga muchas obligaciones en un dia á favor de diversos sujetos ante un mismo escribano, para graduarlos por el tiempo en caso de ocurrencia ó concurso. Antes del año 1383, en que Don Juan el I mandó se contasen los años desde el dia del nacimiento de Jesucristo, se contaban por eras, ó por la era del César, que principia treinta y ocho años ántes de la cristiana que seguimos.

25. El quinto requisito para la validacion del inventario es que presencien su formacion tres testigos en quienes concurran tres circunstancias: 1.ª que sean varones de buena fama, y vecinos del pueblo en que se formaliza, segun lo dice la ley 100 tít. 18 Part. 3: 2.ª que conozcan al heredero ó inventariante, lo cual se prueba de la 5 tít. 6 Part. 6; y la 3.ª que vean lo que se inventaria, y oigan y entiendan lo que se escribe y sienta, y no lo uno sin lo otro; por lo que el ciego no puede ser testigo en el inventario[3], ni tampoco el sordo, ya sea de nacimiento ó por enfermedad.

26. Si se dudase de la validacion del inventario ó de cualquiera instrumento porque los testigos lo impugnen, se tendrán presentes para resolver la duda, las siguientes reglas. 1.ª Cuando todos los testigos lo impugnan, no vale ni hace fe. 2.ª Si uno ó dos lo impugnan, y tres ó mas lo confirman, es válido, así el inventario como el instrumento; excepto que depongan que el contrato contenido en este no fué hecho en el tiempo y lugar que se menciona, por haber estado los contrayentes ó alguno de ellos en cierto pueblo tan distante que era moralmente imposible haberse hallado allí.

1 L. *Matrem.* Cod. *De probation.* Ley *Cum qui, § Publiciana*, ff. *De publiciana in rem action.*
2 L. 1 tit. 23 lib. 10 N. R.
3 Guerreir. *De inventar.* lib. 2 cap. 6 ns. 1 al 14.

3.ª Cuando en igual número lo aprueban unos testigos y reprueban otros, debe prevalecer la parte aprobante, y en duda juzgarse por la validacion del acto, teniendo presente que mas crédito se da á los instrumentales que afirman que á los que niegan. 4.ª Si el testigo que reprueba el instrumento fué puesto en él sin requerirlo, por necesidad ó por precepto legal, basta este para enervar ó destruir su fe, si los demas no deponen de positivo por él. 5.ª Si algunos de los testigos instrumentales dicen que no se acuerdan si presenciaron ó no su celebracion, en este caso no se debilita su fe, porque nada deponen contra él.

27. El sexto requisito es que el heredero firme el inventario, y si no sabe, *un escribano* por el, con arreglo á la ley 100 tít. 18 Part. 3, y la 5 tít. 6 Part. 6; pero á pesar de esta disposicion de las leyes, lo que se practica es que el heredero ó inventariante firme todos los dias con los interesados presentes el inventario y tasacion de los bienes, ya se depositen ó no en él; y si no sabe escribir, firma por él y por los demas que no sepan un testigo á su ruego, como en cualquiera instrumento, autorizando el escribano de la comision el acto, sin que intervenga otro escribano (esten ó no presentes los legatarios ó todos los herederos), por ser imposible otra cosa en lugares en que no hay mas que un escribano ó ninguno, cuya práctica, como inmemorial é inconcusa, tiene ya fuerza de ley.

28. El séptimo requisito es que se principie y concluya el inventario dentro del término, esto es, que el heredero le principie dentro de los treinta dias primeros siguientes á aquel en que sepa que está instituido por tal, y concluya dentro de tres meses (inclusos los treinta dias), si en el distrito del pueblo del fallecimiento del testador existen los bienes de la herencia, pues hallándose algunos en otra jurisdiccion, se le puede conceder un año ó mas de los tres meses, como lo dice la ley 5 tít. 6 Part. 6. Este término es continuo desde que empieza, y como designado por la ley, perentorio; y así no lo puede prorogar el juez, ni admitir restitucion contra él, por la cláusula general de *si hay justa causa*: por lo que corre al enfermo é impedido; bien que si hubiese causa grave y justo impedimento, está en práctica el prorogarlo. En la corte se suele principiar el inventario, regularmente dentro del novenario; pero por principiarse fuera de él no se invalida, si se empieza y concluye en el término legal, como lo he visto practicar y practiqué de ambos modos, y por no ser contra ley, sino ántes bien arreglado á ella, no se anuló.

29. Para que corra el término expresado es preciso que el heredero acepte la herencia, pues ántes de su adicion no corre; por lo que si pide al juez nueve meses para deliberar si la ha de aceptar ó repudiar, ó al soberano un año, que es el término que respectivamente le pueden conceder[1] para este efecto, no le corre en su intermedio hasta que acepte; á no ser que por dolo difiera su aceptacion, y espire el tiempo de aceptar, pues en este caso correrá y le perjudicará si dentro de él no lo formaliza. Pero lo que se practica para evitar dilaciones y perjuicios, es aceptar el heredero la herencia con *beneficio de inventario*. Por este medio no queda obligado á mas de lo que importa aquella por deudas ni legados, con tal que haga el inventario en el término, y con la escrupulosidad y pureza que prescribe el derecho, y no en otra forma.

30. Los herederos pueden ser reconvenidos como tales por los acreedores del difunto, pasados nueve dias despues de su muerte; pero ni dentro de estos, ni miéntras se formaliza el inventario deben ser inquietados por los legatarios ni fideicomisarios, y esto es lo que se observa. Sin embargo, habiendo bienes suficientes, no hay inconveniente en pagar á dichos acreedores en cualquier estado del inventario.

31. El octavo y último requisito es, que quien haya hecho el inventario jure haberlo formalizado bien y fielmente, sin omitir cosa alguna á sabiendas, y que proteste adicionar y agregar á él otros cualesquiera bienes y efectos que aparezcan, pertenecientes á la herencia, al instante que llegue á su noticia, y así se practica; pero este juramento no es de forma y esencia del inventario segun nuestro derecho, pues solo se exige que el inventariante diga en él que es verdadero, y que está hecho bien y fielmente sin engaño[2]; y así aunque carezca de él no se viciará, pues sirve únicamente para excluir la presuncion de que ha ocultado algo, y para que el que alega la ocultacion tenga el gravámen de probarla, como que le incumbe, porque se funda en afirmativa probable. La protesta es para no incurrir en la pena impuesta á los que no lo hacen con pureza, de que trataré en el capítulo 4 de este titulo.

32. El escribano no debe proceder en este inventario por inquisicion ni apremio, como en el de la via ejecutiva y causa criminal, que es propiamente embargo dirigido á asegurar el débito, pena y costas, sino meramente por voluntaria manifestacion del inventariante; pues si se verificase ocultacion, toca á los interesados el usar de la accion que les concede el derecho para no ser perjudicados. Los bienes inventariados se han de depositar en la persona que elijan los partícipes por su cuenta y riesgo, ó en el mismo inventariante; pues aunque ni la ley 99 que trata del inventario que hace el curador de los bienes de su menor, ni la 100 tít. 18 Part. 3 que expresa el modo

1 L. 2 tit. 6 part. 6. Ley fin. § *Sed quia quidam.* Cod. *De jure deliberand.*

2 LL. 100 al fin tit. 18 part. 3 y 5 tit. 6 part. 6.

de hacer el de los bienes del difunto, ni otra alguna, previenen que se haga este depósito; no obstante se practica así por costumbre, para precaver y evitar cualquier extravío; bien que si el heredero esta ausente, y el difunto á nadie comisionó para custodiar los bienes, debe encargarlo el juez á persona abonada, á fin de impedir su ocultacion, y entregárselos cuando venga, ó á quien le represente.

CAPITULO II.

¿Qué personas estan obligadas á hacer inventario solemne: cuándo deberá el heredero pagar las deudas del difunto, aunque sus bienes no alcancen para todo; y si por la informacion de dicho inventario se entiende haber aceptado ó no la herencia.

1 Personas que estan obligadas á hacer inventario solemne.
2 ¿Cuáles son los objetos con que se forma el inventario?
3 Haciendo el heredero el inventario en los términos expresados en el capítulo anterior, no está obligado á mas de lo que alcance la herencia; y al contrario, aceptándola sin el beneficio de inventario, ó entrándose en ella como heredero, estará obligado á pagar el total importe de las deudas y legados, aun cuando no alcancen á cubrirlo los bienes heredados.
4 Limitaciones de la regla general sentada en el párrafo anterior.
5 El inventario hecho por uno de los herederos aprovecha á los demas que no intervienen en él.
6 Por la mera formacion del inventario no se contempla aceptada la herencia.
7 Para la formacion del inventario en que está interesado un menor, basta que asista su tutor ó curador, sin necesidad de nombrar para este acto otro curador *ad litem;* á ménos que aquel sea partícipe en la herencia. Los menores habilitados para administrar sus bienes, no necesitan curador para hacer el inventario.
8 ¿De qué modo estará obligado el padre que tiene hijos en su poder á hacer inventario de los bienes de estos?
9 Obligacion que tiene á hacer descripcion de bienes el marido ó la muger sin hijos, cuando sin haberse instituido recíprocamente herederos se apoderase de todos sus bienes y de los del consorte difunto.
10 El usufrutuario, sea particular ó universal, está obligado á hacer inventario.
11 ¿Cuándo y de qué modo estará obligado el fisco á hacer inventario?

1. Regularmente hablando deben hacer inventario solemne cinco clases de personas, que son: 1.° el heredero, sea simple y absolutamente instituido, ó *fiduciario*, que es el gravado á restituir á otro la herencia á cierto tiempo, pues debe dar cuenta á este que se llama heredero *fideicomisario*: 2.° el tutor y curador: 3.° el administrador de bienes agenos: 4.° el prelado eclesiástico: 5.° el fisco; y

en suma, todos los que tienen que dar cuenta de bienes que se les entregan para su custodia y administracion (*).

2. La obligacion impuesta al heredero para la formacion del inventario tiene dos objetos: 1.° que no se sustraigan bienes algunos en perjuicio de los acreedores y legatarios: 2.° que el heredero no sea reconvenido en mas de lo que importan los bienes de la herencia.

3. En el libro 2 tít. 2 cap. 11, se habló de la obligacion que tiene el heredero de pagar las deudas que el difunto dejó contra sus bienes, ya porque representa su persona, y se trasfieren en él todas las acciones que competian al difunto, ya tambien porque el heredero aceptando la herencia, se dice que cuasi contrae con los acreedores y legatarios. Pero si hace el inventario segun queda expresado en el capítulo anterior, no está obligado á mas que á lo que alcance la herencia[1]: y aunque pague primero las mandas que las deudas, de modo que no le quede que heredar mas que su cuarta falcidia, no deben reconvenirle los acreedores ántes que á los legatarios, sino á estos primero, y por lo que falte, á él, hasta en lo que importe su cuarta y no mas[2]: procediendo lo mismo si paga á los acreedores que primero vienen á cobrar sus créditos, é ignora que hay otros privilegiados á ellos[3]; y no haciéndolo en la forma expuesta, si acepta la herencia, ó como heredero se entra en ella, está obligado á pagar regularmente el total importe de las deudas y legados, aunque no alcancen á cubrirlo los bienes heredados[4]. Esto se entiende, ya sea el heredero legítimo ó extraño, varon ó hembra, instituido solo ó con otros, mayor ó menor, y ya suceda por *testamento* ó *abintestato*, ó contra testamento[5]; pero es de advertir lo primero, que el heredero extraño pierde tambien la *cuarta falcidia*[6], y el fiduciario la *cuarta trebeliánica*, como contra Gomez y otros defiende Ayllon, citando á muchos en sus adiciones, libro 1. *Var.* cap. 5 núm. 14, y es la opinion corriente; y lo segundo, que el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario puede deducir de ella los gastos que hizo en defenderla contra los que intentaban ser coherederos, ántes que pague las deudas del testador, si consiguió excluirlos de ella.

(*) Aquí solo debiera tratarse del inventario que se hace para averiguar los bienes que deja un difunto para distribuirlos entre sus herederos; pero el autor, segun su costumbre de hacinar cosas inconexas, á veces sin mas razon que la identidad de nombre, mezcla otros inventarios de diferente especie, así como le dió el antojo de hablar en este capítulo de la tutela con ocasion del inventario que deben hacer los tutores. Este tratado se descartó de aquí insertándole en el libro 1 de esta obra; y ya que no se puede hacer otro tanto con los párrafos en que habla de los inventarios que no son de bienes de difunto, por lo ménos se evitará la confusion, colococándolos con la separacion debida despues de la doctrina relativa á los herederos.

1 L. fin. § *Et si præfatam.* Cod. *De jure deliberand.* y leyes 5 y 7 tit. 6 part. 6.
2 Dicha ley 7 tit. 6 part. 6, en las palabras, *Pero decimos.*
3 Dicha ley fin. §. *Et si præfatam.* Greg. Lop. en dicha ley 7 gl. 9.
4 L. 10 tit. 6 part. 6.
5 Roland. *De inventar.* part. 2 vers. *Igitur primo*, y vers. *Quæro.* Guerreir. *De inventar.* lib. 2 cap. 11 n. 18.
6 Dicha ley 10 tit. 6, y ley 7 tit. 11 part. 6.

de hacer el de los bienes del difunto, ni otra alguna, previenen que se haga este depósito; no obstante se practica así por costumbre, para precaver y evitar cualquier extravío; bien que si el heredero esta ausente, y el difunto á nadie comisionó para custodiar los bienes, debe encargarlo el juez á persona abonada, á fin de impedir su ocultacion, y entregárselos cuando venga, ó á quien le represente.

CAPITULO II.

¿Qué personas estan obligadas á hacer inventario solemne: cuándo deberá el heredero pagar las deudas del difunto, aunque sus bienes no alcancen para todo; y si por la informacion de dicho inventario se entiende haber aceptado ó no la herencia.

1 Personas que estan obligadas á hacer inventario solemne.
2 ¿Cuáles son los objetos con que se forma el inventario?
3 Haciendo el heredero el inventario en los términos expresados en el capítulo anterior, no está obligado á mas de lo que alcance la herencia; y al contrario, aceptándola sin el beneficio de inventario, ó entrándose en ella como heredero, estará obligado á pagar el total importe de las deudas y legados, aun cuando no alcancen á cubrirlo los bienes heredados.
4 Limitaciones de la regla general sentada en el párrafo anterior.
5 El inventario hecho por uno de los herederos aprovecha á los demas que no intervienen en él.
6 Por la mera formacion del inventario no se contempla aceptada la herencia.
7 Para la formacion del inventario en que está interesado un menor, basta que asista su tutor ó curador, sin necesidad de nombrar para este acto otro curador *ad litem;* á ménos que aquel sea partícipe en la herencia. Los menores habilitados para administrar sus bienes, no necesitan curador para hacer el inventario.
8 ¿De qué modo estará obligado el padre que tiene hijos en su poder á hacer inventario de los bienes de estos?
9 Obligacion que tiene á hacer descripcion de bienes el marido ó la muger sin hijos, cuando sin haberse instituido recíprocamente herederos se apoderase de todos sus bienes y de los del consorte difunto.
10 El usufrutuario, sea particular ó universal, está obligado á hacer inventario.
11 ¿Cuándo y de qué modo estará obligado el fisco á hacer inventario?

1. Regularmente hablando deben hacer inventario solemne cinco clases de personas, que son: 1.° el heredero, sea simple y absolutamente instituido, ó *fiduciario*, que es el gravado á restituir á otro la herencia á cierto tiempo, pues debe dar cuenta á este que se llama heredero *fideicomisario*: 2.° el tutor y curador: 3.° el administrador de bienes agenos: 4.° el prelado eclesiástico: 5.° el fisco; y

en suma, todos los que tienen que dar cuenta de bienes que se les entregan para su custodia y administracion (*).

2. La obligacion impuesta al heredero para la formacion del inventario tiene dos objetos: 1.° que no se sustraigan bienes algunos en perjuicio de los acreedores y legatarios: 2.° que el heredero no sea reconvenido en mas de lo que importan los bienes de la herencia.

3. En el libro 2 tít. 2 cap. 11, se habló de la obligacion que tiene el heredero de pagar las deudas que el difunto dejó contra sus bienes, ya porque representa su persona, y se trasfieren en él todas las acciones que competian al difunto, ya tambien porque el heredero aceptando la herencia, se dice que cuasi contrae con los acreedores y legatarios. Pero si hace el inventario segun queda expresado en el capítulo anterior, no está obligado á mas que á lo que alcance la herencia[1]: y aunque pague primero las mandas que las deudas, de modo que no le quede que heredar mas que su cuarta falcidia, no deben reconvenirle los acreedores ántes que á los legatarios, sino á estos primero, y por lo que falte, á él, hasta en lo que importe su cuarta y no mas[2]: procediendo lo mismo si paga á los acreedores que primero vienen á cobrar sus créditos, é ignora que hay otros privilegiados á ellos[3]; y no haciéndolo en la forma expuesta, si acepta la herencia, ó como heredero se entra en ella, está obligado á pagar regularmente el total importe de las deudas y legados, aunque no alcancen á cubrirlo los bienes heredados[4]. Esto se entiende, ya sea el heredero legítimo ó extraño, varon ó hembra, instituido solo ó con otros, mayor ó menor, y ya suceda por *testamento* ó *abintestato*, ó contra testamento[5]; pero es de advertir lo primero, que el heredero extraño pierde tambien la *cuarta falcidia*[6], y el fiduciario la *cuarta trebeliánica*, como contra Gomez y otros defiende Ayllon, citando á muchos en sus adiciones, libro 1. *Var.* cap. 5 núm. 14, y es la opinion corriente; y lo segundo, que el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario puede deducir de ella los gastos que hizo en defenderla contra los que intentaban ser coherederos, ántes que pague las deudas del testador, si consiguió excluirlos de ella.

(*) Aquí solo debiera tratarse del inventario que se hace para averiguar los bienes que deja un difunto para distribuirlos entre sus herederos; pero el autor, segun su costumbre de hacinar cosas inconexas, á veces sin mas razon que la identidad de nombre, mezcla otros inventarios de diferente especie, así como le dió el antojo de hablar en este capítulo de la tutela con ocasion del inventario que deben hacer los tutores. Este tratado se descartó de aquí insertándole en el libro 1 de esta obra; y ya que no se puede hacer otro tanto con los párrafos en que habla de los inventarios que no son de bienes de difunto, por lo ménos se evitará la confusion, colococándolos con la separacion debida despues de la doctrina relativa á los herederos.

1 L. fin. § *Et si præfatam.* Cod. *De jure deliberand.* y leyes 5 y 7 tit. 6 part. 6.
2 Dicha ley 7 tit. 6 part. 6, en las palabras, *Pero decimos.*
3 Dicha ley fin. §. *Et si præfatam.* Greg. Lop. en dicha ley 7 gl. 9.
4 L. 10 tit. 6 part. 6.
5 Roland. *De inventar.* part. 2 vers. *Igitur primo*, y vers. *Quæro.* Guerreir. *De inventar.* lib. 2 cap. 11 n. 18.
6 Dicha ley 10 tit. 6, y ley 7 tit. 11 part. 6.

4. Lo dicho en el párrafo anterior se limita en diez casos. 1.° cuando el heredero goza del previlegio de no deber ser reconvenido en mas de su posibilidad; pues entónces no está obligado á mas de lo que alcanzan los bienes por deudas ni legados[1]: 2.° cuando el testador mandó al heredero que de sus bienes pagase los legados; pues puede imponer á los legatarios la condicion que quiera, y en perjuicio de ellos excusar á su heredero de la formacion del inventario[2]: 3.° cuando por dolo de los acreedores y legatarios fué inducido el heredero á aceptar la herencia, pues nadie debe conseguir utilidad por su mala fe[3]: 4.° cuando los acreedores y legatarios confiesan no haber mas bienes en la herencia; pues aunque la ley quiere que el heredero que la acepta sin beneficio de inventario, esté obligado á mas de lo que alcanzan los bienes, fundada en la presuncion que contra él resulta por este hecho, de haber ocultado ó sustraido parte de ellos, y prohibe la prueba en contrario, no repele la confesion que hace la parte, porque esta no es propiamente prueba sino relevacion de ella: 5.° cuando fué violentado á la adicion de la herencia; pues por la violencia no debe sentir utilidad ni perjuicio: 6.° cuando aun no aceptó la herencia; pues miéntras no la acepta, no es ni se debe llamar heredero: 7.° cuando padeció error en la aceptacion; porque el que yerra ó ignora, no se juzga que hace acto inductivo de ella, pues el error excluye el consentimiento[4], sin el cual ninguna disposicion es estable: 8.° cuando la obligacion del difunto es nula de derecho por todos respectos; porque en este caso, así como el difunto puede contravenir á ella, del mismo modo y con superior razon su heredero[5]: 9.° en cuanto á la legítima; y así aunque el legítimo heredero no haga inventario, no la pierde en caso de que despues de pagar las deudas le quede que heredar, porque se le debe por derecho natural; por cuya razon se deducirán estas, y luego la legítima; y si sobrare algo, será para los legatarios, pero si no, se quedarán sin sus legados[6]: 10. cuando el heredero es menor, no tiene padre ni curador, y fué perjudicado en la aceptacion de la herencia sin beneficio de inventario; pues probada la lesion y pedida la restitucion por entero, se le debe restituir y

1 Ciriac. controv. 5 n. 176. Guerreir. dicho cap. 11 n. 86.

2 Merlim *De legitim.* lib. 3 tit. 2 q. 24. n. 75. Guerreir. ibi n. 93.
L. Nec ex dolo, 13 ff *De dolo malo.* Ciriac. controv. 178 n. 64. Mantic. *De inventar.* q. 228 n. 50.

3 *L. Si per errorem*, 15 ff. *De jurisdictione omnium judic.* y ley *Nihil consensui*, 116 § *Non videtur.* ff. *De regul. jur.* El error de que habla aquí Febrero debe ser involuntario, inculpable ó invencible, pues de otro modo parece que no debe excusar al heredero. Entendiéndose así, pudieran conciliarse las opiniones opuestas del *reformador y adicionador* sobre este punto, como puede verse en la impugnacion de este y contestacion del otro.

5 Cancer. part. 3 *Var.* cap. 2 n. 78. Ciriac. controv. 312 n. 108. Mantic. *De tacit.* lib. 5 tit. 13 n. 3. Guerreir. dicho cap. 11 n. 118.

6 Guerreir. *De tutel.* part. 2 cap. 1 n. 43 al 46. Gutier. *De inventar.* lib. 2 cap. 1. Ayor. part. 1 cap. 2 n. 23.

volver al estado que tenia ántes de su aceptacion, citando y oyendo á los acreedores, y no de otra suerte[1].

5. El inventario hecho por uno de los herederos aprovecha á los demas que no intervinieron en él, aunque algunos dicen que para esto es necesaria la cesion del que lo formalizó. Asimismo se duda si el inventario aprovecha á otros sin cuya intervencion se hizo, como por ejemplo en este caso: muerto el marido pide su viuda se inventarien los bienes que dejó, é inventariados y tasados legalmente, y divididos, ó ántes de su division aparecen deudas contra el caudal: pretenden los acreedores sus créditos, y los hijos responden que solo estan obligados en cuanto lo permita la herencia, porque la aceptaron con beneficio de inventario; y los acreedores replican que no deben gozar de este beneficio, por no haber hecho otro inventario que el que formalizó su madre. Esta cuestion trae Ayora[2], afirmando que es suficiente el formalizado por su madre, y que cumplen con satisfacer hasta la cantidad que percibieron (*).

6. Por la mera formacion del inventario no se contempla aceptada la herencia, porque la aceptacion es un hecho, el cual no se presume si no se prueba; y por tanto quien afirma que el heredero la aceptó debe probarlo plena y concluyentemente, pues no bastan presunciones, conjeturas ni pruebas equívocas. Un heredero, por ejemplo, puede hacer el inventario, no porque haya aceptado la herencia, sino con el fin de cerciorarse del valor de ella, para deliberar si ha de aceptarla ó repudiarla: y así como el que puede ejercer algun acto con dos motivos, no se conceptúa haberlo ejercido precisamente por el uno, á ménos que lo exprese; del mismo el que con dos ó mas puede hacer el inventario, no se presume haberlo hecho con ánimo de aceptar la herencia miéntras no lo diga, ó lo haga como heredero; bien que basta que se le llame así en él, aunque el escribano le haya puesto este título, una vez que lo consienta y lo firme. Tambien procede lo dicho, aunque la herencia sea cuantiosa, si bien en este caso bastan menores pruebas; y se amplia asimismo á los hijos siempre

1 L. 7 tit. 19 part. 6. Ciriac. controv. 264. Cancer. part. 1 *Var.* cap. 2 n. 7.

2 Part. 1 cap. 2 n. 22.

(*) Como el heredero es obligado por la ley á la formacion del inventario, para que no sustraiga ningunos bienes en perjuicio de los acreedores y legatarios, y esta sustraccion se previene bastantemente con el inventario que hace la muger de todos los bienes hereditarios y comunes; no hay justo motivo para que deje de aprovechar asimismo al heredero, pues no teniendo lugar la razon de la ley, tampoco debe tenerle su disposicion. Ademas: con el inventario formado por la muger, y la particion hecha con los hijos ó herederos del marido, se satisface mejor á la intencion de la ley que manda al heredero hacer inventario, que con el que aquel haga únicamente de los bienes hereditarios, puesto que en el primero se ponen fuera de los del difunto los que corresponden á la muger; y así se puede mostrar mejor cuántos y cuáles quedaron por muerte del marido. Estas razones trae Ayora en el lugar citado; pero yo creo que puede darse en favor de su opinion otra mas poderosa, y que hace inútiles las suyas: á saber, que el inventario hecho por la muger, como que forzosamente ha de hacerse con citacion de los hijos ó herederos, debe tenerse hecho tambien por estos. *Febrero reformado.*

que se trate de perjuicio suyo[1], pues tratándose de su utilidad ó comodidad se presumen herederos, excepto que justifique lo contrario.

7. El tutor y curador estan obligados á hacer el inventario solemne, segun se dijo en el lib. 1 tit. 4 cap. 3, párrafos 4 y 5, debiendo hacerse aquí las dos advertencias siguientes. 1.ª Cuando el testador nombre tutor al pupilo, ó á falta de esto el juez ó los mismos menores, siendo púberos, nombren curador para administrar los bienes, basta que dicho tutor ó curador asista por ellos á la formacion del inventario y particion, y á lo demas que ocurra, sin que sea necesario nombrar curador *ad litem*, ni gravar á los menores con dietas ó salarios superfluos de este, como por abuso, y por no resistirlo los tutores ó menores que lo ignoran, suele hacerse en algunos pueblos; pues discernido el cargo puede otorgar poder, y sustituir por su cuenta y riesgo la tutela y curaduría á favor de quien quisieren para lo que sea preciso. Exceptuáse el caso en que el tutor ó curador sea partícipe en la herencia; pues entónces es indispensable el curador para pleitos, ó el contutor, si le hay, que defienda al pupilo para que no sea perjudicado. La segunda advertencia se reduce á lo siguiente. Estando habilitados por la cámara los menores para administrar sus bienes, no necesitan curador para hacer el inventario y particion, ya sea entre sí, ó con su madre ó padrastro, porque la habilitacion les contituye en la clase de mayores para esto y otras cosas, excepto para enagenar ó gravar dichos bienes, sin perjuicio de gozar del beneficio de la restitucion, siendo perjudicados; y lo mismo procede cuando estan casados, si son mayores de diez y ocho años, ó han entrado en ellos, por cuanto los habilita la ley para administrar y percibir sus bienes y los de sus mugeres, sin que necesiten obtener venia de la cámara[2]. Lo que se ha expuesto en órden al inventario y administracion de menores, milita respecto á los administradores de hospitales, y otros semejantes que tienen que dar cuenta de su administracion; pero no perteneciendo al propósito de esta obra, omito tratar de ellos, como tambien de los prelados eclesiásticos, y paso á hablar de otras personas, cuyas obligaciones en punto á la administracion y formacion de inventario debe saber el escribano.

8. El padre que tiene á sus hijos en su poder no está obligado á formalizar inventario solemne de los bienes adventicios que les tocan, porque es legítimo administrador y usufrutuario de estos, y no tiene que dar cuenta ni caucion de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, de suerte que aunque los administre mal, no es responsable por esto, á no ser culpable ó dolosa su administracion, ni incurre en ninguna pena por no haberse establecido contra él[3]; pero lo

1 Gom. lib. 1 *Var.* cap. 9 n. 2.
2 L. 7 tit. 2 lib. 10 N. R.
3 Gom. ley 48 de Toro n. 16. Ayor. part. 1 cap. 2 n. 16.

contrario se ha de decir si no tiene el usufruto por ser castrenses ó cuasicastrenses los bienes, ó por estar casado y velado juntatamente, ó emancipado el hijo, ó por otro motivo; pues entónces, como no es legítimo administrador suyo, debe darle cuenta, y por consiguiente inventariarlos. Y en caso de tener el padre el usufruto debe hacer descripcion de ellos con la misma claridad y distincion ante escribano y dos testigos á presencia de los mismos hijos, si son capaces, sin necesidad de acudir al juez ni de citacion alguna; en lo cual se diferencia el inventario solemne de la descripcion, pues esta solo es para que los hijos sepan qué bienes adventicios les corresponden, y no se oscurezcan, ni su padre se vuelva á casar, se presuman adquirirlos en el segundo matrimonio, con perjuicio suyo, ni tampoco se ignore si hay algunos que reservar á los demas. Para dicha descripcion no hay término prefinido; por lo que si quiere volverse á casar, deberá hacerla ántes de casarse y de otorgar la dote de su muger, con declaracion y liquidacion de los que son suyos y de sus hijos, y *obligarse con su persona y los suyos presentes y futuros á restituírselos, ó su importe, y darles cuenta con pago cuando salgan de su poder.* Si tiene bienes raices, podrá hipotecarlos especialmente á la responsabilidad de los maternos de sus hijos para no perjudicarles, y el escribano protocolizará la descripcion y obligacion que á su continuacion naga el padre, como otra cualquiera escritura ó acto extrajudicial que pasa ante él, y de ello dará las copias autorizadas que se le pidan. Si no quisiere que intervenga escribano, puesto que es quien hace el inventario, y se ha de estar á lo que manifieste, miéntras no se pruebe ocultacion; que por otra parte no es presumible quiera gravar su conciencia y defraudar á sus hijos, y que el escribano solo da fe de lo que él dice y manifiesta, siendo lo mismo que le autorice que no; bastará que el padre haga por sí solo la descripcion en una relacion jurada ó individual que firme, por la que se deberá pasar, y con ella se excusa de gastos inútiles: entendiéndose esto sin perjuicio de lo que se ha dicho debe practicar en caso de querer casarse; pues el derecho hace gran confianza del padre, y forma mejor concepto de él que de la madre y demas parientes. Si los hijos estan casados y velados, y han cumplido los diez y ocho años, pueden partir con su padre los bienes que haya dejado su madre, y darse recíprocamente el correspondiente resguardo extrajudicial sin intervencion de curador; porque de dicha edad los habilita la ley para administrar y percibir sus bienes y los de sus mugeres sin necesidad de impetrar ni obtener venia, segun ya he dicho: con la diferencia de que siendo todos muebles basta que la descripcion, particion y resguardo sean simples; y si algunos ó todos son raices, es necesario intervenga escribano, porque como

son perpetuos, se requiere escritura pública que acredite á la posteridad su adquisicion, dominio y adjudicacion, y les sirva de título de propiedad y pertenencia, para poder disponer de ellos; bien que si son lesos en la particion, sea judicial ó extrajudicial, hecha con asistencia de curador ó sin él, podrán usar de su derecho dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad, aunque estuviesen casados cuando la hicieron, porque el matrimonio no se la suple, ni les priva del auxilio de la ley. Pero si sucede como heredero instituido á algun hijo capaz de testar que no se halla bajo su dominio, debe hacer inventario solemne; pues de omitirle estará obligado por las deudas en mas de lo que alcance la herencia, porque se tiene como extraño, y ninguna ley le exceptúa en este caso. *La Audiencia de Méjico en 17 de mayo de 1759 acordó, que los viudos no estan en obligacion de hacer inventarios, y sí discripcion jurada ante escribano, en que se pongan con distincion el capital, dote y gananciales, la que se protocole; sin que sea necesario proceder á division y particion. En 17 de octubre del mismo año añadió, que en el caso de que alguno de los hijos de los viudos que tengan la administracion de sus bienes adventicios, salga de la menor edad, ó tome estado, de suerte que sea preciso enterarle su legítima, ó cuando pasare á segundo matrimonio el padre, ó que falleciendo este quede viva la madre, sin embargo de que se mantenga en la viudez, aunque no contraiga segundas nupcias, ó cuando muerto el padre y la madre quedaren los menores á cargo de tutores, en estos eventos se compela á los albaceas á que dentro del término de dos meses, y bajo la pena de quinientos pesos, procedan á la faccion de inventarios, ó descripcion de los bienes de todas las testamentarías en que quedaren menores herederos, las que concluidas, se procederá á la cuenta de division y particion[1].*

9. Si el marido ó su muger sin hijos, que no se instituyeron recíprocamente herederos, se apoderase de todos sus bienes y de los del consorte difunto, deberá por razon de la mutua sociedad celebrada entre ambos con el matrimonio, hacer descripcion de ellos, porque tiene que dar cuenta á sus herederos de los que dejó; mas por omitir la formacion del inventario solemne no incurrirá en las penas impuestas á los herederos, y otros que estan obligados á hacerle no le hacen, porque ninguna ley se las impone, ni manda formalizarle con toda solemnidad[2].

10. El usufrutuario, sea particular de ciertas cosas, ó universal de todos los bienes, puede y debe ser compelido á hacer inventario; porque teniendo, como tiene, obligacion de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon para restituirlos acabado el usufruto, no habiéndolos inventariado, no se podrá conocer si los usó ó no como era debido, ni se hace una plena restitucion de todos los que entraron en su poder, y se perderá fácilmente su propiedad á causa de no poder justificarse por falta de documento que la acredite[1]; pero no es preciso que formalice este inventario con la solemnidad que el heredero, por no haber ley que expresamente se lo mande; y así basta que haga descripcion de todos los bienes muebles ó inmuebles con intervencion del propietario, á lo cual no debe resistirse aunque el testador le hubiere dispensado el hacerla; porque así como no puede remitirle la caucion de usar y gozar los bienes en la forma expresada[2], tampoco puede dispensarle de que haga la descripcion referida, que es un antecedente necesario para la caucion[3]. Lo mismo se ha de decir aunque el testador le hubiese impuesto la pena de privacion de usufruto ú otra, si hacia la descripcion; pues sin embargo, tiene obligacion de hacerla á instancia del propietario sin riesgo de incurrir en ella[4], prestando juramento de no haber ocultacion, y con los demas requisitos expresados anteriormente[5]. Por tanto, si no lo hiciere, y si se mezclare en los bienes, se podrá jurar *in litem* contra él, no obstante la remision y prohibicion del testador, sea usufrutuario particular ó universal; si bien el propietario no está obligado á entregárselos hasta que haga la descripcion. Pero si el usufrutuario posée los bienes, sea con licencia del testador ó del heredero propietario, no se deberá decir que procede con mala fe, ni que es moroso por no inventariarlos ni dar la caucion hasta que acerca de ello le interpele judicialmente el propietario, en cuya atencion hace suyos los frutos aun ántes de la fianza, si la posesion es legítima y justa; bien que una vez interpelado, si se resistiere, podrá el propietario jurar *in litem* contra él[6].

11. En órden á si el fisco estará obligado á hacer inventario solemne de los bienes que recaen en él, se ha de distinguir: ó le tocan como á heredero instituido, ó como sucesor por haberse confiscado á algun delincuente, ó por estar vacantes á causa de no parecer parientes del difunto é ignorarse á quien corresponden: si como á heredero instituido, debe hacer el inventario, y de lo contrario estará obligado á mas de lo que alcance la herencia por las deudas y legados, al modo que otro cualquiera heredero; porque en este caso usa del derecho de persona privada, y como tal solo goza de privilegio en los casos expresos en las leyes, aunque algunos dicen lo contrario; pero cuando sucede en los bienes confiscados ó vacantes, no tie-

1 Beleña tercer foliage nº. 15 y 16.

2 Ayor. part. 1 cap. 2 n. 10 hasta el 14.

1 Molin. *De primog.* lib. 1 cap. 28 n. 4. Garcia *De expens.* cap. 11 n. 4. Castill. *De usufruct.* cap. 14 n. 4.
2 Castill. lug. cit.
3 Castill. *De usufruct.* cap. 15 n. 17. Molin. lug. cit. ns. 4, 13, 15 y 16.
4 Castill. en dicho cap. 15 n. 18.
5 Castill. n. 20.
6 Castill. *De usufruct.* cap 16 ns. 14 y 28.

ne obligacion de hacer el inventario, ni de satisfacer mas que lo que importen[1]; pues los herederos anomalos ó irregulares, cuales son el fisco en dicho caso, el monasterio que sucede al monge, el padre que ocupa los bienes de su hijo por razon de peculio, los ejecutores universales que tienen el lugar del heredero, y otros que no suceden por derecho hereditario, se tienen por sucesores y poseedores, mas no por verdaderos herederos.

1 L. 16 tit. 7 part. 6.

CAPITULO III.

De la tasacion de los bienes inventariados: cómo y por qué personas ha de hacerse; y en caso de que estas esten discordes y hagan agravio en su valuacion, de qué remedios podran usar los herederos.

1 Motivos por que deben tasarse los bienes inventariados.
2 Caso en que no es necesaria la tasacion.
3 Para hacer la tasacion han de ser citadas las partes, excepto en los casos que allí se expresan.
4 El aprecio de los bienes debe hacerse por peritos.
5 Circunstancias que deben tener estos.
6 El juramento que hacen los peritos es el de *creencia*.
7 Los peritos que tienen nombramiento público pueden ser compelidos á admitir su encargo, y aun los nombrados por las partes cuando no hay otros igualmente idóneos.
8 Pueden ser recusados los peritos nombrados por el juez, con solo el juramento de tenerlos por sospechosos; pero si aquel los nombra por contumacia de los interesados, es necesaria justa causa para recusarlos.
9 Cuando las mismas partes eligen los peritos, no pueden recusarlos.
10 Los peritos deben examinar cada una de las cosas que valuan, pues de lo contrario es nula la tasacion.
11 No se deben valuar precisamente los bienes por el precio en que se compraron, sino por su estimacion presente.
12 Para excluir la querella de inoficioso testamento, y ver si queda á los hijos su legítima, ó á los herederos extraños la cuarta falcidia que el derecho les concede, se ha de atender al valor que los bienes tenian al tiempo que murió el testador; mas para el solo efecto de partir los bienes entre los herederos, se ha de atender al valor efectivo que tengan al tiempo de hacerse la division.
13 Si los peritos discordaren en las tasaciones, han de elegir los interesados un tercero en discordia.
14 Si todos los nombrados y el tercero estuvieren discordes, puede el juez seguir el parecer ó dictámen que le parezca mas arreglado, ó bien elegir un medio proporcional.
15 ¿Si el tercero en discordia estará obligado á seguir el dictámen de alguno ó algunos de los otros peritos?
16 Cuando son muchos los peritos, y todos estan discordes en sí, ¿á quiénes deberá darse crédito?
17 Los peritos y el tercero, ya sean elegidos por las partes ó por el juez, no pueden delegar su oficio en otro.
18 Remedios que competen al agraviado cuando los peritos proceden con injusticia en la tasacion.
19 Para que el juez defiera á la reduccion á albedrío de buen varon, no basta que un solo heredero afirme que la tasacion es injusta si otro lo contradice.
20 Siendo pobre el heredero que impugna la tasacion, si ninguno de los coherederos quiere pujar los bienes, ni se convienen en que se apliquen por el precio de la tasa, tiene aquel derecho á valerse de un tercero extraño que lo apronte incontinenti.
21 Si se vendieren algunos de los bienes inventariados luego que se tasen, y diere por ellos al contado uno de los herederos menor precio que el de su tasa, ó quisiere tomarlos por él en cuenta de su haber, debe ser preferido al que ofrece mas al fiado.
22 Cuando una heredad tiene muchas fanegas de sembradura, unas mejores que otras, y fué tasada á tanto cada fanega una con otra, el heredero que las quiera ha de pujarlas todas ó ninguna.
23 La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia, ha de hacerse luego que esten tasados, y ántes que se proceda á su division.
24 Cerciorados los herederos del aprecio de los bienes inventariados, y hecha á cada uno su respectiva aplicacion, ninguno, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion.
25 Si una cosa estuviese apreciada en mucho mas de su justo valor, y los contadores la adjudican íntegra á uno de los herederos sin sortearla, puede aquel á quien se aplicó reclamar por via de querella la adjudicacion.
26 Los aprecios de los tasadores no perjudican á los acreedores ni legatarios del difunto, excepto en el caso que allí se expresa.
27 ¿Cuándo perjudicará la tasacion á los terceros poseedores?
28 Se ha de apreciar por lo que justamente vale la cosa legada, aunque el testador dijese que valia ménos, y hubiese mandado que se diese al legatario por este inferior precio.
29 En órden á los juros, se ha de sacar certificacion de sus capitales y réditos para inventariarlos y dividirlos con arreglo á ella.

1. Aunque en opinion de algunos autores, para que el inventario se diga rectamente formalizado, no es necesario que los bienes inventariados se estimen, numeren, pesen, midan ni describan con todas sus circunstancias, con tal que consten en él, no obstante es nulo cuando no se expresan con claridad y precision el peso, medida, número y aprecio[1]; y así no solo se han de inventariar en los términos expuestos, sino tambien apreciar sin embargo de cualquiera costumbre, ó por mejor decir, abuso que haya en contrario; pues de otro modo se daria lugar á que el heredero ó inventariante, poniendo en confuso los bienes, defraudase á los coherederos y á los menores, ausentes, acreedores y legatarios, sustituyendo otros de inferior valor; lo cual no se debe permitir. Ademas sin la valuacion no se puede proceder á la particion, porque ni las fincas son iguales, ni los muebles y semovientes de un mismo valor, especie

1 L. *Siquis intra.* Cod. *De bonor. possess.* Roland. concil. 73 n. 79 lib. 2, y *De inventar.* part. 3 vers. *Item quaeritur.*

ne obligacion de hacer el inventario, ni de satisfacer mas que lo que importen[1]; pues los herederos anomalos ó irregulares, cuales son el fisco en dicho caso, el monasterio que sucede al monge, el padre que ocupa los bienes de su hijo por razon de peculio, los ejecutores universales que tienen el lugar del heredero, y otros que no suceden por derecho hereditario, se tienen por sucesores y poseedores, mas no por verdaderos herederos.

1 L. 16 tit. 7 part. 6.

CAPITULO III.

De la tasacion de los bienes inventariados: cómo y por qué personas ha de hacerse; y en caso de que estas esten discordes y hagan agravio en su valuacion, de qué remedios podran usar los herederos.

1 Motivos por que deben tasarse los bienes inventariados.
2 Caso en que no es necesaria la tasacion.
3 Para hacer la tasacion han de ser citadas las partes, excepto en los casos que allí se expresan.
4 El aprecio de los bienes debe hacerse por peritos.
5 Circunstancias que deben tener estos.
6 El juramento que hacen los peritos es el de *creencia*.
7 Los peritos que tienen nombramiento público pueden ser compelidos á admitir su encargo, y aun los nombrados por las partes cuando no hay otros igualmente idóneos.
8 Pueden ser recusados los peritos nombrados por el juez, con solo el juramento de tenerlos por sospechosos; pero si aquel los nombra por contumacia de los interesados, es necesaria justa causa para recusarlos.
9 Cuando las mismas partes eligen los peritos, no pueden recusarlos.
10 Los peritos deben examinar cada una de las cosas que valuan, pues de lo contrario es nula la tasacion.
11 No se deben valuar precisamente los bienes por el precio en que se compraron, sino por su estimacion presente.
12 Para excluir la querella de inoficioso testamento, y ver si queda á los hijos su legítima, ó á los herederos extraños la cuarta falcidia que el derecho les concede, se ha de atender al valor que los bienes tenian al tiempo que murió el testador; mas para el solo efecto de partir los bienes entre los herederos, se ha de atender al valor efectivo que tengan al tiempo de hacerse la division.
13 Si los peritos discordaren en las tasaciones, han de elegir los interesados un tercero en discordia.
14 Si todos los nombrados y el tercero estuvieren discordes, puede el juez seguir el parecer ó dictámen que le parezca mas arreglado, ó bien elegir un medio proporcional.
15 ¿Si el tercero en discordia estará obligado á seguir el dictámen de alguno ó algunos de los otros peritos?
16 Cuando son muchos los peritos, y todos estan discordes en sí, ¿á quiénes deberá darse crédito?
17 Los peritos y el tercero, ya sean elegidos por las partes ó por el juez, no pueden delegar su oficio en otro.
18 Remedios que competen al agraviado cuando los peritos proceden con injusticia en la tasacion.
19 Para que el juez defiera á la reduccion á albedrío de buen varon, no basta que un solo heredero afirme que la tasacion es injusta si otro lo contradice.
20 Siendo pobre el heredero que impugna la tasacion, si ninguno de los coherederos quiere pujar los bienes, ni se convienen en que se apliquen por el precio de la tasa, tiene aquel derecho á valerse de un tercero extraño que lo apronte incontinenti.
21 Si se vendieren algunos de los bienes inventariados luego que se tasen, y diere por ellos al contado uno de los herederos menor precio que el de su tasa, ó quisiere tomarlos por él en cuenta de su haber, debe ser preferido al que ofrece mas al fiado.
22 Cuando una heredad tiene muchas fanegas de sembradura, unas mejores que otras, y fué tasada á tanto cada fanega una con otra, el heredero que las quiera ha de pujarlas todas ó ninguna.
23 La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia, ha de hacerse luego que esten tasados, y ántes que se proceda á su division.
24 Cerciorados los herederos del aprecio de los bienes inventariados, y hecha á cada uno su respectiva aplicacion, ninguno, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion.
25 Si una cosa estuviese apreciada en mucho mas de su justo valor, y los contadores la adjudican íntegra á uno de los herederos sin sortearla, puede aquel á quien se aplicó reclamar por via de querella la adjudicacion.
26 Los aprecios de los tasadores no perjudican á los acreedores ni legatarios del difunto, excepto en el caso que allí se expresa.
27 ¿Cuándo perjudicará la tasacion á los terceros poseedores?
28 Se ha de apreciar por lo que justamente vale la cosa legada, aunque el testador dijese que valia ménos, y hubiese mandado que se diese al legatario por este inferior precio.
29 En órden á los juros, se ha de sacar certificacion de sus capitales y réditos para inventariarlos y dividirlos con arreglo á ella.

1. Aunque en opinion de algunos autores, para que el inventario se diga rectamente formalizado, no es necesario que los bienes inventariados se estimen, numeren, pesen, midan ni describan con todas sus circunstancias, con tal que consten en él, no obstante es nulo cuando no se expresan con claridad y precision el peso, medida, número y aprecio[1]; y así no solo se han de inventariar en los términos expuestos, sino tambien apreciar sin embargo de cualquiera costumbre, ó por mejor decir, abuso que haya en contrario; pues de otro modo se daria lugar á que el heredero ó inventariante, poniendo en confuso los bienes, defraudase á los coherederos y á los menores, ausentes, acreedores y legatarios, sustituyendo otros de inferior valor; lo cual no se debe permitir. Ademas sin la valuacion no se puede proceder á la particion, porque ni las fincas son iguales, ni los muebles y semovientes de un mismo valor, especie

1 L. *Siquis intra.* Cod. *De bonor. possess.* Roland. concil. 73 n. 79 lib. 2, y *De inventar.* part. 3 vers. *Item quaeritur.*

y cualidad, para que indistintamente se pueda aplicar uno á cada partícipe.

2. Lo expuesto en el párrafo anterior no tiene lugar cuando el difunto ántes de fallecer valuó los bienes que tenia, en cuyo caso no se debe reiterar la tasacion, porque se presume haberla hecho justificadamente; excepto que se pruebe que padeció error, ó que por alguna causa no se condujo en ella con la rectitud que debia[1].

3. Para hacer la tasacion han de ser citadas las partes como para el inventario, por si quieren asistir al juramento que hagan los peritos (mas no á verlos declarar), pues no se les puede impedir; y no presenciándolo, ó no citándolas, es nula[2], excepto que den comision á los peritos para hacerla sin su presencia ni citacion, ó que los hayan elegido de unánime conformidad, pues entónces, como que se contempla haberlos instruido del negocio, no es necesaria su citacion ni presencia; bien que si la tasacion se hace al mismo tiempo que el inventario, basta una citacion, porque es visto hacerse para asistir á todo. En la citacion se ha de poner fecha, y señalar á las partes el dia y hora en que se ha de hacer la valuacion, segun se practica.

4. El aprecio de los bienes inventariados se debe hacer por peritos diputados públicamente á este fin; y no habiéndolos, por los que elijan los interesados, ó por uno solo, si en él se convienen aquellos, y es práctico é inteligente en toda especie de bienes de la herencia; pero si no lo fuere, se ha de nombrar á cada clase el suyo: por ejemplo, para las heredades agrimensores, para las casas arquitectos, &c. Siendo de advertir que las partes pueden hacer este nombramiento por pedimento ante el juez, ó solamente ante el escribano que entiende en el inventario.

5. Estos peritos han de ser de buena vida y fama, y mayores de toda excepcion, y jurar que harán bien y fielmente la tasacion segun su inteligencia, sin causar agravio á las partes[3]; excepto que sean tasadores públicos nombrados por el soberano ó por el ayuntamiento del pueblo; pues siéndolo, si juraron al ingreso en su oficio, como se acostumbra, no tienen necesidad ni obligacion de volver á jurar en cada tasacion que hagan, ni tampoco cuando las partes los eligen de conformidad, y relevan del juramento, ó para negocio extrajudicial como amigos[4]. Los peritos hacen veces de testigos y de jueces: de testigos, porque deponen como estos; y de jueces, en

1 Paul. de Cast. cons. 364. Mascard. conclus. 660 n. 2. Guerreir. *De inventar.* lib. 1 cap. 11 n. 76. Ayor. part. 1 cap. 3 n. 38.
2 Surd. decis. 432. ns. 34 y 35. Ciriac. controv. 261 n. 16. Velasc. *De partition.* cap. 10 ns. 12 y 13. Guerreir. lib. 1 cap. 6 n. 21.
3 Guerreir. *De inventar.* lib. 1 cap. 8 n. 18 al 20.
4 Velasc. *De partition.* cap. 9 n. 1. Garcia *De expens.* cap. 24 n. 18. Guerreir. dicho cap. 8 n. 22 al 24.

cuanto juzgan y estan autorizados por el juez para dar su dictámen fundado.

6. El juramento de estos peritos es propiamente de *creencia*, porque recae sobre su entender, y el concepto que forman del valor de lo tasado segun las reglas de su arte, las circunstancias del tiempo y su práctica en el oficio; y no de *decir verdad*, como el de los testigos que deponen de vista ú oidas lo que percibieron por los sentidos; porque de cierto no pueden saberlo, á causa de depender de la comun estimacion de los hombres, y no tener valor intrínseco puesto por la ley[1].

7. Cuando los peritos estan nombrados públicamente, pueden ser compelidos á admitir su encargo, y hacer la valuacion, porque su oficio es público[2]; excepto que para dicha admision tengan impedimento ó excusa legítima. Y si los eligen las partes, aunque regularmente no pueden ser obligados á aceptarlo contra su voluntad, porque es oficio voluntario; no obstante, aun en este caso se les podrá compeler si no hay otros igualmente idóneos y rectos, porque de lo contrario seria ilusoria la eleccion, y se daria motivo á diferir la particion por falta de aprecio de bienes, ó á que la tasacion fuese injusta por la impericia de otros: lo cual cedia en notable detrimento de los interesados. Pero una vez que lo acepten, se les puede apremiar á evacuarlo, porque por su aceptacion se obligaron á ello[3].

8. Los peritos pueden ser recusados con solo el juramento de tenerlos por sospechosos, y de no proceder de malicia ni con ánimo de injuriarlos, siendo nombrados por el juez ordinario; pues si este puede serlo, con mas razon los que elija. Pero si los nombra por contumacia de los interesados, es menester que haya causa para recusarlos, y que se proponga y pruebe por el recusante porque el nombramiento del juez se considera hecho en nombre de aquellos, y de consiguiente por ellos mismos.

9. Si las mismas partes eligen los peritos, no los pueden recusar, porque por el hecho de elegirlos y presentarlos en juicio, es visto aprobar sus personas, al modo que los testigos; excepto que sea por nueva causa nacida ó sabida despues del nombramiento, y probada; pues de lo contrario no se les admitirá con solo el juramento expresado. Lo mismo procede cuando cada uno nombra el suyo; pues no puede recusarlo la otra, porque se guarda igualdad entre ambas: y como cada perito defiende contra el otro el derecho

1 En el lib. 3 tit. 4 cap. 5 se trata de estos dos juramentos, y se expresa la diferencia que hay de uno á otro.
2 L. 1 § *Personalia* ff. *De munerib. et honorib.* Velasc. dicho cap. 9 n. 4. Guerreir. *De inventar.* lib. 1. cap. 11 ns. 6 y 7.
3 Arg. ley *Item si unus.* ff. *De arbitr.* Garcia *De expensis*, cap. 24 n. 26.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de quien le nombró, queda subsanado el defecto que se le podia objetar, y el recurso al tercero en discordia; excepto que el tal nombrado, si fuese presentado como testigo, pudiese ser desechado para testificar, en cuyo caso lo podrá ser, y se deberá nombrar otro[1]. Siendo peritos públicos, es preciso que se expresen y prueben las causas por el recusante ántes de empezar á ejercer su encargo, ó luego que lleguen á su noticia, pues no basta el juramento de tenerlos por sospechosos; porque como se conceptuan personas de pureza, integridad y habilidad conocida, y en quienes el público depositó la fe y confianza, no se presume su soborno sin que se acredite en forma[2].

10. Los peritos deben examinar cada una de las cosas que valuan, pues de lo contrario es nula la tasacion; tasándolas todas con separacion, y no muchas por un precio[3]. Asimismo han de hacer la respectiva valuacion de ellas por lo que justamente valen, de suerte que en venta se pueda sacar el precio que se les dé (y no como cuando se han de subastar; pues por la baja que se suele hacer se tasan en mas, para que con ella queden vendidas en lo líquido, justo y efectivo que merecen), procediendo en su aprecio con gran circunspeccion, arreglo y moderacion, para que ningun interesado en la testamentaría experimente perjuicio; y no por informes de otros. Este justo precio se ha de regular, no por la singular ó particular aficion á lo que se tasa, sino por la general y comun estimacion de los hombres, atendidos el tiempo en que hacen la tasacion, la costumbre del pueblo, el sitio y produccion anual, la cualidad, cargas y condicion de las mismas cosas, y su abundancia y escasez; ni tampoco con nimio rigor, y mucho ménos en el juicio divisorio, porque como la envidia predomina principalmente entre los hermanos, conviene que se haga con equidad[4]; pues aunque se diga que tanto vale la alhaja cuanto se puede sacar por ella en venta, esto se entiende de cesante todo fraude.

11. Tampoco se deben valuar precisamente los bienes por el precio en que se compraron, sino por la estimacion presente, aunque se hubiesen comprado en pública subasta: ya porque así en la venta pública como en la privada puede engañar ó ser engañado el comprador[5]; ya porque el precio de las cosas varia cada dia segun los tiempos, circunstancias, calidad, fecundidad ó esterilidad, y mucho mas el de las que se deterioran ó consumen con el tiem-

1 Guerreir dicho cap. 11 ns. 9, 10 y 15. Hermos. en la ley 56 tit. 5 part. 5, gl. 6 ns. 46 al 54, y otros que cita.
2 Hermos. en la ley 56 tit. 5 part. 5 gl. 6.
3 Velasc. *De partition.* cap. 10 n. 5. Guerreir. dicho cap. 11 n. 24 al 26.
4 L. *Pretia rerum*, ff. *ad leg. falcid.* Guerreir. dicho cap. 11 ns. 26, 27, 42, 50 y 51.
5 Post. *De subbast.* inspect. 43, 47 y 49. Velasc. consult. 43 n. 6. Fontanel. decis. 63 n. 4.

po; y ya tambien porque muchos postores se acaloran en las posturas, ó por aficion á la cosa, ó por peculiar utilidad que se les sigue de su compra. Tampoco se ha de graduar de justo en los bienes raices el precio que resulte de los instrumentos ó escrituras de venta, aunque se hayan celebrado muchas por uno mismo, especialmente si desde que se hicieron pasaron diez años, porque despues de tanto tiempo se conjetura alterado y mudado su valor; y lo propio milita en los muebles que se deterioran con el uso, pasados tres años.

12. Para excluir la querella de inoficioso testamento se debe atender al valor que los bienes tenian al tiempo que murió el testador[1]: y para ver si queda á los hijos su legítima, ó á los herederos extraños la *cuarta falcidia* que de derecho se les concede, se ha de observar lo propio, porque aunque despues tengan incremento ó decremento los bienes que dejó, no crecen ni decrecen la legítima ni cuarta[2]; mas para solo el efecto de partir los bienes entre los herederos, se ha de atender siempre al valor justo, intrínseco y efectivo que tienen cuando se hace la division, y segun este se deben valuar en toda testamentaría, á diferencia de lo que se practica en las subastas y almonedas. Esto se funda en las dos razones siguientes. 1.ª Como desde la muerte hasta la particion pueden aumentarse ó disminuirse los bienes, debe pertenecer proporcionalmente á los herederos como á dueños el incremento ó decremento de ellos. 2.ª Porque si intermediaron muchos años, y se adjudican por el precio dado al tiempo de la muerte, pueden ser perjudicados algunos herederos, y beneficiados otros; pues unos bienes se habrán mejorado, y otros empeorado: así es que se debe atender al tiempo de la division, y por consiguiente volverlos á tasar por lo justo, como si se fuera á desembolsar por ellos el dinero; lo cual no sucede en los dos casos primeros, porque se deducen del monton ó cúmulo de bienes, la legítima y falcidia; y así no hay la referida contingencia. A mas de que en la particion se celebra entre los herederos cierta especie de venta ó tácita permuta de la porcion que se les aplica: y como todos tienen derecho á todos los bienes *pro indiviso*, y quedan respectivamente obligados á eviccion, segun diré mas adelante, se debe tener consideracion por lo mismo al valor justo y efectivo que se les dé cuando se venden ó permutan, y no al que tuvieron ántes[3], para evitar todo perjuicio.

13. Si los peritos discordaren en las tasaciones, han de elegir los interesados un tercero; y no conformándose en el que ha de ser,

1 En el tomo primero pág. 195, párrafo 3 y una de sus notas, se dijo lo que es la querella de inoficioso testamento, la cual se trasmite á los herederos cuando está preparada por la litiscontestacion ó de otra suerte, pero no sin dicha preparacion.
2 LL. 1 y 3 tit. 11 part. 6. Guerreir. dicho cap. 11 n. 58.
3 Guerreir. allí ns. 59 y 60. Ayor. part. 1 cap. 3, n. 7 al 9.

le nombrará el juez por su contumacia, y valdrá el parecer de la mayor parte de los nombrados[1]. El tercero electo por las partes de conformidad, ó por el juez por su discordia ó contumacia, no debe ser recusado sin expresion y justificacion de causa posterior al nombramiento, ó si anterior ignorada por el recusante, por ser maliciosa esta recusacion. Despues de la segunda declaracion uniforme de los peritos, no se debe admitir eleccion ulterior de otros, porque seria proceder en infinito.

14. Si todos los nombrados y el tercero estan discordes, puede el juez interponer su voto y arbitrio, siguiendo el parecer de aquel que mas arreglado y verosímil le parezca: ó elegir un medio proporcional juntando las valuaciones de los tres, y deduciendo de su total el tercio, que será el precio de la cosa que mas se acerque á lo justo, y esta es la opinion mas equitativa de las siete que hay acerca de lo que estando discordes los peritos se debe practicar[2]. Por ejemplo, si uno tasa en cinco, otro en diez, y otro en quince, cuyas tres partidas componen treinta, se saca de estas el tercio que son diez, y este es el justo valor. Si los interesados, creyendo que es diminuta ó excesiva la tasacion, resisten tomar la cosa por ella, pueden echar suertes para su aplicacion, y se adjudicará al que toque: ó venderla, y repartir su precio, que es lo mas seguro, con lo cual se evitan pleitos y desavenencias[3].

15. El tercero nombrado en caso de discordia, no está regularmente obligado á seguir el dictámen de los otros porque sean mas en número, siempre que tenga razon para no hacerlo; pero si los interesados nombrasen unánimemente los peritos y el tercero, deberá conformarse este con el parecer de uno de los dos que estime mas arreglado, y no hacer valuacion por sí dando precio ó valor distinto á las cosas en que discordaren; porque una vez que las partes nombraron á todos desde el principio, y no concordaron en uno solo, es visto haber querido que este no hiciese oficio de tasador, sino que expresase cuál de los pareceres de los otros era mas conforme á razon, y se conviniese con él, para que hubiese dos concordes en una suma y juicio, como desde el principio fue su intencion por el hecho de elegir dos, y no uno solo. Así que, no deberá hacer oficio de tasador verdadero, sino propiamente de tercero arbitrador y componedor; pero si fué electo por el juez, podrá disentir de ambos, y dar su voto separado[4]; y para evitar toda duda, se hará en él el nombramiento con la expresion de que sea para el efecto referido y no

1 Guerreir. lib. 1 y cap. fin. n. 13. Morquech. lib. 1 cap. 4 n. 10.
2 Hermes. en la ley 56 tit. 5 part. 5 gl. 6 ns. 158 al 166.
3 Velasc. *De partition.* cap. 9 n. 14 al 16. Ayor. part. 1 cap. 4 ns. 7 y 8. Morquech. ubi sup. n. 21 al 23. Guerreir. ubi proxime, n. 33 al 35.
4 Velasc. dicho cap. n. 10. Guerreir. dicho cap. fin. n. 36.

otro; advirtiendo que aunque los interesados prometan y juren pasar por el voto de cierto sujeto, no estan obligados á conformarse con él, si es injusto; ántes bien se ha de arreglar y reducir á lo justo: y lo mismo sucede con la promesa de obedecer el precepto de alguno.[1]

16. Si hay muchos peritos, y todos discurren entre sí, para saber á quiénes se debe dar crédito se distinguen siete casos: 1.° cuando son desiguales en número, en cuyo caso se ha de dar crédito á la mayor parte: 2.° cuando los peritos é imperitos discordan, debe seguirse el parecer de los primeros, aunque sea mayor el número de los segundos (*): 3.° cuando los peritos igualmente hábiles discuerdan en igual número, debe creerse á los que deponen lo mas verosímil: 4.° cuando entre los peritos es absoluta la igualdad, así respecto del número de los discrepantes, como de la pericia y verosimilitud, se debe creer á los que deponen á favor del reo: 5.° cuando muchos peritos contradicen al mas perito, se ha de dar crédito á aquellos, y no á este: 6.° cuando los peritos discuerdan en igual número de los mas peritos, se ha de creer á estos y no á aquellos; advirtiendo que la mayor pericia se prueba, v. gr. por estar uno en la clase de maestro y otro no, ó por hallarse mas versado en el ejercicio á que se refiere la controversia: 7.° cuando el uno es anciano y el otro jóven, se presume mas perito aquel que este[2]. Se deduce de lo dicho, que el dictámen de los peritos ancianos en igual número, debe ser preferido al de los jóvenes tambien peritos, y el de los prácticos al de los teóricos.

17. Los peritos y el tercero, ya sean electos por las partes ó por el juez, no pueden delegar su oficio en otro: lo primero, porque ninguna ley les concede esta facultad: lo segundo, porque deben jurar que harán la tasacion segun justicia y su legal saber y entender, y de consiguiente por sí y no por otro han de cumplir lo que juran: y lo tercero, porque su oficio es personalísimo, y para ejercerlo se buscó su habilidad, conciencia y bondad, por la confianza que de ellos tenian los interesados[3].

18. Si los peritos proceden con injusticia en la tasacion valuando en poco lo que vale mucho; ó al contrario, por impericia, malicia ó soborno de algun interesado, competen al agraviado tres remedios:

1 LL. 24 y 27 tit. 11 part. 5. Escobar *De ratiocin.* cap. 32 ns. 26 y 27.
(*) Este segundo caso no es de la cuestion que supone que solo hay peritos, y el tercero en decir que se ha de seguir á los que deponen lo mas verosímil, no enseña nada; porque ¿quién ha de determinar lo mas verosímil sino otro perito? Este es caso de poner un tercero, ó de decidir la cuestion á favor del reo, como dice el cuarto caso. *Febrero adicionado.*
2 Hermos. en la ley 56 tit. 5 part. 5, gl. 6 n. 24 al 38 y 44 y 45. Escobar *De ratiocin.* cap. 32.
3 L. *Inter artifices*, 31 ff. *De solutionib.* Guerreir. *De inventar.* lib. 1 y cap. 11 dichos n. 77. Ayor. part. 1 cap. 3 n. 6.

1.° pedir por via de queja reduccion á arbitrio de buen varon contra la tasacion ante el juez ordinario que conoce del negocio, implorando su noble oficio en el caso de que no la haya aprobado ó confirmado: 2.° si la aprobó, apelar de su providencia dentro de los cinco dias de la ley para ante el competente superior; y 3.° pujar los bienes, ofreciendo por ellos aumento de precio[1].

19. Para que el juez defiera á la reduccion á albedrío de buen varon, no basta que un solo heredero afirme que la tasacion es injusta si otro la contradice; pues en igual número se ha de estar por el que la defiende, y regularmente se crée á los tasadores, porque como peritos é imparciales, tienen á su favor la presuncion de haber evacuado fielmente su oficio, miéntras no se acredite plena y claramente lo contrario, y mas habiendo precedido (como debe preceder) su juramento de practicarlo así: por lo que si el que impugna la tasacion consiente que se le apliquen los bienes por el mayor precio que dice tienen, debe ser oido, y en otros términos no, por presumirse maliciosa su asercion.

20. Siendo pobre el heredero que impugna la tasacion, si ninguno de los coherederos quiere pujar los bienes, ni se convienen en que se apliquen por el precio de la tasa, tiene accion á valerse de un tercero extraño que lo dé al instante; lo cual no pueden contradecir los coherederos, porque es beneficio comun de todos; pero si uno de ellos los quiere por el tanto, es preferido como partícipe y comunero; si bien no se le admitirá, aunque ofrezca mas precio por los bienes de la herencia, excepto que lo consientan todos los partícipes, ó á lo ménos uno, el cual basta para compeler á los demas á que los pujen ó lo admitan.

21. Si algunos bienes de los inventariados se vendieren por algun motivo luego que se tasen, y diere por ellos al contando uno de los herederos menor precio que el de su tasa, ó quisiere tomarlos por él en cuenta de su haber, debe ser preferido al que ofrece mas al fiado á plazo cierto; excepto que los demas interesados quieran darlos al fiado por su cuenta y riesgo al coheredero en los términos que propone, ó que afiance á su satisfaccion, pues entónces se observará esto.

22. Cuando una heredad que tiene muchas fanegas de sembradura, y unas de mejor calidad que otras, se tasó, no por tanto, sino á tanto cada fanega una con otra, y uno de los herederos puja algunas señalando el paraje de su situacion, no se debe admitir esta puja ó mejora; pues debe pujarlas todas ó ninguna, porque en las cosas conexas ninguno puede aprobar una parte y reprobar otra, sino que debe aprobarlas ó reprobarlas en el todo[1]; pero esto se entiende cuando la heredad no tiene cómoda division, ó hay causa justa para no dividirla, pues cesando estos motivos pueden los herederos y cualquiera de ellos reclamar la tasacion, y pretender que se aprecien nuevamente con separacion las fanegas de tierra segun su calidad y bondad: lo primero, porque no se puede hacer igual la division á causa de ignorarse á cual de ellos se adjudicará, y si le cabe ó no toda la heredad, ó á todos tendrá ó no cuenta el llevarla íntegra, ó solamente su parte en ella: lo segundo, porque de lo contrario, aunque la valuacion sea cierta en el total de la heredad, es incierta, oscura y confusa respecto de cada una de las fanegas que comprende; y lo tercero, porque los tasadores deben hacerla clara y distintamente en el todo y parte de lo que valuan, y mucho mas cuando es cómodamente divisible.

23. La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia se ha de hacer luego que esten tasados, y ántes que se proceda á su division, porque entónces á ninguno irroga detrimento, ántes sí utilidad á todos en que crezca su valor; pero despues de hechas las adjudicaciones, no se debe admitir, porque se perjudica al coheredero á quien se aplicaron, y es visto que el licitante ó pujante lo hace por odio ó enemistad. Lo mismo procede cuando ántes de la division se comunicó á todos la tasacion, y nada dijeron contra ella, ni hicieron mejora en bienes algunos, en cuyo caso tampoco se debe adherir por la propia razon, y por haber espirado el tiempo en que debieron impugnarla, pues por su silencio es visto haberla consentido y aprobado[2].

24. Cerciorados los herederos del aprecio de bienes de la herencia, y hecha á cada uno su respectiva aplicacion, ninguno, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion con pretexto de haber sido leso en alguna alhaja ó finca cuyo valor está subido; y así no obstante el privilegio de menor edad, no será restituido: lo primero, porque hizo lo que el mas diligente é instruido haria, que fué consentir el aprecio, como lo consintieron los coherederos: lo segundo, por la incertidumbre, pues se ignoraba á quién tocaria la alhaja: por cuya razon se admiten y permiten muchas cosas que á no intervenir no se admitirian[3]: y lo tercero, porque quien por un pacto puede conseguir daño ó utilidad, no se debe llamar leso, pues el daño que

1 L. *Unde si nervae.* 79 ff. *Pro socio.* Guerreir. *De inventar.* lib. 2 caps. 1, 2 y 3, n. 1. Velasc. *De partit.* cap. 9 n. 37.

1 La principal razon es porque en semejante puja, quien la hace, aunque atendida la tasa de toda la heredad aumenta el precio de unas fanegas, disminuye el de otras que son de inferior calidad; por manera que perjudica a los coherederos, y acaso no da por las fanegas que señala su justo precio, pues unas valen mas y otras ménos de lo que corresponde á cada una con arreglo á dicha tasa. *Febrero reformado.*

2 Ayor. part. 1 cap. 3 ns. 30 y 31.

3 Ayor dicho n. 31. Gom. lib. 2 *Var.* cap. 14 n. 4.

padece es eventual, y así se compensa con la utilidad que podia experimentar[1]. Por estas razones, cuando de algun negocio puede resultar ganancia ó pérdida, no se debe pedir, ni aunque se pida, admitir utilidad, restitucion, rescision ni otro remedio por la lesion que haya habido[2], aunque por suerte le haya tocado la alhaja, porque en la suerte á nadie se grava[3] si se hace sin fraude.

25. Si una cosa estuviere evidentemente apreciada en mucho mas de lo que justamente vale, no hubiere otras tan subidas, y los contadores la adjudicaren íntegra á uno de los herederos sin sortearla, puede aquel á quien se aplicó, ya sea mayor ó menor de edad, reclamar por via de querella la adjudicacion, y pedir reduccion á albedrío de buen varon ante el juez ordinario, á fin de que le desagravie, repartiendo el importe del exceso entre los coherederos, ó haciendo que cada uno de estos le supla la parte que le toca[4]; pues cuando los árbitros dañan gravemente en su sentencia, se conceptúa proceden con dolo, y los que los eligieron no estan obligados á pasar por ella por esta presuncion[5]; mucho ménos no siendo árbitros con jurisdiccion estos apreciadores, sino unos meros peritos.

26. Aunque los aprecios de los tasadores electos por los herederos no perjudican regularmente á los acreedores ni legatarios del difunto[6], no es tan corriente esto que no padezca alguna excepcion; y así debe hacerse la distincion siguiente. Si los herederos hicieron voluntariamente entre sí con la viuda de su instituyente la particion sin autoridad judicial, es indudable que no perjudican á los acreedores ni á otro tercero que contra sus bienes tenga accion real ó personal, la particion ni valuaciones. Si interviene autoridad judicial á pedimento de alguno de los partícipes en la herencia, de modo que la particion no es voluntaria sino necesaria, y los acreedores son reales ó hipotecarios á los bienes que la componen, tampoco les perjudican los aprecios ni division; ántes bien á su instancia se pueden volver á tasar judicialmente, y el aprecio y particion que estos hicieren con la referida solemnidad perjudicará á los herederos; pero si los acreedores no tienen accion real contra los herencia, sino meramente personal, les perjudica lo practicado por los herederos, no habiendo intervenido colusion por defraudarlos[7].

27. Así como la tasacion hecha por los peritos que nombraron los herederos no perjudica á los acreedores, así tampoco á los terceros poseedores, en duda de si es ó no justa; pero sí acreditándose serlo, v. gr. en este caso: muerto el testador, se aprecian sus bienes á

1 Hermos. en la ley 56 tit. 5 part. 5.
2 Olea *De cess. jur.* tit. 6 q. 10.
3 L. fin. Cod *Communia de legat.*
4 L. *Societatem.* 76 ff. *Pro socio.*
5 L. *Arbitrorum*, 3. Cod. *De recept, arbitr.* et ibi DD.
6 L. *Isque fundum.* ff. *De usufruct. legat.*
7 Ayor. dicho cap. 3 n. 35. Guerreir. lib. 1 cap. 11 dichos n. 80 al 82.

instancia de sus herederos por peritos que con la viuda eligen, y todos no alcanzan para satisfacerla enteramente su dote. La viuda acreditándolo en forma, repite contra el tercero poseedor de algunos que su marido le enagenó, solicitando se los entregue ó la complete lo que la falta de su dote. El tercero alega que los que dejó su marido valen mas que los que por ellos valuaron los peritos, y que la tasacion perjudica únicamente á quien los eligió. En este caso, ó se prueba ó no que es justa la tasacion, ó hay duda: si se acredita serlo, perjudicará al tercero, y tendrá que devolver los bienes que compró: si no lo es, se volverán á tasar, y cubriendo la dote, nada tendrá que reintegrar; pero sí hasta en lo que falte, en caso que no la cubran. Y si hay duda, no le perjudicará á él ni á otro acreedor; por lo que se volverá á hacer, y se oirá sobre ello á las partes en via ordinaria[1].

28. Se ha de inventariar, y apreciar por lo que justamente vale, la cosa que el testador legó á alguno, ya sea hijo suyo ó extraño, aunque dijese que valia ménos, y hubiese mandado que por este inferior precio se le diese: porque su voluntad no fué legarle todo lo que valia, sino el precio en que la graduó, consignado en ella; y así aunque tiene derecho á que se le entregue como legado específico, y la llevará dando el exceso, el cual se agregará al caudal comun, y partirá entre los herederos, no obstante no queriendo entregarlo, cumplirán estos con darle el valor en que el testador la estimó[2].

29. En órden á los juros, puesto que teniendo cabimiento se hacen diferentes deducciones de los intereses primordiales de su constitucion, á cuyo respecto bajan tambien sus capitales; que para estas deducciones hay reglas fijas dadas por su magestad, ya esten sobre cientos, ó sean de renta antigua ó moderna, ya sea para redimir ó para inventariar ó adjudicar; y que el contador no debe alterar el inventario por carecer de facultad para ello; conviene que para no causar perjuicios á los partícipes en la herencia, se saque certificacion de lo líquido de sus capitales y réditos, y con arreglo á ella se inventarien y dividan; pues de su omision pueden resultar agravios, y no cobrarse los réditos.

1 Ayor. dicho cap. 3 n. 39.
2 En el presente caso ú otro semejante se han de examinar atentamente las palabras con que se dejó la manda, la cosa legada, las circunstancias de las personas y otras; pues podria suceder que segun la voluntad del testador y sin perjuicio de las legítimas de los herederos forzosos, no tuviese el legatario que dar parte ninguna del precio de lo legado. *Febrero reformado.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPITULO IV.

¿En qué pena incurre el heredero que oculta bienes de la herencia; y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion?

1 ¿Si se anulará el inventario, y perderá el heredero el beneficio que la ley le concede, omitiendo con malicia incluir en aquel algunos bienes de la herencia?
2 Requisitos necesarios para que el heredero que ocultó maliciosamente algunos bienes, incurra en la pena del duplo de lo ocultado, y pierda la cuarta falcidia.
3 ¿Cómo ha de hacerse la prueba de ocultacion?
4 El que alega la ocultacion ha de probar el dolo verdadero, sin que baste el presunto.
5 El heredero se eximirá de la pena de ocultacion, si se reservó y protestó aumentar al inventario todos los bienes que llegasen á su noticia pertenecer al testador.
6 La accion de ocultacion en cuanto á la pena no se trasfiere á los herederos del ocultante.
7 El heredero no incurre en la pena de ocultador cuando el inventario se hizo por algun criado ó dependiente suyo sin su noticia ni consentimiento.
8 La pena de ocultador en que incurre el heredero, no se extiende al poseedor que como tal, y no como heredero, formaliza el inventario.
9 Si uno de los herederos, despues de aceptada la herencia sustrae ó quita algunas cosas de ella, no es visto ejecutarlo con ánimo de hurtarlas y defraudar á los coherederos, sino en cuenta de su parte.
10 Estando yacente ó sin aceptar la herencia, si sustrajere algo ú ocultare bienes de ella, no podrá ser reconvenido por dicha accion; pero sí le condenará el juez á que lo restituya con los frutos, imponiéndole ademas la pena que allí se expresa.
11 y 12 ¿Cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion, y ante qué juez?

1. Cuando el heredero oculta algunos bienes de la herencia, ó con malicia omite ponerlos en el inventario, se duda si se viciará este, y si dicho heredero perderá el beneficio que la ley le concede, quedando obligado á satisfacer por entero á los acreedores sus créditos, y á los legatarios sus legados. La opinion afirmativa que siguen algunos autores se funda, lo primero, en que es lo mismo no ejecutar una cosa, que hacerla dolosamente[1]; y lo segundo, en que siendo el inventario una descripcion de todas las cosas de la herencia, no se puede decir que está ejecutada cuando se dejaron de incluir en él algunos de dichos bienes[2]. La opinion negativa, que es la mas comun, tiene los siguientes fundamentos: el heredero no está obligado á pagar íntegramente las deudas y legados por no haber ley que á ello le condene; y segun derecho pierde solamente la cuarta falcidia, y por su dolo incurre en la pena del duplo de

1 Cap. *Inter corporalia de translat.* Cap. *Episcopis*, y cap. *Veniens de presbyter. non baptiz.* y cap. fin. *De restit. spoliator.*

2 Fachin lib. 4 *Controv.* cap. 37. Ceball. *in Pract.* q. 131 n. 3. Cancer. lib. 1 *Var.* cap. 11.

lo ocultado[1]. El inventario tampoco se vicia y anula, porque cuando la ley no procede anulando sino castigando é imponiendo pena, es valido el acto[2].

2. Supuesta como legal la opinion negativa, digo: que para que el heredero extraño, que omitió maliciosamente inventariar algunos bienes, incurra en la pena del duplo de lo omitido ú ocultado, y pierda la cuarta falcidia que el derecho le concede, deben concurrir simultáneamente tres cosas: 1.ª que el que alega la ocultacion especifique con individualidad los bienes ocultados y no inventariados: 2.ª que pruebe haberlos ocultado el inventariante con cierta ciencia, dolo y malicia, pues el que alega el dolo y culpa debe probarlos[3]: 3.ª que pruebe igualmente que existian en poder del difunto al tiempo de su muerte, pues no basta que lo estuviesen poco ántes, porque en favor del que hace el inventario está la presuncion de que no existian mas entónces, lo cual trasfiere en el contrario el gravámen de justificar su existencia al mismo tiempo[4]; y concurriendo estos tres requisitos incurrirá en la pena, siempre que preceda sentencia que le declare incurso[5].

3. La prueba de ocultacion no solo se puede hacer por testigos de vista, sino por presunciones y conjeturas, y por testigos de oidas, si en ellos y en sus dichos concurren las circunstancias que en semejantes casos se requieren; porque la ocultacion se hace con gran cautela, secreto y seguridad, y es muy difícil probarla directa y paladinamente[6].

4. El que alega la ocultacion ha de probar el *dolo verdadero*, pues no basta el presunto; y no probándolo, se presume error[7]. Se llama *dolo verdadero* el que resulta y se prueba con evidentes y manifiestos indicios y presunciones: v. gr. en los delitos de hurto, adulterio, homicidio y otros actos, en lo cuales es indispensable que quien los hizo ó cometió lo quisiese así con toda premeditacion y deliberacion, y que no puede ser de otra suerte. *Dolo presunto* es aquel en que interviene culpa lata ó extremada negligencia, y se prueba con indicios probables y no manifiestos: v. gr. si el que tiene en su poder alguna alhaja depositada la deja de noche en el camino, ó de dia, pero en lugar por donde transitan muchos, ó si no paga pudiendo, ó no restituye lo que sabe está debiendo, ó no es suyo: en estos casos y otros semejantes, aunque se puede y debe creer que el delincuente

1 L. 9 tit. 6 part. 6.
2 Ayor. part. 1 cap. 2 n. 21. Guerreir. *De inventar.* lib. 1 cap. 9 ns. 3, 4, 5, 10 y 128 al 130.
3 L. *Quoties* § *Qui dolo* ff. *De probation.* y ley *Dolum.* Cod. *De dolo malo.*
4 Velasc. *De partit.* cap. 8 n. 45 al 47. Guerreir. cap. 9 cit. n. 21 al 23, n. 44 al 49 y n. 163.
5 Pereir. decis. 55 n. 1. Reinos. observ. 40. Guerreir. dicho cap. 9 ns. 141 y 142.
6 Guerreir. dicho cap. 9 desde el n. 108 al 124. Menoch. lib. 5 praesumpt. 3 n. 5.
7 L. *Dolum.* Cod. *De dolo.* Begnudel. *Biblioth.* palab. *Dolus* n. 6.

lo hizo con ánimo determinado; no obstante, como cabe y no repugna que hubiese intervenido olvido, ignorancia ú otro motivo, ni se deduce necesariamente que tuvo voluntad deliberada y malicia de practicarlo así, se llama *dolo presunto*, porque los indicios y presunciones no son manifiestos, sin embargo de que no aparece motivo justo[1]; y así lo excluye cualquiera causa y creencia, aunque sea leve[2].

5. El heredero se eximirá de la pena de ocultacion, si se reservó y protestó aumentar al inventario todos los bienes que llegasen á su noticia pertenecer al difunto; porque esta reserva y protesta excluyen el dolo presunto por su omision, mediante á que es propio de la protesta conservar el derecho del que la hace: y así en virtud de ella, si el que omitió poner algo en el inventario lo añade luego que lo sabe, queda relevado de la pena[3]; y mucho mas interviniendo tambien juramento de no tener noticia de otros bienes, créditos ni efectos. Mas no obstante, si con presunciones ó conjeturas vehementes se probare que la omision fué maliciosa y dolosa, no le sufragará la protesta para eximirse de la pena, respecto convencérsele de su dolo[4]; y mucho ménos si habiéndosele notificado que aumente y ponga en el inventario tales bienes determinados que se le señalen, no quiere, y despues se averigua que al tiempo de la muerte del testador existian en su herencia; pues aunque sea menor, una vez que se le interpeló y no obedeció, incurrió en la pena, y se constituyó en el verdadero y rigoroso dolo; y con el que de este es convicto no se debe usar de indulgencia[5].

6. La accion de ocultacion en cuanto á la pena, no se trasfiere á los herederos del ocultante, porque es penal, y ellos no cometieron el delito[6], sino únicamente para reivindicar lo ocultado, porque la accion persecutoria se da contra ellos[7]; excepto que con el ocultador se haya contestado el pleito, pues en este caso pasa á ellos tambien en cuanto á la pena[8], porque en juicio se contrae á veces nueva obligacion por lo juzgado[9].

7. El heredero del difunto no incurre en la pena de ocultador cuando el inventario se hizo por algun criado suyo, y sin su noticia ni consentimiento omitió incluir en él algunos bienes; pues por no haber cometido delito en la omision no se le debe castigar, aunque

1 Guerreir. *De inventar.* lib. 1 y cap. 9 dichos, desde el n. 14 al 20. Aflict. decis. 360 n. 8.
2 L. 12 § *Et generaliter.* ff. *De liberal caus.* Begnudel. *Biblioth.* en la palab. *Dolus* n. 7 habla de las conjeturas que excluyen el dolo.
3 L. fin. § *Cum igitur.* et in authent. *Sed eum testator.* Cod *ad leg. falcid.* Guerreir dicho cap. 9 n. 63 al 65.
4 Guerreir. ns. 69 y 70.
5 Vela disert. 26 n. 79. Menoch. *De arbitr.* lib. 2 cas. 120 y 4[a]1.
6 § 1 Institut. *De perpetuis et temporalib. action.* ley 1 ff. *De privat. delict.*
7 L. 7 § fin. ff. *Depositi*, 12 y ley *Ex contractibus*, 4º ff. *De obligation et action.*
8 L. 20 tit. 14 part. 7.
9 L. 3 § *Idem. scribit* ff. *De peculio.* Mendez de Castro *in Praxi*, part. 2 cap. 3 n. 6. Guerreir. dicho cap. 9 ex n. 132 al 135.

estuviese en la misma casa. Ni tampoco cuando el inventario no se hace por el mismo heredero, sino por procurador ó ministro suyo, como regularmente acontece á los próceres ó magnates, cuyos criados mayores ó apoderados lo formalizan sin su intervencion; pues en estos casos no se presume haber cometido dolo en la omision de lo inventariado[1].

8. La pena de ocultador en que incurre el heredero no se extiende al poseedor, que como tal, y no como heredero, formaliza el inventario: lo primero, porque la ley[2] que la impone, solo habla de aquel y no de este; y lo segundo, porque siendo, como es, penal, no se debe ampliar á los poseedores ni á otros que no menciona ni comprende[3].

9. Si uno de los herederos, despues de aceptada la herencia, sustrae ó quita algunas cosas de ellas, no es visto haberlas sustraido con ánimo de hurtarlas y defraudar á los coherederos, sino en cuenta de su parte, porque tiene derecho á ellas *pro indiviso*, y se contempla cuasi dueño; por lo que contra él no se concede á los coherederos la accion llamada en latin *expilatae haereditatis* (que es especie de crímen de hurto), ni la de ocultacion que á los acreedores compete en los casos referidos, sino la de division de herencia, por la cual pueden indemnizarse y recuperar las cosas sustraidas ó su importe, pretendiendo las devuelva al cuerpo de la herencia para su repartimiento, ó que se le imputen en su haber; y no cabiéndole, que restituya el exceso. Y lo propio milita por las mismas razones para con la muger y consocio, pues tampoco pueden ser reconvenidos por dicha accion, porque son dueños del todo en igual forma[4].

10. Estando yacente ó sin aceptar la herencia, á causa de hallarse ausentes los herederos, ó ignorar que lo son, ó por otro motivo, si algun otro sustrajere ú ocultare bienes de ella, aunque no se le podrá reconvenir por dicha accion, pero sí condenarle el juez á que restituya lo que tomó con los frutos percibidos, ó imponerle la pena de destierro si es noble, y no siéndolo, la de trabajar en las labores de la nacion, como lo dispone la ley 21 tit. 14 Part. 7.

11. En el juicio de ocultacion se ha de proceder ordinariamente, bien que por hacerlo de otro modo no se anula el proceso; pero por él no se debe suspender la particion de los bienes inventariados[5]. Y si el interesado que sabe la ocultacion no quiere por evitar el escándalo ó por otros motivos deducirla en juicio, puede implorar el

1 Card. de Luc. *Theat. verit.* tom. 9 tit. *De haerede et haereditate.* discurs. 20 n. 12 y discurs. 22 n. 17. Guerreir. cap. cit. ns. 136 y 137.
2 L. 9 tit. 6 part. 6.
3 L. *Pactum cuique* § *in poenalibus*, ff. *De regul. jur.* Guerreir. ibi n. 130. Pegas *Ordin* lib. 1 tit. 5 gl. 2, desde el n. 3 al 18, donde enseña el modo de proceder contra los ocultantes.
4 LL. 6 y 17 tit. 10 part. 5.
5 Velasc. *De partit.* cap. 8 n. 45.

oficio del juez, y pedir que tales bienes (señalándolos) que no se inventariaron, se inventarien y dividan, y el juez debe compeler á ello al que los ocultó[1]; aunque lo mas seguro es que pida se aumenten al inventario por haberse ocultado, pues entónces en cualquiera tiempo será oido, no obstante toda prescripcion, por la mala fe del ocultante[2].

12. Antes de hacerse la particion debe intentarse el juicio de ocultacion ante el que conoce y entiende en el de testamentaría, que como principal atrae á sí á todos los incidentes conexos y correspondientes á su total evacuacion, de tal suerte que si ante otro se promueve, le debe remitir este los autos como accesorios del principal negocio; pero hecha y aprobada la particion, se puede intentar ante él, ó ante otro del fuero del ocultante, porque ya el de la testamentaría concluyó su oficio por haberse finalizado esta y no haber quedado cosa pendiente.

1 Guerreir ibi n. 167. Velasc. ibi n. 48.
2 Velasc. ibi n. 50. Guerreir. ibi n. 143 al 146.

FORMULARIO

CORRESPONDIENTE AL TRATADO DE INVENTARIOS.

DEL MODO DE EXDENDERSE EL INVENTARIO Y TASACION DE BIENES DE DIFUNTO.

El inventario se puede pedir por cualquiera de los interesados en la herencia, ó por todos, ó por sus testamentarios y comisarios; y hacerse á su instancia, ó de oficio, por muerte abintestato de alguno cuyos herederos se ignoran, ó son menores, ó incapaces, ó aunque capaces, estan ausentes, á fin de evitar el extravío de sus bienes, cuando el difunto no nombró quien los custodiase; pues habiéndolo hecho, no debe mezclarse el juez en ello.

INVENTARIO A INSTANCIA DE PARTE.

Pedimento.

Francisca Lopez, vecina de esta villa y viuda de Manuel Rodriguez, ante V. como mas haya lugar, digo: Que el citado mi marido falleció en tal dia, bajo del testamento que habia otorgado en tantos de tal mes de este año ante F., escribano, en el cual instituyó

por sus únicos y universales herederos á Nicolasa Rodriguez, nuestra hija, menor de doce años, y á Manuel y Lorenzo Rodriguez, mayores de veinte y cinco años, hijos suyos, habidos en el primer matrimonio que contrajo con Angela Fernandez, segun acredita el expresado testamento, de que con la solemnidad necesaria presento copia testimoniada; en cuya atencion, para que se sepa qué bienes dejó, y se dividan á su tiempo entre todos los interesados, aceptando como acepto á nombre de la citada mi hija la herencia con beneficio de inventario, y no de otra suerte,

A V. suplico se sirva haber por presentado el referido testamento, y por aceptada en dicho nombre la herencia con el beneficio expresado, y á su consecuencia mandar que con citacion de los interesados se inventarien y tasen por peritos que nombremos todos los bienes del difunto; pues evacuado esto, protexto pedir lo que corresponda en justicia, que es lo que solicito.

Otro sí.—Respecto carecer de edad competente la expresada Nicolasa Rodriguez, mi hija, para nombrar por sí curador de pleitos —A V. suplico se sirva proveerle del que sea de su agrado, con cuya atencion ó asistencia se practique todo: pido como ántes, *Francisca Lopez.*

Auto.—Se há por presentado el testamento que se cita, y por aceptada en forma la herencia que se expresa. Con citacion de los interesados, hágase inventario y tasacion de todos los bienes y efectos que dejó Miguel Rodriguez, á cuyo fin nombren tasadores; y mediante á la edad pupilar de Nicolasa Rodriguez, se nombra por su curador *ad litem* á Pedro Sanchez, procurador de este juzgado: notifiquésele para que acepte este cargo, jure, se obligue y dé la fianza necesaria por derecho; y discernido que aquel sea, pretíquese todo con su asistencia por ante cualquier escribano nacional; lo cual evacuado, pidan los interesados lo que les convenga. El señor Don F., juez de esta villa de tal, lo mandó á tantos &c.[1]

NOTIFICACION, ACEPTACION, JURAMENTO, OBLIGACION Y FIANZA DEL CURADOR.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano de su número notifiqué en su persona el auto anterior á Pedro Sanchez, procurador de su juzgado, quien enterado de su nombramiento, dijo: Que acepta el cargo de curador de pleito de Nicolasa Rodriguez, pupila, hija de Miguel Rodriguez, difunto; y bajo de juramento que hi-

1 En el tomo primero pág 291, se insertaron, como lugar mas oportuno, las diligencias relativas al discernimiento del cargo de tutor y curador de bienes, é igualmente la aceptacion y juramento de este; reservando para el presente tratado el modelo ó plantilla concerniente á la curaduria para pleitos, por haber puesto Febrero el caso de ella en un menor interesado en una herencia, como se dijo en dicho tom. 1, pag. 157 nota 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

zo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, se obliga á usar bien y fielmente su oficio, y á defender á la referida, no solo en el inventario, tasacion y particion de los bienes de su padre, para que no sea perjudicada en su haber legítimo, sino tambien en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tenga al presente, y se le ofrezcan en lo sucesivo con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas ó seculares, siendo actora ó demandada, hasta conseguir plenamente lo que intente en su utilidad; á cuyo efecto hará y practicará cuantos pedimentos, recursos, actos y diligencias judiciales y extrajudiciales sean necesarias, y practicaria por sí dicha menor, si fuera mayor, aconsejándose de letrados ó personas de ciencia y conciencia, de modo que por su culpa, omision ó morosidad no quede indefensa, ni experimente el mas leve detrimento. Y si por no cumplir lo prometido se le causare algun daño, le satisfará con sus bienes; á lo cual quiere ser apremiado por todo rigor de derecho. Asimismo, para el mas exacto cumplimiento de lo expresado, ofrece por su fiador á Juan de tal, que está presente, quien dijo se constituye por tal, y promete que el expresado curador, cumplirá como debe todo lo que ha ofrecido con la mayor actividad, ó en su defecto pagará á la menor todos los daños que le ocasione, y no haciéndolo, lo satisfará el otorgante como su fiador llano, hecha excusion en sus bienes. Por tanto, los dos se obligan á todo lo dicho con sus personas y bienes muebles y raices, y derechos presentes y futuros: dan amplio poder á los señores jueces, especialmente a los de esta villa, para que los compelan á todo, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida: renuncian las leyes que les favorezcan: y así lo otorgan y firman ambos, á quienes doy fe conozco, siendo testigos F., F. y F., vecinos de esta villa.

DISCERNIMIENTO DE CURADURIA DE PLEITO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor Don F., juez de ella, habiendo visto la notificacion, aceptacion, juramento, obligacion y fianza anteriores, dijo: Que discernia y discierne el cargo de curador de pleito de la persona y bienes de Nicolasa Rodriguez, menor, á Pedro Sanchez, procurador del número y juzgado de esta villa, confiriéndole amplio poder y todas las facultades necesarias por derecho, para que la defienda así en el juicio de inventario y particion de los bienes de Miguel Rodriguez, su padre, como en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tenga actualmente, y le ocurran en lo sucesivo, siendo actora ó demandada, con cualesquiera personas ó comunidades eclesiásticas ó seculares, en todos los tribunales superiores é inferiores donde convenga y sea

preciso, poniendo demandas, contestando á las que pongan á la menor; presentando pedimentos, memoriales, escrituras y otros documentos justificativos; y haciendo ejecuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remates de bienes; requerimientos, notificaciones, citaciones, protextas, recusaciones, juramentos, alegatos, oposiciones, consentimientos, apartamientos, probanzas, ratificaciones y abonos de testigos; comprobaciones de instrumentos, letras y firmas, y nombramiento de peritos para ellas, y para otras cosas que se ofrezcan: para que forme artículos, é introduzca recursos que prosiguirá ó abandonará: para que decline jurisdiccion de los jueces incompetentes; acuse rebeldías; pretenda y goce ó renuncie términos ó prórogas de ellos; redarguya de falsos civil y criminalmente los instrumentos que produjeren los colitigantes; tache y contradiga todo lo que estos presentaren, dijeren y alegaren; concluya, oiga autos y sentencias interlocutorias y definitivas; consienta en las propicias, y apele ó suplique de las gravosas y perjudiciales; gane provisiones nacionales, sobrecartas, paulinas, censuras y otros despachos que hará leer é intimar, en donde y á las personas contra quienes se dirijan: y finalmente para que haga y practique todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran, y debe practicar como buen curador de pleitos en utilidad de su menor, hasta conseguir ejecutoria con ejecucion de ella, tomando consejo, en lo que el suyo no baste, de letrados y personas de ciencia y experiencia que sepan dársele, de modo que á su menor no se cause detrimento por su culpa ni morosidad, pena de satisfacer los daños. Así, pues, para todo lo expresado y lo anejo, le confiere dicho señor juez poder amplio, con facultad de que por su cuenta y riesgo pueda sustituir esta curaduría en quien y las veces que quisiere, renovar los sustitutos y elegir otros; y en todos los que practique en utilidad y defensa de la citada menor y de sus bienes, interpone su autoridad cuanto há lugar en derecho, y lo firma: Don F.—Ante mí: F.

La curaduría de pleitos no es otra cosa que un poder que el juez, como padre de menores, confiere al curador, para que los defienda en cuanto se les ofrezca judicialmente, mediante á que por su menor edad no pueden defenderse por sí en juicio. Cuando se hallan en la pupilar, debe de oficio proveerles de él; pero en llegando á la pubertad han de nombrarle por sí, y proponérsele por pedimento, para que precedidas las formalidades del juramento, obligacion y fianza, le apruebe y confirme, que esto es el discernimiento del cargo. Las diligencias se extienden como las anteriores, y evacuadas, se practican las de inventario y tasacion, con su citacion y la de los demas interesados, quienes si quieren asistir, pueden,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pues para ello se les cita; y si no, el escribano comisionado no debe por esto dejar de hacer el inventario, porque la citacion les perjudica como si le presenciaran. Si algun heredero se halla ausente en parage de donde pueda regresar prontamente, se le cita por requisitoria, principiando el inventario dentro de los treinta dias de la ley para cumplir con su mandato, y señalándole el competente término segun la distancia, á fin de que venga á presenciarle, ó confiera poder bastante á quien le presencie en su nombre, apercibiéndole que pasado el término sin haber comparecido, se continuará el inventario, y le parará el perjuicio que haya lugar. Y si se ignora su paradero, se le cita por edictos, y nombra defensor, que viene á ser lo mismo que el curador de pleito; pues se diferencia solamente en la voz, y en que el defensor se nombra regularmente para defender en juicio los bienes del ausente ó del concursante, ó la herencia yacente, á fin de que no se menoscaben; y el curador de pleitos para defender en juicio al menor, y asimismo al loco ó fatuo en sus causas y negocios civiles y criminales, y sus bienes, aunque sean mayores de veinte y cinco años: por lo que la defensoría se extiende del modo que la curaduría de pleitos, mudando solamente las voces.

CITACIONES.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano, cité en sus personas, para la formacion del inventario expresado en el pedimento y auto anterior, á Francisca Lopez, viuda de Miguel Rodriguez, á Manuel y Lorenzo Rodriguez, hijos de este, y á Pedro Sanchez, curador de pleitos de Nicolasa Rodriguez, quienes respondieron estan prontos á asistir á él, señalándoles dias y horas: á cuya consecuencia les señalé desde mañana, tantos de este mes, desde tal hora por la mañana hasta las doce, y por la tarde desde tal á tal hora, y así en los demas dias sucesivos hasta su conclusion: de que quedaron enterados. Doy fe.—F.

PRIMER DIA DE INVENTARIO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, estando en la casa en que vivió y murió Miguel Rodriguez, en uso de la facultad que por el auto que motiva estas diligencias se me ha conferido, hallándose presentes Manuel y Lorenzo Rodriguez, sus hijos mayores (que dijeron aceptan la herencia de su padre, con beneficio de inventario, y no de otra suerte), y Pedro Sanchez, curador de pleitos de Nicolasa Rodriguez, menor, que tambien lo es suya, requerí con el referido auto á Francisca Lopez, su viuda, á cuyo pedimento se proveyo, pusiese de manifiesto los bienes que dejó para inventariar-

los; y en cumplimiento de lo mandado manifestó, y por ante mí se inventariaron los siguientes.

Una mesa de nogal de vara y media de largo y una de ancho, con dos cajones, cerraduras y llaves, y sus travesaños de hierro.

Una papelera de lo mismo, y de hechura antigua, con tantas gavetas y tantos cajones con sus cerraduras y llaves.

Seis taburetes de lo propio para asientos de hombre, y de hechura de moda, cubiertos de damasco de lana &c.

Así se iran poniendo con separacion los demas bienes que se inventarien en el dia, y luegó proseguirá.

Y por ser tal hora de la tarde de este dia se cesó en este inventario con ánimo de proseguirle mañana á las mismas horas, quedando los bienes inventariados en la casa mortuoria, de los cuales se constituyó depositoria, por convenio de todos los interesados, la expresada viuda, quien se da por entregada de ellos, con renuncia de las leyes respectivas á este caso, prometiendo custodiarlos, tenerlos en depósito, y no entregarlos á persona alguna sin mandato especial del señor juez que conoce de estos autos, ú otro competente, pena de pagarlos de los suyos, y de incurrir en las impuestas por derecho contra los que no dan cuenta de los depósitos que la justicia fia á su cuidado, y demas á que haya lugar: obliga á ello todos los bienes suyos, muebles, raices, presentes y futuros: da poder á los señores jueces que deben conocer de esta causa para que la compelan á ello, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida: renuncia las leyes que la favorezcan; y así lo otorga y firma con los demas interesados, á todos los cuales doy fe conozco, siendo testigos F., F. y F., vecinos de esta villa.

He puesto en las citaciones el señalamiento de dia y hora para evitar diligencias; pues aunque lo regular es ponerle con separacion, y luego hacerle saber á los interesados, esto es arbitrario, y así cada uno lo hará como le parezca. Tambien he puesto en el primer dia la aceptacion de la herencia con beneficio de inventario de los dos hijos mayores, para que no fuesen perjudicados, mediante no haber dado el pedimento, ni de consiguiente aceptádola en estos términos; porque sin embargo de que su mera formacion no induce la aceptacion llana, para evitar dudas, lo mas acertado es que se exprese, sea en pedimento, ó en el primer dia, ó en diligencia separada.

Con arreglo á este primer dia de inventario se han de extender y continuar los demas; y para cesar en él no es necesario auto,

aunque el juez asista, como se practica en algunas partes, pues basta expresar la causa por que se cesa; ni tampoco para pasar, concluida una clase de bienes, á inventariar la otra, porque el inventario de todas es una diligencia continuada en diversos dias, y para evacuarla es suficiente el primer auto. Finalizado el inventario de bienes muebles, raices y semovientes se procede al conocimiento de papeles, y se inventarian por menor y con separacion los créditos á favor del caudal; y despues las deudas que resulten contra él; y sin embargo de que estas y aquellos no consten en los libros, papeles ni asientos del difunto, si quien hace el inventario (sea viuda, hijo, criado ú otro que esté en su compañía) sabe cuales son, se deben poner por via de declaracion suya, por los motivos expresados en los párrafos 13 y14. Despues de evacuado todo, y en seguida de la diligencia del último dia, ó en otra separada, se cierra y finaliza el inventario con el juramento y protesta del que lo formalizó, de que hablé en el párrafo 28.

CONCLUSION DEL INVENTARIO Y JURAMENTO, Y PROTESTA DEL QUE LO HIZO.

En la forma expuesta se ha concluido el inventario de los bienes, créditos y efectos que se han hallado pertenecer al referido Miguel Rodriguez, los cuales quedan en la casa en que vivió y murió, al cargo y cuidado de la dicha Francisca Lopez, su viuda, quien se ha constituido depositaria de los inventariados en este dia, en los propios términos que de los que lo fueron en los precedentes; y bajo de juramento que hizo ante mí por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, ha declarado no tenia noticia de otros, protestando y obligándose bajo del propio juramento, y que siempre que la tenga los manifestará y hará poner en este inventario, para que los interesados no experimenten perjuicio en su importe; lo cual firma con los demas, siendo testigos F., F. y F., vecinos de esta villa.

TASACION DE BIENES.

Al inventario se sigue la tasacion de los bienes inventariados, aunque para evitar tantos gastos, mejor es hacerlo todo á un tiempo, como se practica en la corte. No habiendo peritos diputados públicamente, deben hacer la tasacion los que lo sean en cada clase, y nombren los interesados, y estos han de proponerlos al juez por pedimento, ó al escribano que entiende en el inventario, sin que para ella, siendo separada, se necesiten testigos como en el inventario, porque no es mas que una declaracion de cada perito, y en las declaraciones no debe haberlos.

NOMBRAMIENTO DE TASADORES.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisca Lopez, viuda de Miguel Rodriguez, Manuel y Lorenzo Rodriguez, sus hijos, y Pedro Sanchez, curador de pleitos de Nicolasa Rodriguez, tambien su hija, dijeron: Que mediante á ser preciso tasar los bienes inventariados para saber su valor y poder dividirlos (si á un tiempo se hicieren el inventario y tasacion, se dirá: *que para que el inventario y tasacion se evacuen á un tiempo, y con mayor prontitud*), nombran unánimemente para el aprecio de las tierras, viñas y olivos á F., agrimensor: para el de las casas á F., maestro alarife: para el de trastos de madera á F., maestro carpintero: para el de lo dorado y pintura á F., pintor &c; á quienes quieren se notifique este nombramiento para que le acepten: y asimismo dijeron que estan prontos á asistir á la tasacion á las horas señaladas, y lo firman. Doy fe.

NOTIFICACION A UN TASADOR.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué en su persona el nombramiento anterior á F., maestro carpintero, quien enterado dijo: acepta el encargo que le está hecho, obligándose á evacuarlo bien y fielmente, segun su inteligencia, sin agraviar á los interesados, y lo firma. Doy fe.

PRIMER DIA DE LA TASACION.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, estando en la casa en que vivió y murió Miguel Rodriguez, á efecto de tasar los bienes que dejó, y estan inventariados; hallándose presentes Francisca Lopez, su viuda, Manuel y Lorenzo Radriguez, sus hijos, y Pedro Sanchez, curador de pleitos de Nicolasa Rodriguez, menor, tambien hija suya; yo el escribano recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho á F., maestro carpintero, nombrado para valuar los trastos de madera, quien lo hizo como se requiere, y bajo de él prometió hacer el aprecio y tasacion segun su saber y entender, sin causar agravio; y reiterando la aceptacion que tiene hecha ante mí de este encargo, tasó los bienes siguientes:

Una mesa de nogal de vara y media de largo y una de ancho, con dos cajones, cerraduras, llaves y sus travesaños de hierro, en cincuenta pesos..... ₰50.

Una papelera de lo mismo y de hechura antigua, con tantas gavetas y tantos cajones con sus cerraduras y llaves, en ciento veinte pesos..... ₰120.

₰

Así se irá poniendo por menor la tasacion de cada cosa, y luego concluirá la de cada dia en estos términos:

Importan los bienes tasados en este dia (si se inventariaren y tasaren á un tiempo, se dirá: *inventariados y tasados*) tantos pesos, salvo error: y el referido tasador declaró haberlos apreciado bien y fielmente segun su inteligencia, bajo del juramento hecho, en que se ratifica, firmándolo con los interesados que se hallaron presentes, expresando ser de tantos años de edad, poco mas ó ménos, de que doy fe.

Las diligencias de los dias sucesivos se han de formalizar con arreglo y por el órden que la precedente, mudando lo que deba mudarse; pero ademas de lo expresado, debe prevenirse en primer lugar, que aunque en la mera tasacion no se necesitan testigos como en el inventario, segun he dicho, si á un propio tiempo se inventarian y tasan los bienes, son precisos, como tambien el depósito en la forma explicada: en segundo lugar, que si el tasador no sabe firmar, se ha de expresar así, pues por este defecto no se anulará la tasacion: en tercer lugar, que del inventario y tasaciones se ha de dar traslado á los interesados para que expongan lo que les convenga, ya acerca de si algunos bienes se omitieron ó no, ya acerca de si los inventariados fueron ó no apreciados por lo justo; y no diciendo cosa alguna contra esto, dentro de los tres dias siguientes al de la notificacion del traslado, proveerá auto el juez aprobándolo todo, y mandándoles pasar por ello, con lo cual ya no pueden reclamarlo, pasado el término de apelar; bien que si los interesados lo presenciaron, no es necesario comunicarles traslado, pues ellos expondrán lo que se les ofrezca; y así en la corte no se les comunica, aunque nada presencien, ni las leyes lo mandan, por lo que no es de esencia para su validacion: y el cuarto lugar, que para el valor por que se han de inventariar los bienes muebles y raices que cada cónyuge lleva á su matrimonio ó durante este, ó le donan, se ha de distinguir de clases, y del estado en que se hallen. Si son tierras labrantías se deben estimar por el que tenian entónces, sea mayor ó menor, porque su dueño conserva su dominio, y el incremento ó decremento que tengan por solo el tiempo es propio y privativo de él como intrínseco, y no comunicable al cónyuge. Si son edificios, viñas, olivares, huertas con árboles &c. que no se mejoraron ni deterioraron constante el matrimonio (lo cual resultará del contenido de los títulos de propiedad, y del reconocimiento que se haga), se ha de practicar lo propio; pero si se acreditare que hubo mejoras útiles, se han de valuar estas con separacion, especificando en qué consisten, para que se divida su importe: y lo mismo ha de practicarse si hay pérdidas ó menoscabos conocidos y resultan gananciales, porque ántes de dividir estos

se debe reintegrar cada cónyuge del fondo que puso en sociedad. Los diamantes, piedras preciosas y otros bienes muebles que no se consumen ni deterioran con el uso, se han de inventariar y aplicar por el valor que tenian cuando su dueño los llevó al matrimonio; pero sin embargo de lo expuesto, si los interesados se conformaren expresamente en que se tasen nuevamente y apliquen por el precio que se les dé, se estará á su convenio; y una vez prestado su consentimiento expreso, no podrán retractarse: lo cual tendrá presente el escribano para advertírselo, y evitar pleitos.

INVENTARIO DE OFICIO POR MUERTE ABINTESTATO DE ALGUNO.

Muriendo alguno sin disposicion testamentaria, sea repentinamente ó de enfermedad que le perturbó el juicio, y privó de hacerla, y dejando hijos menores ú herederos ausentes, conocidos ó ignorados, debe providenciar el juez (*a*) la custodia de sus bienes para evitar su ocultacion, y que sus herederos sean defraudados, y aun poner guardas de vista dentro y fuera de su casa miéntras está enfermo, si es comerciante ó acaudalado, aunque tenga muger propia. Si la muerte fué repentina, no solo ha de procurar evitar el extravío de sus bienes, sino tambien mandar justificar la identidad de su persona, para que se le pueda dar sepultura eclesiástica, y hacer que le reconozcan médico y cirujano, á efecto de inquerir si la muerte fué ó no violenta; y en caso de haberlo sido, proceder contra los agresores; pero si fué natural, y porque lo grave de la enfermedad le perturbó la cabeza, ó porque sin embargo de estar capaz y muchos dias enfermo, no quiso testar (pues hay personas de esta tenacidad), es superfluo el reconocimiento de médico y cirujano, y basta justificar su cristiandad, ó que certifique su párroco de ella, sin causar mas gastos, para que se le entierre en sagrado; ni en el auto se debe mandar, porque no hay presuncion de violencia ni de homicidio, ni en qué fundarla. Las diligencias de prevencion de abintestato se principian por un auto de oficio como el siguiente.

AUTO PARA PREVENIR UN ABINTESTATO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano, el Sr. D F., juez de ella, dijo: Se le acaba de dar noticia que F. ha fallecido de accidente repentino á tal hora, dejando hijos menores (ó sin herederos conocidos), y sin haber hecho disposicion testamentaria; á cuya consecuencia, para evitar la ocultacion de sus bie-

(a) Nótese que á la prevencion y formacion de inventarios, puede procederse por los alcaldes constitucionales, remitiendo las diligencias al juez letrado luego que lleguen á producir contienda entre las partes, conforme á los arts. 14 cap. 2 y 7 cap. 3 del dec. de 9 de octubre de 1812.—*E.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nes, averiguar la causa de su muerte, justificar la identidad de su persona, y proceder á lo demas que haya lugar, hizo poner este auto de oficio por cabeza de proceso, y en su virtud manda á cualquier alguacil de éste juzgado, que en mi compañía pase á su casa, y constando estar difunto, recoja todas las llaves, secuestre sus bienes, y los custodie donde no se extravien, procediéndose en seguida al exámen de testigos, médico y cirujano que conozcan el cadáver; como tambien que evacuado, se traiga para resolver en su vista lo conveniente. Así lo proveyó, mandó y firmó por este auto, de que doy fe.

FE DE MUERTE DEL CADAVER, Y REQUERIMIENTO A LA VIUDA PARA LA ENTREGA DE LLAVES.

Incontinenti el citado alguacil pasó conmigo á la casa donde vivia F., que está en tal calle, y en tal pieza de ella le hallamos al parecer cadáver, porque aunque le llamé tres veces en voz alta, nada respondió, y conocí ser el mismo que yo habia tratado; en cuya vista el mencionado alguacil requirió á presencia mia con el auto anterior á N., su viuda, para que le entregase las llaves de los cofres, arcas, papeleras y demas trastos en donde estan custodiados sus bienes muebles y papeles; y en su cumplimiento le entregó tantas, que dijo ser todas las que hay de dichos cofres y trastos, con las que se abrieron y volvieron á cerar: haciendo meter ademas de esto en una pieza que está hácia á tal parte, todos los muebles que habia en otras, dejándola tambien cerrada y recogiendo su llave: todo lo cual firma, de que doy fe.

INFORMACION SOBRE LA IDENTIDAD DEL DIFUNTO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano, el Sr. D. F., juez, recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de N., vecino de ella, quien habiendo prometido bajo de él decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y habiéndolo sido por mí al tenor del auto con que estos principian, dijo: Que conocia de vista, trato y comunicacion á F., que ha oido decir falleció en este dia, á tal hora, de accidente repentino, sin haber hecho disposicion testamentaria, dejando tantos hijos menores; y que sabe que el citado F. era cristiano y temeroso de Dios, porque le vió oir misa muchas veces, y frecuentar los santos sacramentos de la Penitencia y Eucaristía: todo lo cual declaró ser verdad, y lo que puede decir bajo del juramento que ha hecho, firmándolo con el citado alguacil, y expresando tener tantos años de edad, de que doy fe.

Segun se ha ordenado esta declaracion, se han de ordenar las de otros dos ó mas testigos. Si la muerte fué repentina, han de reconocer el cadáver médico ó cirujano, y han de extenderse sus deposiciones con los términos facultativos de que usen; y resultando por estas haber sido natural, se proveé auto para que se dé sepultura eclesiástica al cadáver, y se continuan las diligencias de inventario, nombrando curador de pleito á los menores, si se hallan en la edad pupilar, ó defensor á los herederos ausentes, con cuya citacion y la de la viuda, si la hubiere, se practica todo, librando requisitorias, y fijando edictos para llamar á los parientes que deben heredar abintestato al difunto por falta de herederos forzosos.

AUTO PARA QUE SE DÉ SEPULTURA AL CADAVER, Y SE INVENTARIEN LOS BIENES.

Por lo que resulta de las diligencias precedentes, dese sepultura sagrada al cadáver de F. en la iglesia parroquial de donde fué feligres; á cuyo fin se saque testimonio de este auto para entregarle á su párroco (si hubiere provisor ó vicario en el pueblo, se dirá: *con el que se acuda al señor provisor ó vicario de esta villa, para que conceda á su párroco la correspondiente licencia*): y hecho, inventaríense y tásense los bienes que dejó, con citacion de los interesados, los cuales nombren tasadores; y mediante la edad pupilar de N. y N., hijos menores del expresado F., se nombra por curador del pleito á F., procurador de este juzgado; con cuya citacion, precedidas las solemnidades de su juramento, obligacion, fianza y discernimiento, se practique todo.—El Sr. D. F., juez de esta villa de tal, lo mandó &c.

Resultando haber sido natural la muerte, no es necesario que el escribano asista al entierro del cadáver, ni hay para qué; pero si resultare que fué violenta, como por razon del delito es preciso proceder criminalmente, se le debe mandar en este auto, que le presencie y forme pieza separada, dando fe del paraje y sepultura en que se le enterró, hábito que llevaba, y demas señales y circunstancias correspondientes, para que si conviniese desenterrarle y volverle á reconocer, no se dude que es el mismo, ni del homicidio, por lo que pueden conducir los reconocimientos y demas diligencias é inquisiciones que se hagan.

SOBRE DECLARAR A UN PARIENTE DEL DIFUNTO POR SU HEREDERO ABINTESTATO.

No habiendo dejado hijos ni otros herederos forzosos el difunto, se ha de nombrar defensor á la herencia yacente, fijar edictos en

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[1]; 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[2], 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 comunique 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 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 ejército.

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.

1 ¿Qué es particion, y con qué objeto se introdujo?
2 ¿De qué cosas puede hacerse la division ó particion?
3 ¿De cuántos modos puede hacerse?
4 y 5 ¿Quiénes pueden pedir la particion?
6 Puede pedirse á instancia de los herederos presentes, aunque alguno esté ausente.
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.
8 y 9 ¿Qué se ha de hacer si uno de los herederos presentes no posée 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?
10 La accion, para pedir la division de la herencia es mixta de real y personal.
11 Diferencia entre esta accion y la de peticion de herencia.
12 La accion de pedir la division contra el coheredero que posée la herencia, no prescribe hasta los treinta años.
13 ¿Ante qué juez se ha de pedir la particion?
14, 15, 16 y 17. ¿De qué modo ha de proceder el juez en el juicio de particion?
18 ¿En poder de quién han de permanecer los papeles concernientes á la herencia?
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.
20 Lo mismo procede cuando por el delito que cometió alguno de los herederos recae la herencia en el fisco.
21 Los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del término legal toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes raices.

1. Conclusos 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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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[1]; 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[2], 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 comunique 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 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 ejército.

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.

1 ¿Qué es particion, y con qué objeto se introdujo?
2 ¿De qué cosas puede hacerse la division ó particion?
3 ¿De cuántos modos puede hacerse?
4 y 5 ¿Quiénes pueden pedir la particion?
6 Puede pedirse á instancia de los herederos presentes, aunque alguno esté ausente.
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.
8 y 9 ¿Qué se ha de hacer si uno de los herederos presentes no posée 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?
10 La accion, para pedir la division de la herencia es mixta de real y personal.
11 Diferencia entre esta accion y la de peticion de herencia.
12 La accion de pedir la division contra el coheredero que posée la herencia, no prescribe hasta los treinta años.
13 ¿Ante qué juez se ha de pedir la particion?
14, 15, 16 y 17. ¿De qué modo ha de proceder el juez en el juicio de particion?
18 ¿En poder de quién han de permanecer los papeles concernientes á la herencia?
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.
20 Lo mismo procede cuando por el delito que cometió alguno de los herederos recae la herencia en el fisco.
21 Los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del término legal toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes raices.

1. Conclusos 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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 *particion*, 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[1]; ni vale el pacto de subsistir siempre en ella[2]; como tampoco debe ser obedecido en esta parte el precepto del testador, porque la comunidad perpetua está prohibida por derecho[3], y nadie puede hacer que las leyes no tengan lugar contra su testamento. Es pues la particion *repartimiento* que los hombres hacen entre sí de las cosas que les corresponden en comun por herencia de algun difunto, ó por otra razon[4].

2. Puede hacerse regularmente particion 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[5]. Asimismo si alguno de los herederos dice que son suyas ciertas cosas que señala, no se deben incluir en el juicio divisorio[6].

3. La particion 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.° cuando el testador la deja hecha como pueda hacerla:[7] 2.° 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;[8] y para inventariar los bienes, nombrar tasadores, y evacuar su testamentaría, sin acudir á la justicia para otra cosa mas que para la aprobacion de la particion, ó para nada;[9] en cuyo caso podrán tambien practicarlo todo sin

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

concurrencia 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 particion, y los de los testimonios de las adjudicaciones, cuya práctica, segun Colom,[1] 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 chancillería de Granada, á consecuencia de real órden 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 legítima[2], sin que sea necesaria la intervencion y aprobacion judicial; si varias leyes recopiladas[3] 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 conferírsele tambien para que sin dicha intervencion ni aprobacion hagan el inventario, tasacion y particion extrajudicial de sus bienes; y por qué ha de entrometerse el juez de su propia autoridad á conocer en este caso de su testamentaría, 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 particion; 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 *cuanto 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 partidor extrajudicial, y las partes estan 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"..... Vease la ley 1.ª cit. tit. publicada en Mejico 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 Vease 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 sufrian 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 compeliese 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 sí 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[1]; 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 tít. 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 órden y forma legalmente prescrita por el testador[2].

4. Pueden pedir la particion todos y cada uno de los herederos ó partícipes en la herencia del difunto, ó bienes de la sociedad[3]: 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 posée, 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 erciscundae*, y Cod. *Communia utriusque judic.* y *familiae erciscundae.*

*

que se han de dividir, y no de otro modo. Así que, ante todas cosas debe pretender en vía 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 esté 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[1]; 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 envie poder á quien haga sus veces por la distancia[2]; 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[3]; 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 posée 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-

1 Authent. *Offeratur.* Cod. *De litis contestat.* et ibi DD. et in ⅀ I. Institut. *De offic. judic.*
2 L. 12 tit. 2 part. 3.
3 L. *Coheredibus,* 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 restituirle mas que el que embolsó; y si nada se utilizó, nada deberá restituirle: 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 o 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 restituirle 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;[1] 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 restituir 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.[2] 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 peticion 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-

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

bre de *lucro*, *daño ó expensas*: *de lucro*, v. gr. si uno de los herederos percibe alguna cosa de la masa comun, pues debe participarla á los demas:[1] *de daño*, como si por culpa ó negligencia de un coheredero se irroga ó sobreviene alguno á las cosas hereditarias, pues debe resarcirlo á los demas proporcionalmente; y de *expensas*, v. gr. si uno de los herederos hace algunas en los bienes de la herencia, las cuales por su parte debia hacer, pues se las deben reintegrar los otros á prorata[2]. Llámase tambien mixta, porque en la cosa comun cualquiera de los partícipes tiene dominio hasta en la mas mínima parte[3], y porque el juez la puede adjudicar á uno toda.[4]

11. No debe confundirse esta accion de division con la de particion de herencia: las cuales se diferencian en que la primera se da al que posée el todo ó parte de ella, ó al que no le niega su adversario ser coheredero, y así ha de pedir directamente su division; pero la segunda se concede al que está desnudo de estos requisitos y la aceptó; por lo que este debe introducir la solicitud de que se le declare previamente por heredero ó coheredero, y que le pertenece como tal la herencia (pues sin que preceda esta declaracion, no se le estimará parte para pretenderla, respecto negársele la cualidad de tal); y en consecuencia de dicha declaracion, que se condene á su poseedor á que se la restituya íntegramente con todas sus acciones, ó la parte que le toca, dividiéndose á este fin por contadores, y no necesita individualizar los cosas de que se compone[5].

12. La accion de pedir la particion contra el heredero que posée la herencia, no prescribe hasta los treinta años, por ser mixta de real y personal[6]; aunque por estar los coherederos ó socios por mas de treinta ó cuarenta años en la posesion de las cosas hereditarias ó comunes, no tiene lugar dicha prescripcion: ya porque no puede inducirla un acto voluntario, cual es el de haber permanecido voluntariamente todos y cada uno en la comunion, y ya porque por el hecho de poseer en comun, parece que cada uno defiende su derecho, y no se le puede imputar á negligencia, que es una de las causas inductivas de la prescripcion[7]. Sin embargo de esto, para que la particion se entienda hecha entre mayores no se requiere el transcurso de treinta años; y así es que si los hermanos despues de la muerte de su padre habitan separados por diez años

1 L. *Inter.* 44 §§ 2 y 3 ff. *Familiae erciscundae.*
2 L. *Et puto*, 16 § penult. ley *Haeredes*, 25 § *Non tantum*, 16 y § *Item culpa*, 18 ff. *Familiae erciscundae.*
3 L. *His consequenter.* 18 § *Sumptum*; y ley *Haeredes*, *Idem juris*, 13 ff cod. tit. Guerreir. *De divis* lib. 1 cap. 1 n. 14 al 16.
4 L. *Ut si certo.* § *Si duobus*, ff. *Comodati*, y § *Sic utique decretis.* Institut. *De action.*
5 L. 26 tit. 2 part. 3. Gom. en la ley 45 de Toro n. 153 y 154.
6 L. *Haereditatem* 3 Cod. *In quibus causis cesset longi tempor. praescriptio.*
7 L. 1 ff. *De usucapion.* Olea *De cession jur.* tit 3 q 6 desde el n. 28. Ayllon. ad Gom. lib. 1 *Var.* cap. 9 n. 17. Guerreir. *De divis.* lib. 1 cap. 1 n. 42 al 46.

entre presentes, y veinte entre ausentes, se presume hecha la division de la herencia paterna[1]. Lo propio milita cuando los coherederos ó socios callaron en dicho tiempo, y principalmente si poseyeron las cosas de la herencia ó sociedad; pues la posesion y su silencio inducen la referida presuncion, la cual transfiere en el que pide la division, la obligacion y gravámen de probar que no se hizo, no obstante que por ser cosa de hecho no se presume, y debe probarla quien alega estar ejecutada[2].

13. Se ha de pedir la division de la herencia ante el juez de los herederos, ó ante aquel en cuyo territorio estan sitos los bienes de esta, al modo que los legatarios sus mandas[3]; y hallándose en diversos territorios, se ha de solicitar ante el juez de aquel en que esté la mayor parte, y pedirle tiempo para aconsejarse[4]. Si los herederos del lego fueren clérigos ó religiosos que pueden poseer bienes en comun, se ha de pedir ante el eclesiástico; pero si fueren clérigo y lego juntamente, se ha de distinguir: si el clérigo es quien provoca el juicio divisorio, ó pide la particion, debe acudir al juez lego, por la regla de que el actor debe seguir el fuero del reo[5]; y si la pide el lego, ha de acudir por la misma regla ante el juez eclesiástico, así como el clérigo heredero del lego debe ser convenido ante el eclesiástico, cuando con su causante difunto no se principió el pleito[6]; bien que el juez del inventario deberá conocer en todos casos de la particion, como subsidiaria y conexa con él, y es lo que se practica. Pero si el lego fuere heredero de clérigo, como se hacen de aquel los bienes por la aceptacion de la herencia, se ha de pedir su division ante el juez secular. De lo cual se deduce que si el clérigo testador rogase al fiduciario que restituya su herencia al incapaz por derecho de obtenerla como indigno, y el fiduciario fuere lego, se ha de aplicar al fisco; y si fuere presbítero, á la iglesia[7].

14. En todos los juicios debe oir el juez á las partes en via ordinaria, excepto en los casos de alimentos y otros[8]; y no estando comprendidos en estos el de division, ni siendo de poco momento, ni de los que no admiten mora por irrogarse de ella perjuicio, parece que debe proceder ordinariamente admitiendo todas las excepciones que opongan los interesados; mas no obstante se debe distinguir: si el sujeto á quien se le pide que haga particion de herencia ó cosa co-

1 Gom. lib. 2 *Var.* cap. 11 n. 17 al fin. Menoch. lib. 3 praesumpt. 60 n. 3 y praesumpt. 131 n. 93. Morquech. *De divis.* lib. 1 cap. final.
2 Morquecho dicho cap. fin. Guerreir. dichos lib. y cap. 1 ns. 49 y 50.
3 L. última tit. 9 y 10 tit. 15 part. 6.
4 L. 1 al medio, tit. 6 part. 6.
5 L. 1 cit. y ley *Actor.* Cod. *ubi in rem actio.*
6 Covarr. *Pract.* cap 8 n. 4 vers. *Quarta conclus.* Acev. en la ley 15 tit. 4 lib. 4 R. n. 6.
7 L. *Si quis presbyter.* Cod. *De episcop. et cleric.* Greg. Lop en la ley 13 tit. 7 part. 6 gl. penult. vers. *Quod autem.*
8 L. 3 § *Sciendum.* ff. *Ad exhibendum*, ley *Judiciis*, ff. *De judiciis* y Clem. *Dispendiosam de judiciis.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mun, niega al que lo pretende la cualidad de heredero ó comunero, y por consiguiente que tenga derecho á la herencia ó cosa, se ha de proceder ordinariamente; bien que no se tratará del juicio divisorio hasta que se le declare heredero ó socio, y concluido este juicio se entablará ó no aquel segun sea la declaracion[1].

15. Pero si el demandado confiesa al demandante la referida cualidad, debe proceder sumariamente el juez, mandando á todos los partícipes que nombren contadores que evacuen la particion, y señalándoles para ello tiempo y lugar; y no compareciendo alguno de los nombrados, deben hacerla los que asistan, apercibiendo á las partes por quienes fueren electos, que valdrá lo que practiquen los concurrentes, y les parará el mismo perjuicio que si los suyos la presenciaran[2]. Este es el estilo de muchos pueblos: pero la práctica de la corte es *hacer saber el nombramiento á los peritos, los cuales aceptan el encargo obligándose bajo de juramento á evacuarlo bien y fielmente segun su inteligencia sin causar agravio á los interesados*, como lo manda la ley[3]: luego se les pasan los autos de inventario y demas papeles concernientes: se juntan en casa del mas antiguo, conferencian, acuerdan y resuelven cómo se ha de hacer: la evacua el mas moderno; y hecha en borrador la pasa al otro; y no estando conforme se arregla: puesta en limpio, se presenta al juez, el cual comunica traslado de ella á los interesados (á no ser que la hayan presentado ellos mismos pidiendo su aprobacion); y consintiéndola estos, se aprueba, y da cada uno el testimonio de su adjudicacion y haber, con insercion de los presupuestos, declaraciones, bienes que se le aplicaron, y sentencia de aprobacion; y si dicen de agravios, los oye en via ordinaria ó sumaria, segun sean.

16. Tambien debe proceder sumariamente el juez cuando alguno de los interesados, temiendo se le aplique la cosa que está tasada en mucho mas de lo que vale, ó sabiendo que se valuó en mucho ménos para aplicarla al coheredero, le pide deshaga el agravio reduciéndola por sí á lo justo, ó mandando se vuelva á tasar por nuevos peritos que elijan (pues no debe admitir excepciones dilatorias ó maliciosas, sino deferir á lo solicitado atendida la verdad), porque este incidente no perjudica al negocio principal. Y este es el modo de que con mas equidad y prontitud se expida el artículo de tasacion[4].

17. Lo mismo procede en otros incidentes semejantes, v. gr. en la recusacion de los contadores despues que principiaron á entender en el negocio; ó cuando algun interesado alega que ciertos bienes son suyos, y pide al juez mande no se le incluyan en el inven-

1 L. 1 ff. *Familiae erciscund.* et ibi DD.
2 Ayor. *De partit.* part. 1 cap. 5 n. 5.
3 L. 2 tit. 21 lib. 10 N. R.
4 L. 10 tit. 15 part. 6. *Ad officium.* Cod. *Communi dividund.* Ayor. dicho cap. 5 n. 6.

tario, pues acreditándolo sumariamente debe deferir á la pretension; pero si hubiese duda, ó se requisiese mas escrupuloso exámen é indagacion, se reservará para oir á las partes en via ordinaria. En estos artículos ó incidentes, como que no causan perjuicio irreparable, no debe admitir apelacion de su auto por ser frívola y dilatoria[1], para evitar que por su admision se eternice el juicio divisorio[2].

18. Los papeles de la herencia, ya sean honoríficos ó títulos de sus fincas ú otros, si los herederos son muchos, deben estar en poder del que mayor parte tuviere en ella, quien deberá dar traslado de ellos á los demas siempre que lo pidan. Si fueren iguales en el haber, ha de tenerlos el mas honrado, mas anciano y de mejor fama; excepto que sea muger, pues aunque esté adornada de estas cualidades, no se le han de entregar. Y si fueren iguales en partes, honra y en lo demas, han de echar suertes para que queden en poder de aquel á quien toquen; y no queriendo echarlas, se han de depositar en lugar seguro[3]; pero si el testador manda que uno de los herederos á quien nombra, los tenga, debe tenerlos, ya sea el mayor ó menor, dando traslado de ellos á los coherederos á costa de la herencia, y obligándose á manifestárselos siempre que los necesiten y lo pidan, porque tocan á todos[4]. Se entiende lo dicho cuando una finca de la herencia se divide entre todos ó algunos de los herederos, ó cuando en un instrumento, v. gr. de compra, estan inclusas muchas, pues en estos casos se observa su precepto, poniendo así en el original como en los traslados las competentes notas; mas no cuando de cada finca hay títulos separados, pues entonces se entregan al heredero á quien se aplica, y es lo que se debe practicar.

19. Si alguno de los herederos, ántes de hacerse la particion, vendiere á un extraño la parte que le puede caber en la herencia, se ha de adjudicar al comprador, quien intervendrá en el juicio divisorio como si fuera uno de los instituidos; porque por la venta se trasfieren en él activa y pasivamente todas las acciones útiles que competian al coheredero vendedor.

20. Lo propio milita cuando por el delito que cometió alguno de los herederos recae la herencia en el fisco; pues este se reputa como heredero, y le competen las referidas acciones; y así pueden decir de nulidad del testamento, pedir suplemento de legítima, y restitucion por entero, y practicar todo cuanto se permite al heredero.

1 L. 13 tit. 23 part. 3, ley 9 tit. 12 lib. 5 y 23 tit 20 lib. 11 N. R. Cap. *Non solum.* q. 6. *Cum appellationibus frivolis de appellat* in 6. Clementin. *Saepe, de verbor. significat.* Ayor. cap. 5 n. 8 y 9.
2 Aunque no debe admitirse la apelacion, ha de entenderse en el efecto devolutivo, pero no el suspensivo, pues se permite y puede seguir la causa ante el superior. *Febrero adicionado.*
3 L. 7 tit. 15 part. 6. Greg. Lop. en dicha ley 7.
4 L. 8 dicho tit. y part.

21. Los coherederos pueden retraer[1] por el tanto, dentro del término legal, toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes raices, porque son partícipes y comunes[2]. Lo mismo procede aunque todos los bienes de la herencia sean muebles[3]; como asimismo en los derechos y acciones vendidos con las cosas muebles y semovientes, no existiendo en ella otros bienes: en la comodidad del usufruto por razon de la comunion[4]; y tambien en el derecho del censo perpetuo, porque se reputa inmueble[5].

1 Véase el lib. 2 tit. 4 cap. 4, donde se trata de los retractos ó tanteos de las ventas.
2 L. 8 tit. 13 lib. 10 N. R.
3 L. 55 tit. 5 part. 5.
4 Greg. Lop. en dicha ley 55 gl. 9 al fin. Matienz. en las 13 y 14 cit. gl. 3 n. 3.
5 Palac Rub. en la ley 70 de Toro n. 22, Castill. en la 74 verb. *Parte*, en ella Matienz en la 7 cit. gl. 1 n. 4 y sig. y en la 13 n. 2.

CAPITULO II.

De los contadores, de su oficio y facultades, y de las reglas que deben observar para hacer justificadamente la particion y las adjudicaciones.

1 Los interesados en la herencia han de nombrar contadores, quienes deberán ser diversos de los tasadores de bienes.
2 Todas las personas á quienes por derecho se permite tratar y contratar, pueden ser nombradas para hacer particiones.
3 Los nombrados para contadores no pueden ser compelidos á aceptar este encargo; pero una vez aceptado, los puede apremiar el juez á que lo ejecuten.
4 Los contadores nombrados por las partes, no pueden ser recusados por estas sin justa causa; pero si el juez los nombra de motu propio, se les puede recusar con solo el juramento de tenerlos por sospechosos.
5 Causas por que pueden ser recusados.
6 ¿Si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá este ser recusado por la parte contraria?
7 Si los contadores nombrados discordaren, debe el juez nombrar un tercero en discordia para evitar las desavenencias que acerca de la eleccion pudieran suscitarse entre los interesados.
8 ¿Cuántos contadores habrán de nombrarse quedando viuda la muger sin hijos, y habiendo instituido el difunto á varios herederos?
9 y 10 Diferencia entre la liquidacion del caudal hereditario, y su distribucion ó adjudicacion. Facultades del juez y de los contadores para adjudicar los bienes de la herencia.
11 Reglas que deben observar los partidarios para proceder con justificacion en las adjudicaciones y particion. Regla primera: han de observar igualdad y proporcion, no solo en cuanto á la cuota ó cantidad que á cada interesado corresponda, sino tambien con respecto al valor ó estimacion ó calidad de las cosas adjudicadas.
12 Segunda: si en alguna de las fincas divisibles tiene parte uno de los interesados por cualquier título que sea, debe ser preferido en la adjudicacion de su total.
13 Tercera: si los herederos hubieren hecho algunos pactos lícitos acerca de la division de la herencia, debe el contador observarlos exactamente.
14 Cuarta: si hubiere de repartirse entre los interesados alguna finca que admita cómoda division, no ha de adjudicar á cada uno porciones separadas, sino unidas ó continuadas en cuanto sea posible.
15 Quinta: si alguno de los partícipes posée alguna heredad junto á otra de la herencia, debe adjudicársele esta ó parte de ella si no le cabe toda.
16 Sexta: si fuere indispensable dividir entre muchos la cosa ó heredad comun en que todos hayan de tener servidumbre, no debe adjudicar á unos las de sus partes por la de los otros.
17 Séptima: debe aplicar á cada interesado las cosas ó heredades íntegras y separadas, para evitar discordias.
18 Octava: en la division debe atenderse á lo mas cómodo y útil: esto es, que si la cosa no admite cómoda division, se aprecie, y cabiendo á uno de los partícipes, se le aplique íntegra; mas no cabiéndole, debe entregar el exceso en dinero.
19 Nona: la estimacion ó aprecio que haya de hacerse de la cosa que no admite division cómoda, sea de toda ella, y no de la parte que á cada partícipe se asigne separadamente.
20 Décima: que no se venda la cosa divisible miéntras se pueda evitar.
21 Undécima: en la division que ha de hacerse entre el consorte sobreviviente y los herederos del difunto, se ha de hacer separacion de los bienes que llevaron al matrimonio, ó que adquirieron durante él por cualquier título
22 Duodécima: si en la herencia hubiere derechos incorpóreos, como censos, juros &c., han de dividir sus capitales y pensiones con la misma equidad y proporcion que va indicada.
23 Decimatercera: si hubiere deudas á favor del caudal, han de hacer su aplicacion y distribucion del modo que allí se expresa.
24 Decimacuarta: si hubiere deudas contra el caudal, y por no estar satisfechas ántes de la division se constituye pagador de ellas á alguno de los interesados, han de hacer á su favor adjudicacion é hijuela de su total, aplicándole dinero para satisfacer el importe de ellas, ó á falta de él, bienes de la herencia.
25 Decimaquinta: el contador no ha de alterar por motivo alguno la tasacion de los bienes, sino arreglarse á ella para su aplicacion y distribucion.
26 Los contadores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones.
27 Los contadores pueden enmendar los yerros que hubieren cometido, y reformar su parecer, ántes que el juez apruebe la particion.

1. Ventilados y definidos los incidentes que pueden ocurrir ántes de proceder á la division de la herencia, segun se incinuó en los párrafos 13 y siguientes del capítulo anterior, para ejecutar dicha particion deben los interesados nombrar contadores. Estos han de ser diversos de los tasadores ó apreciadores de bienes, y muy inteligentes, no solo en cuentas, porque el error material de cálculo se puede fácilmente enmendar y salvar por medio de una declaracion ó prevencion, sino tambien en los puntos de derecho, de los que procuraré dar idea con la claridad posible; pues de no concurrir simultáneamente en ellos ambas circuntancias, se exponen á fomentar por

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®

21. Los coherederos pueden retraer[1] por el tanto, dentro del término legal, toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes raices, porque son partícipes y comunes[2]. Lo mismo procede aunque todos los bienes de la herencia sean muebles[3]; como asimismo en los derechos y acciones vendidos con las cosas muebles y semovientes, no existiendo en ella otros bienes: en la comodidad del usufruto por razon de la comunion[4]; y tambien en el derecho del censo perpetuo, porque se reputa inmueble[5].

1 Véase el lib. 2 tit. 4 cap. 4, donde se trata de los retractos ó tanteos de las ventas.
2 L. 8 tit. 13 lib. 10 N. R.
3 L. 55 tit. 5 part. 5.
4 Greg. Lop. en dicha ley 55 gl. 9 al fin. Matienz. en las 13 y 14 cit. gl. 3 n. 3.
5 Palac Rub. en la ley 70 de Toro n. 22, Castill. en la 74 verb. *Parte*, en ella Matienz en la 7 cit. gl. 1 n. 4 y sig. y en la 13 n. 2.

CAPITULO II.

De los contadores, de su oficio y facultades, y de las reglas que deben observar para hacer justificadamente la particion y las adjudicaciones.

1 Los interesados en la herencia han de nombrar contadores, quienes deberán ser diversos de los tasadores de bienes.
2 Todas las personas á quienes por derecho se permite tratar y contratar, pueden ser nombradas para hacer particiones.
3 Los nombrados para contadores no pueden ser compelidos á aceptar este encargo; pero una vez aceptado, los puede apremiar el juez á que lo ejecuten.
4 Los contadores nombrados por las partes, no pueden ser recusados por estas sin justa causa; pero si el juez los nombra de motu propio, se les puede recusar con solo el juramento de tenerlos por sospechosos.
5 Causas por que pueden ser recusados.
6 ¿Si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá este ser recusado por la parte contraria?
7 Si los contadores nombrados discordaren, debe el juez nombrar un tercero en discordia para evitar las desavenencias que acerca de la eleccion pudieran suscitarse entre los interesados.
8 ¿Cuántos contadores habrán de nombrarse quedando viuda la muger sin hijos, y habiendo instituido el difunto á varios herederos?
9 y 10 Diferencia entre la liquidacion del caudal hereditario, y su distribucion ó adjudicacion. Facultades del juez y de los contadores para adjudicar los bienes de la herencia.
11 Reglas que deben observar los partidarios para proceder con justificacion en las adjudicaciones y particion. Regla primera: han de observar igualdad y proporcion, no solo en cuanto á la cuota ó cantidad que á cada interesado corresponda, sino tambien con respecto al valor ó estimacion ó calidad de las cosas adjudicadas.
12 Segunda: si en alguna de las fincas divisibles tiene parte uno de los interesados por cualquier título que sea, debe ser preferido en la adjudicacion de su total.
13 Tercera: si los herederos hubieren hecho algunos pactos lícitos acerca de la division de la herencia, debe el contador observarlos exactamente.
14 Cuarta: si hubiere de repartirse entre los interesados alguna finca que admita cómoda division, no ha de adjudicar á cada uno porciones separadas, sino unidas ó continuadas en cuanto sea posible.
15 Quinta: si alguno de los partícipes posée alguna heredad junto á otra de la herencia, debe adjudicársele esta ó parte de ella si no le cabe toda.
16 Sexta: si fuere indispensable dividir entre muchos la cosa ó heredad comun en que todos hayan de tener servidumbre, no debe adjudicar á unos las de sus partes por la de los otros.
17 Séptima: debe aplicar á cada interesado las cosas ó heredades íntegras y separadas, para evitar discordias.
18 Octava: en la division debe atenderse á lo mas cómodo y útil: esto es, que si la cosa no admite cómoda division, se aprecie, y cabiendo á uno de los partícipes, se le aplique íntegra; mas no cabiéndole, debe entregar el exceso en dinero.
19 Nona: la estimacion ó aprecio que haya de hacerse de la cosa que no admite division cómoda, sea de toda ella, y no de la parte que á cada partícipe se asigne separadamente.
20 Décima: que no se venda la cosa divisible miéntras se pueda evitar.
21 Undécima: en la division que ha de hacerse entre el consorte sobreviviente y los herederos del difunto, se ha de hacer separacion de los bienes que llevaron al matrimonio, ó que adquirieron durante él por cualquier título
22 Duodécima: si en la herencia hubiere derechos incorpóreos, como censos, juros &c., han de dividir sus capitales y pensiones con la misma equidad y proporcion que va indicada.
23 Decimatercera: si hubiere deudas á favor del caudal, han de hacer su aplicacion y distribucion del modo que allí se expresa.
24 Decimacuarta: si hubiere deudas contra el caudal, y por no estar satisfechas ántes de la division se constituye pagador de ellas á alguno de los interesados, han de hacer á su favor adjudicacion é hijuela de su total, aplicándole dinero para satisfacer el importe de ellas, ó á falta de él, bienes de la herencia.
25 Decimaquinta: el contador no ha de alterar por motivo alguno la tasacion de los bienes, sino arreglarse á ella para su aplicacion y distribucion.
26 Los contadores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones.
27 Los contadores pueden enmendar los yerros que hubieren cometido, y reformar su parecer, ántes que el juez apruebe la particion.

1. Ventilados y definidos los incidentes que pueden ocurrir ántes de proceder á la division de la herencia, segun se incinuó en los párrafos 13 y siguientes del capítulo anterior, para ejecutar dicha particion deben los interesados nombrar contadores. Estos han de ser diversos de los tasadores ó apreciadores de bienes, y muy inteligentes, no solo en cuentas, porque el error material de cálculo se puede fácilmente enmendar y salvar por medio de una declaracion ó prevencion, sino tambien en los puntos de derecho, de los que procuraré dar idea con la claridad posible; pues de no concurrir simultáneamente en ellos ambas circuntancias, se exponen á fomentar por

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®

su impericia costosos pleitos, causando imponderables perjuicios á los interesados; por lo que en la corte solo los abogados pueden hacer particiones judiciales, segun el auto del consejo de 11 de abril de 1760. Asimismo deben jurar en los términos expuestos en el párrafo 14 del capítulo anterior, al modo que los jueces árbitros y tasadores, ante el escribano originario ó de diligencias de la testamentaría, segun se practica.

2. Todas las personas á quienes por derecho se permite comparecer en juicio, tratar y contratar, pueden ser electas para hacer particiones, porque es acto extrajudicial; bien que su parecer se ha de presentar al juez para que lo apruebe, y mande cumplir siendo arreglado. Así que el menor de veinte y cinco años, si tiene diez y ocho, podrá ser contador respecto á que no teniendo curador puede contratar por sí, y ser procurador para negocios extrajudiciales, como tambien ejercer jurisdiccion delegada (*). Lo propio digo del infame por derecho[1], en cuanto á ser contador.

3. Los que se nombran para contadores no pueden ser compelidos á aceptar el encargo de tales, si no quieren; pero una vez aceptado, los puede apremiar el juez á que lo evacuen, porque lo que al principio es voluntario para su admision, se contituye obligatorio, segun derecho, para su ejecucion despues de admitido[2] (*).

4. Tampoco pueden recusarlos las partes que los eligieron, sino por causa justa que sobrevenga probada ante juez ordinario ó superior del recusado, pues no basta el juramento solo de tenerlos por sospechosos[3]; pero siendo nombrados por el juez de motu propio, se les puede recusar como á este con el juramento referido, sin necesidad de expresar ni justificar causa; y admitida en ambos casos la recusacion, se les removerá en el todo del conocimiento del negocio, nombrándose otros en su lugar, como se practica. Si estan diputados públicamente para el ministerio de hacer particiones, se debe observar en su recusacion lo que acerca de los tasadores públicos expliqué en el párrafo 9, capítulo 3 de este título, porque milita la misma razon legal.

5. Las causas por que pueden ser conceptuados por sospechosos, y por consiguiente recusados, son: grande enemistad ó motivo de te-

(*) La ley 3 tit. 20 lib. 11 N. R. que cita aquí el autor, no habla de los menores. En la 7 tit. 2 lib. 10 se dice que cumpliendo estos los diez y ocho años, si estuvieren casados, puedan administrar su hacienda y la de su muger sin necesidad de venia ó dispensa. El sr. Sala en su *Ilustracion del Derecho Real de España*, lib. 1 tit. 4 n. 29, explica otros puntos relativos á esto.

1 L. *Paedius*, ff. *Recept. qui arbitr.* et ibi DD. Ayor. cap. 4 n. 3.

2 L. *Labeo ait* 3 § fin ff. *De recept. qui arbitr.* et ibi gl. Ayor. ibi n. 4 reg. 21 y 33 in sexto de las Decretales

(*) No obstante que se mande y sean apremiados á evacuar el encargo, no se les pueda privar de audiencia, alegando justa causa.

3 Guerreir. *De recusation.* lib. 2 cap. 10 n. 24. Cortiad. decis. 18 ns. 6 y 23. Ayor. ibi, n. 14.

nerla, nacida despues del nombramiento entre el nombrado y el que le nombró; el haber contraido afinidad con la parte contraria, ó sucedido en su herencia; el haber sido ordenado de órden sacro, desterrado ó preso por delito; el haber enfermado é ausentándose por largo tiempo, y otras á arbitrio del juez[1].

6. Ayora controvierte si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá este ser recusado por la parte contraria; y resuelve que el contador nombrado puede serlo por las causas expresadas en derecho; porque tiene jurisdiccion para pronunciar y adjudicar los bienes hereditarios, y en esto puede agraviar; pero que los nombrados para formar cuentas de tutores, administradores, compañías y otras personas semejantes, no pueden serlo porque carecen de jurisdiccion, y solo tienen facultad de dar sus pareceres y remitirlos al juez á fin de que sentencie y determine. Sin embargo de este dictámen, como ninguna ley hace mencion de estos contadores de particiones, se debe recurrir á las que tratan de los árbitros, en cualquier duda que ocurra sobre ellos; y en consecuencia debe distinguirse de este modo: si los contadores fueron electos como jueces árbitros y arbitradores, ó amigables componedores, y para ello procedió compromiso de las partes con las facultades de que diesen á la una, y quitásen á la otra á su arbitrio, y con pena convencional; entónces podrán ser recusados por las causas por que pueden serlo los árbitros, como arreglado á derecho, porque tienen jurisdiccion, y pueden agraviar (debiendo la parte que se dice agraviada, para que se la oiga sobre el agravio, depositar la pena, y apelar ó pedir reduccion dentro de los diez dias legales); pero faltando el expresado requisito de arbitracion, no pueden ser recusados los partidores, porque por mas autoridad que se les atribuya, no se extiende á mas que un parecer ó dictámen que con nombre de perito dan segun su inteligencia, el cual, como no es exequible miéntras el juez no lo apruebe, y el agraviado en caso de apelar no constituya la fianza prevenida por nuestro derecho[2], no tiene vigor de sentencia; mayormente cuando no siendo letrados estos peritos, no pueden ser nombrados para artículo que consista en derecho, ni para otra cosa que puedan determinar por el proceso, sino para lo que consiste en cuenta, tasacion ó pericia en arte ú oficio, como lo manda la ley[3]; y si hay algun punto oscuro ó duda de derecho, lo deben consultar y proponer al juez para que lo resuelva con audiencia de los interesados ántes de proceder á formar la particion; y así pueden estos agraviarse del dictámen de aquellos, en uso del traslado que de la particion se les debe comunicar,

1 L. *Filius familias*, § final, ff. *De procurator.* Ayor. dicho cap. 4 n. 16. Guerreir. *De recusation.* lib. 4.

2 L. 5 y nota 1 tit. 17 lib. 11 N. R.

3 L. 1 tit. 21 lib. 10 N. R.

con tal que no la consientan ántes; pues el traslado es para que en su vista se conformen con ella, ó expongan ante el juez ordinario los agravios que contenga y pida se deshaga, y no para otro efecto: sobre lo cual, si el agravio consiste en hecho, se les debe oir en via ordinaria, como se practica.

7. Como el juicio de la division pende del justo y arreglado arbitrio del juez, segun lo dice la ley 10. tit. 15. Part. 6: „Poderío ha el juez ante quien pidieren la particion los herederos de la mandar facer en la manera que él entendiere que se será mas guisada, é mas á pro de ellos;" parece que si los contadores nombrados por las partes discordan, podrá segun derecho[1] apremiarlos á que elijan tercero en discordia. Sin embargo, se ha considerado útil, y se practica en la corte, que el juez le nombre de oficio para evitar las contiendas y discordias que acerca de la eleccion se podrian suscitar entre ellos; y aunque de los tres se conformen los dos, no se deja de comunicar traslado á las partes, para que consientan la particion, ó digan de agravios, del mismo modo que si el tercero no hubiera sido electo, y se les oye en via ordinaria; porque el juez no puede proceder sumariamente sino en los casos expresos en derecho, y el tercero no sale de la esfera de un perito como los demas. Una vez propuestos los agravios, no debe aprobarla, ya se conformen dos de los tres, ó todos discorden, formando cada uno su particion, porque no la hay hasta oir plenamente las partes; y con vista de las probanzas que hagan, si los agravios consisten en hecho, y de los fundamentos que aleguen, dará su sentencia, de la cual podrán apelar en el término de los cinco dias legales, ó consentirla.

8. Quedando viuda la muger sin hijos, é instituyendo su marido por herederos, v. gr. á dos ó mas hermanos suyos, ó á dos hermanos y dos sobrinos, hijos de otro hermano, se han de nombrar dos contadores solos, uno por los hermanos y sobrinos del difunto, y otro por la viuda; porque todos los herederos representan á su instituyente, y pretenden una misma cosa, que es la herencia, y aquella otro tanto de los gananciales, como todos juntos. Pero pagada la muger, si la parte de los herederos quedase sin distribuir, y quisieren repartirla entre sí, nombrará cada hermano su contador, y los sobrinos otro solo, porque estos no representan mas que una persona que es la de su padre; y como que han de heredar por estirpe, esto es, por representacion, y no llevar todos mas que cada uno de sus tios que sucede por persona, porque lo mismo llevaria su padre si viviera, se estiman por un heredero. Y si en uno y otro caso quisieren conformarse en un solo contador por evitar

1 L. 29 tit. 4 part. 3.

discordias y gastos, como en la corte se practica, y lo tiene mandado el consejo, pueden hacerlo, porque ninguna ley se lo prohibe.

9. Una cosa es liquidar el caudal partible y dar dictámen acerca de la cuota ó suma que á cada uno toca por sus derechos, lo cual se llama con propiedad liquidacion; y otra hacer pago de esa cuota con los bienes de la herencia, lo cual se llama distribucion y aplicacion ó adjudicacion. En órden á esta, se duda si el juez podrá ó no adjudicar á los herederos los bienes que le parezca; si los partidores tendrán esta misma facultad; y en caso de tenerla, si podrán ser compelidos á hacer las adjudicaciones. Resolviendo pues estas cuestiones, digo en primer lugar, que el juez puede á su arbitrio hacer las adjudicaciones á uno entera ó particularmente, y condenarle á que entregue al coheredero en dinero su parte, si la cosa no tiene cómoda division, aplicando tambien los demas bienes segun su valuacion, ya esten bien ó mal tasados:[1] lo primero, porque el derecho le autoriza para ello, á fin de evitar disturbios entre los interesados: lo segundo, porque el juicio divisorio no es para conocer de la justicia ó injusticia de la tasacion, ni el juez es perito en esta parte sino para liquidar el caudal partible, y aplicar los bienes de la herencia por los precios en que esten valuados, lo cual es muy diverso; pues para aquello es el juicio de inventario, en el cual ántes de llegar á la division, se han de proponer y deshacer los agravios que haya en las tasaciones; á cuyo fin se comunicarán los autos á los interesados, si quieren tomarlos, ya las hayan presenciado ó no.

10. En cuanto á los contadores, parece que no podrán hacer las adjudicaciones por defecto de jurisdiccion para pronunciar, y que solamente tienen facultad para dar su dictámen, y exponerle al juez á fin de que pronuncie; sin embargo de esto, tienen facultad para hacer la adjudicacion de los bienes que no admiten cómoda division[2], y tambien la de los demas bienes por sus precios; porque por el hecho de nombrarlos las partes, y de conformarse el juez con su nombramiento, es visto darles comision para todo.

11. Como en las particiones cada uno de los interesados quiere regularmente lo mejor, para que el contador proceda con justificacion en las adjudicaciones y en la particion, y por su impericia no se concilie el odio de los herederos ó socios, ni sea causa de discordias entre ellos, debe tener presentes las quince reglas ó advertencias que siguen. Primera, que observe igualdad y proporcion, no solo en cuanto al número, cuota ó cantidad que á cada intere-

1 L. *Ad officium.* 3 Cod. *Communi dividund.* L. fin. tit. 15 part. 6. Ayor. *De partition.* part. 3 q. 5.

2 L. *In judicio familiae erciscundae,* 47 ff. *Familiae erciscundae.* Ayor dicha q. 5.

sado corresponda, sino al valor y estimacion, cualidad y bondad de las cosas que le aplique: de modo que no adjudique á uno lo bueno, y á otro lo malo, sino á todos proporcionalmente, pudiendo ser, segun su respectivo haber, de todas clases, y en cada una de bueno, mediano, ínfimo, fructífero, infructífero, exequible, dudoso, incobrable, mueble, raiz, semoviente, &c.[1]. Si hay cosas ó géneros venales, ha de guardar con ellos la misma proporcion, atendiendo á su buena, mediana ó poca salida, y no precisamente á su valor; á cuyo fin se informará de prácticos en su comercio, y los dividirá en tres clases, pues con los de mayor consumo se hace mejor negocio, porque se compra y vende mas veces, y cuantas mas se emplea el dinero, mas lucro se adquiere: advirtiendose que si agravia á los interesados, y estos no son oidos en contradictorio juicio, se debe deshacer el agravio, y el juez reducirlo á albedrío de buen varon con su audiencia ántes que pruebe la particion[2]; pero si fueron oidos y condenados, y se confirmó la sentencia condenatoria, ó no apelaron de ella, y se pasó en cosa juzgada, deben observar en todo la particion, ya sea hecha extrajudicialmente por los interesados, y presentada al juez para su aprobacion, ó judicialmente[3].

12. La segunda regla es que si en alguna de las fincas divisibles tiene parte alguno de los interesados ó herederos, ya sea por haberla comprado ántes, ó por habérsela legado, donado ó adquirídola por otro título, le prefiera en la adjudicacion de su total, pues debe ser así por la mayor porcion que en ella le toca; y si algunos tienen comunion en ella, debe ser preferido el que mas parte tenga al que no tiene tanta[4].

13. La tercera es que si los socios ó herederos hicieron algunos pactos permitidos acerca de la division de la herencia, ó bienes de la sociedad que contrajeron, los observe el partidor exactamente, sin tergiversarlos ni alterarlos en todo ni en parte, mirando siempre á la utilidad comun de todos, y no á la del uno solamente, igualándolos con dinero, si no puede de otro modo[5]. Lo mismo practicará cuando los cónyuges lo hubieren hecho en los contratos nupciales, pues siendo justos se deben cumplir.

14. La cuarta es que si alguna cosa inmueble ó raiz de la herencia ó sociedad que tiene cómoda division, se reparte entre todos los interesados ó entre algunos, no les consigne sus porciones

1 L. *Si probatum.* Cod. *Communi. dividund.* Guerreir. *De divis.* lib. 2 cap. 14 ns. 23, 24 y 41 al 46.
2 L. 3 Cod. *Communia utriusque judicii.*
3 Ayor. *De partition.* part. 3 q. 6 y 7.
4 L. *Sancimus.* § *Ne autem.* Cod. *De donation.* Merquech. *De divis. bonor.* lib. 2 cap. 10 n. 7. Guerreir. *De divis.* dicho lib. 2 y cap. 14 n 21 y lib. 6 cap. fin n. 31.
5 Guerreir. dicho cap. fin. ns. 33 y 44 lib. 6 *De divis.*

separadas, v. gr. una al principio, otra al medio, y otra al fin, sino unidas y continuadas en cuanto sea posible[1].

15. La quinta es que si alguno de los partícipes posée un fundo junto á otro de la herencia, ó parte de él, le aplique el de esta, pues debe ser preferido á los demas. Y lo propio milita cuando el difunto dejó muchos fundos juntos; pues se han de adjudicar unidos á cada uno de los que le quepan[2] (*).

16. La sexta es que si fuere indispensable dividir entre muchos la cosa ó fundo comun en que todos hayan de tener servidumbre, no se adjudique á unos las de sus partes por las de los otros; pues ninguno de ellos está obligado á dar paso al otro para el suyo, aunque no tenga entrada por otra parte, excepto que así lo pacten expresamente[3], y lo propio milita para con el vendedor respecto del comprador, ya sea rústico ó urbano el predio. Pero esto no procede cuando no puede hacerse la adjudicacion de otra suerte, como si tres hermanos poseen una casa compuesta de tres solares, y á cada uno se aplica su solar, porque así lo quieren, y para usar del suyo el del superior, como cuando los poseia todos el padre comun, es preciso pasar por el del inferior; pues en este caso debe dejar reservada expresamente en las de todos la servidumbre para ellos, de suerte que ninguno pueda impedir á otro el tránsito, ántes bien lo tenga franco y expedito, como si fuera único dueño y poseedor de todos tres[4].

17. La séptima es que aplique á cada interesado las cosas ó fundos íntegros y separados para evitar su discordia de la proindivision; bien que á veces se ha de permitir á todos el comun uso de alguna, si por algun motivo no se puede dividir ni estimar ó apreciar de otro modo, ni los interesados quieren que se venda: v. gr. si dos de estos tienen dos casas contiguas, y para entrar en ellas un portal del uso de ambas; pues no admitiendo division cómoda este, no habrá lugar á su estimacion, porque uno de los dos, vendido el portal al otro, si le falta la entrada por él á la suya, se verá en la precision de venderla en bajo precio, en lo que será gravemente perjudicado, por lo que debe quedar indiviso el portal.

18. La octava es que en la division se atienda á lo mas cómodo

1 L. *Venditor.* 36 y ley penult. § fin. ff. *De action emat.* Guerreir. dicho cap. fin. ns 26 y 29 lib. 6.
2 Guerreir. dicho cap. fin. ns. 27 y 28, y lib. 2 cap. 14 ns. 21 y 22. Velasc. *De partit.* dicho cap. 22 n. 19. Morquech. lib. 2 y cap. 10 dichos, n. 8. Capic. decis. 42 y 420.
(*) Cuando se venden las cosas de patrimonio ó abolengo, y el pariente mas cercano del vendedor concurre á retraerlas, segun la ley 24 de Toro, son preferidos el señor de directo dominio, el superficiario, ó el que tiene parte en ella, por ser comun, al pariente, y esto, por igual razon, afianza cuanto queda manifestado sobre la prelacion. *Febrero adicionado.*
3 L. *Item Labeo.* 22 ff. *Familiae erciscundae.* Parlad. differ. 81 n. 6
4 Guerreir. dicho cap. fin. n. 22 al 25 lib. 6.

y útil; quiero decir, que si la cosa no la admite cómoda, se aprecie, y cabiendo á uno de los partícipes, se le aplique íntegra; y si no le cabe, que entregue en dinero el exceso[1]; y no entregándole, si es raíz la cosa, se le adjudique imponiéndose censo reservativo con hipoteca especial sobre ella, obligándose á pagar el consocio ó coheredero los correspondientes réditos hasta que lo liberte y redima; lo cual se practica así para observar igualdad, y compensar al coheredero el daño que le irroga la mora de aquel á quien se aplica la finca productiva, por no ser justo que el uno se esté utilizando de los frutos ó producto de la parte del otro, y este carezca de ellos y de la finca que los produce[2]. Se dice no admitir la cosa cómoda division, cuando por dividirse vale mucho ménos, y pierde la estimacion que unida tiene[3].

19. La nona es que la estimacion ó aprecio que se haga de la cosa que no admite division cómoda, sea de toda ella, y no de la parte que á cada partícipe se asigne separadamente, porque llegado el caso y precision de venderse, mejor se vende á uno ó á muchos el todo que pedazo á pedazo[4]; á mas de que unas partes ya por su calidad, ya por otro motivo, suelen ser mas útiles que otras. Si la cosa se tasó íntegra, como el precio de ella fué con atencion á lo bueno, mediano é ínfimo, se causa perjuicio, pues no habrá quien tome lo ínfimo y mediano, y no faltará comprador para el todo uno con otro; y si no se hubiere valuado así, una el contador todas las porciones, y aplíquelas á uno, de suerte que en él quede toda la cosa por el total de su valor, y no cabiéndole observe lo explicado en la regla anterior.

20. La décima es que no se venda la cosa miéntras se pueda evitar[5]; pues así como cuando no permite cómoda division se puede vender, por el contrario permitiéndola, se ha de asignar en ella á cada partícipe su particion, no podrá ser compelido en este caso á recibir contra su voluntad el importe de su valor ó estimacion[6].

21. La undécima es que la division entre el consorte sobreviviente y los herederos del difunto haga separacion de los bienes que conste llevaron á su matrimonio ó durante este heredaron ó retrajeron por derecho de sangre, ó trocaron por otros, ó compraron con su mismo dinero, ó con lo que produjeron los propios que para comprarlos vendieron, ó si existen se los aplique, y no al cónyuge ó consocio, ni á sus herederos, dándoles otro en su lugar; porque aunque durante la sociedad son comunes, y en todas y en cada cosa tienen

1 Guerreir. id. n. 34 al 36.
3 Guerreir. *De divis.* lib. 8 cap. 21.
3 Gutier. *De juram. confirm.* part. 1 cap. 56 n. 6.
4 L. 1 Cod. *Communi dividund.* Guerreir. dicho cap. fin. n. 42.
5 Guerreir. *De inventar.* lib. 2 cap. 3.
6 L. 1 Cod. *Communi dividund.* Guerreir. dicho cap. fin. ns. 41 al 43 lib. 6.

el dominio pro indiviso para usufrutuarlos[1]; respecto deberse hacer la particion con equidad y buena fe, exigen estas que cada uno goce y posea los que adquirieron sus causantes, ó se subrogaron en su lugar, ya porque conserva su dominio especial, ya porque no tenga el sentimiento de ver que los lleva y disfruta un extraño; y lo mismo debe practicar con los muebles del uso privativo del consorte y los herederos por la propia razon. Si las cosas mismas que uno de los cónyuges llevó al matrimonio no existen, y hay otra de igual especie, bondad y calidad, se las aplicará á él ó sus herederos: pues habiéndolas, tiene derecho á recuperar en ellas el fundo que puso, como subrogadas en su lugar; ninguno compete al consocio, porque no se le comunica su dominio; y es justo que se practique así, para que no se le deteriore su condicion por beneficiar á su socio; bien que así como tiene derecho á que se le entreguen los existentes, no debe resistirse á tomarlas si se le aplican, aunque no le acomoden por el precio que entónces se les dé. Lo propio milita cuando el marido con el dinero dotal y con voluntad de su muger compró alguna finca, é igualmente entre hijos de dos ó mas matrimonios cuando su padre ó madre dejaron alguno bienes conocidos, adquiridos durante el suyo, que existen pro indiviso; pues la parte que tocaba al muerto y llevaria si viviera, se les debe aplicar con su aumento intrínseco (como que le representan y ocupan su lugar), y no á sus medios hermanos, padrastro ni madrastra, en la particion que se haga por muerte del viudo ó viuda. Todo lo dicho se entiende excepto que intervenga pacto contrario, siendo los mayores de veinte y cinco años, ó si hubiere motivo grave que obste para practicarlo así.

22. La duodécima es que si en la herencia hubiere derechos incorpóreos, v. gr. censos, juros, efectos, jurisdiccion, servidumbre &c., divida sus capitales y pensiones con la misma equidad y proporcion que queda expuesta; y si los derechos no se pudieren dividir, se dividirán sus frutos y pensiones ó réditos[2]; advirtiendo que el uso ó comodidad de la jurisdiccion se ha de dividir á prorata del haber de cada uno, y el de la servidumbre por tiempo[3]; pero el señorío y jurisdiccion, como cosa honorífica y que por lo mismo, y por ser la muger el fin de la familia, es justo continúe en el varon, se aplicará á este, y se dará otra cosa equivalente á la muger, excepto que el testador mande lo contrario, ó los partícipes se convengan de otra suerte;

1 Nótese bien que, durante el matrimonio, cada uno de los consortes conserva la propiedad de sus respectivos bienes, aunque los frutos y utilidades de ellos son comunes, y esto último es lo que quiere dar á entender el autor cuando dice que tienen el dominio pro indiviso *para usufrutuarlos.*
2 Covar. *Pract.* cap. fin. Guerreir. *De divis.* lib. 3 cap. 7 y lib. 6 cap. fin. n. 21.
3 L. *Via iter.* § *Usus*, 1 ff. *De servitut.* Guerreir. *De divis.* lib. 2 cap. 9 n. 33.

lo mismo se practicará con el patronato ú otro derecho ó regalía de honor.

23. La regla décimatercera es que si hubiere deudas á favor del caudal, ha de hacer su aplicacion y distribucion de modo que no perjudique á ningun partícipe en la herencia ó sociedad por beneficiar al otro, debiendo adjudicar á cada uno el débito íntegro, para que el deudor no se vea oprimido, ni experimente vejaciones con muchos juicios, siendo aquel uno solo; á ménos que unas deudas sean de difícil exaccion y otras fallidas; pues de estas dos clases á todos debe aplicar su respectiva porcion en cada una, para que á prorata sufran la pérdida y gastos de cobranza; bien que lo mas útil y seguro para todos es que uno se encargue de su cobranza, ó que elijan un cobrador, y segun se cobren, las repartan; con lo cual sufren todos el perjuicio, y reciben proporcionalmente la utilidad. En el caso de adjudicárselas á uno solo, debe reservársele su derecho, para que lo repita de los demas, y estos queden obligados á la eviccion, á fin de que se les satisfagan las partes que les correspondan, así en lo fallido como en los gastos de cobranza, acreditándolos del mismo modo que si en juicio le quitaran alguna cosa que se hubiese aplicado como efectiva y segura, á no ser que pacten que ninguno ha de quedar obligado á dicha eviccion, en cuyo caso todo queda de su respectiva cuenta y riesgo[1]; pero debe tener presente el contador, que si interviene la viuda ó quien la represente en la particion, y habia llevado á su matrimonio bienes dotales ó parafernales, no se la ha de hacer pago de ellos con deudas adquiridas por contratos celebrados por su marido miéntras estuvieron casados, sino reintegrarla de su importe con otros bienes equivalentes, ó dinero; y luego por razon de gananciales, aplicarla la parte proporcional que la toque de ellas; pues así por haber llevado bienes efectivos, como por haberse obligado su marido á su restitucion en otros equivalentes ó en dinero, tiene accion expedita á recuperarlos segun se los entregó, ó él se obligó, y no debe ser compelido á recibirlos en deudas ó créditos, habiendo alhajas y fincas de que satisfacerla. Tambien deberá el contador tener á la vista que si durante la proindivision se cobran algunos créditos, los ha de estimar como dinero, dividirlos como tal entre los partícipes, y en este concepto ponerlos por cuerpo de caudal, aunque esten inventariados como créditos.

24. La regla décimacuarta es que si hay deudas contra el caudal, y por no estar satisfechas ántes de la division se constituye pagador de ellas á alguno de los interesados, haga a su favor adjudicacion ó hijuela de su total, y le aplique dinero para su solucion

1 L. *Si familiae*, 14 Cod. *Familiae erciscundae*. Guerreir. *De divis.* lib. 2 cap. 14 desde el n. 41 al 48.

hasta el importe de ellas; y no habiéndolo, le adjudique bienes, en cuya venta ningun dispendio propio tenga, como es la plata y el oro por su peso é intrínseco valor; pues así como el desembolso ha de ser efectivo sin la mas leve diminucion ni pérdida, deben serlo tambien los bienes que se adjudiquen al que lo haya de hacer, porque de lo contrario se le perjudicará: y puesto que estan obligados proporcionalmente todos los partícipes en la herencia á la satisfaccion de las deudas de esta, que es primero pagar que heredar, y que no hay herencia hasta que estan satisfechas las deudas; deben sufrir del mismo modo el gravámen, obligarse á la eviccion, privarse de llevar lo mejor, porque es de los acreedores, y contentarse con lo que les quede bueno ó malo. Pero si no hay plata, oro ni otros bienes en cuya venta no pueda haber pérdida, se deben vender ántes los competentes al pago de deudas; y en su defecto obligarse los coherederos á satisfacer á prorata al constituido pagador la pérdida y gastos que en ello tenga, bajada su parte, pues como uno debe ocurrir con los demas á proporcion de su haber; y así se expresará en las adjudicaciones, ó por declaracion al final de la particion. Lo mismo debe practicar si le hace pagador de legados; con la diferencia de que debe aplicarle los específicos, para que los dé á sus respectivos dueños, y no dinero por ellos, como cuando son genéricos. Por pagador de deudas se debe nombrar al mas abonado, fiel y exacto, con obligacion de acreditar á los coherederos la satisfaccion de ellas para su resguardo.

25. La décimaquinta y última regla es que por ningun título altere el contador la tasacion de los bienes, modificándola ó aumentándola; ántes bien se arregle á ella para su aplicacion y distribucion pues no es de su inspeccion, sino de la de los tasadores: y conforme esten valuados, ha de formar el cuerpo de caudal, y adjudicarlos para no exceder los límites de su oficio. Así que, si entre ellos hubiere diamantes ú otras piedras preciosas inventariadas por el todo de su tasa, por esto mismo, y no por el tercio, ni entre mitad y tercio, las ha de distribuir y aplicar; excepto que otra cosa pacten y quieran lo interesados, ó que existan algunas de dichas alhajas que los interesados hayan llevado al matrimonio tasadas por todo su valor, y en el inventario consten por el intrínseco, real y verdadero que tienen, pues en este caso, ó ha de reducir el primero al efectivo del inventario[1], ó en su defecto aumentar el exceso al

1 Aquí padeció sin duda el autor una equivocacion, pues diciendo mas adelante que deben adjudicarse estas alhajas al consorte que las llevó al matrimonio, por el mismo precio en que las puso por fondo en la sociedad conyugal, es claro que si es menor el valor por que se pusieron en el inventario, no debe el contador reducir á este el primero, sino al contrario aumentar el exceso al de este.

de este, porque estas piedras no se consumen ni deterioran, y así no tienen pérdida: por cuya razon, y por no haberse trasferido su dominio al consocio, deben volver al socio que las llevó, hallándose en el mismo estado, por el precio en que las puso por fondo de la sociedad conyugal; pues de lo contrario seria perjudicado el consorte en el exceso que no era valor verdadero, sino aéreo ó imaginario. En la adjudicacion v. gr. de un aderezo ó de otra cosa que conste de varias piezas, no ha de hacer separacion de estas, sino aplicarlas todas (como que unidas componen y constituyen una completa) á un solo partícipe, porque de lo contrario pierde la estimacion que tiene con la union de todas; y si á ninguno cabe, véndase ó aplíquese segun se convengan los interesados: y lo mismo se debe practicar por la propia razon con bienes de otras clases que hacen juego, uniformidad y simetría. Si se tarda en hacer la particion, y algunos bienes muebles ó semovientes padecieron decremento, deberán tasarse nuevamente para evitar perjuicio: lo que hará presente á los interesados á fin de que los hagan valuar, y no aleguen despues perjuicio en su aplicacion; excepto que no quieran hacer este nuevo gasto.

26. En órden á si los contadores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones, parece que sí, porque una vez que lisa y llanamente aceptaron el encargo, fué para todo, y no para la mera liquidacion; pero no obstante vi años pasados ejecutoria del consejo en contrario en el caso siguiente. Nombraron de conformidad ciertos herederos un contador para que dividiese entre ellos la herencia: liquidó el caudal, y lo que á cada uno tocaba; y conociendo su carácter inquieto, les instó á que se juntasen en su casa á elegir bienes con presencia del inventario. Se resistieron, diciéndole que se los aplicase: lo que rehusó, fundado en que ignoraba los que á cada uno acomodaban, y no queria luego publicasen que habia procedido con pasion, ó dijesen de agravios de la adjudicacion, y consumiesen la herencia. Viendo ellos su renuencia se quejaron al juez, el cual, oido el contador, les mandó juntarse en su casa; de cuya providencia apelaron, y se confirmó por el consejo.

27. Aunque el juez ordinario no puede enmendar ni revocar su sentencia despues de pronunciada y publicada por estarle prohibido, á causa de haber usado de todas sus facultades, y acabádose en aquel juicio su oficio; no milita esto para con los meros contadores, quienes, ya sean nombrados de oficio, ó á pedimento de cualquiera de los interesados, pueden enmendar el error que hayan padecido, y reformar su parecer para evitar controversias, porque la comision que les dieron fué para evacuarla perfectamente; y aunque no se haya manifestado así en el nombramiento, se entiende tácitamente;

pero la enmienda ha de ser ántes que el juez apruebe la particion[1], pues una vez aprobada no se les permite, por cuanto espiraron su oficio y facultades.

1 L. *Cum quid.* 3 ff. *De reb. credit. Si certum petat.* Ayor. *De partit.* part. 3 q. 3.

CAPITULO III.

¿Cómo se han de dividir las cosas individuas, el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí, y las fincas enfitéuticas?

1 ¿Cuáles son las cosas individuas?
2 Ejemplos para instruccion del partidor en el modo de proceder para la division de las cosas individuas.
3 Cuando una cosa no admite cómoda division, se ha de aplicar enteramente á uno de los interesados, y este pagar en dinero á los coherederos las porciones que en ella les podria tocar, precedida su justa tasacion; pero si cada uno de ellos se resistiere á tomarla en estos términos, habrá de sortearse.
4 Si el testador hubiere tomado dinero á censo ó renta vitalicia, y viviere el pensionario ó alimentario, deberá el contador dejar el capital recibido en uno de sus herederos por via de depósito, con cargo de suministrar la renta anual al pensionista.
5 Puede dividirse entre los herederos el precio enfitéutico por partes, aplicándole proporcionalmente á cada uno segun su haber, ó enteramente á uno con obligacion de dar á los otros la estimacion ó el valor de su parte, y esta division puede hacerse sin obligacion de requerir al señor del dominio directo si lo quiere por el tanto.
6 Tambien tiene lugar lo expuesto en el párrafo anterior, cuando el enfitéusis se concedió á muchos con pacto expreso de que el uno sucediese al otro, ó de que entre ellos hubiese derecho de acrecer.
7 Si el padre llama á un hijo al goce del enfitéusis perpetuo, y le entrega la cosa enfitéutica, debe observarse su voluntad, y el hijo lo llevará con obligacion de reintegrar á sus hermanos de sus respectivas porciones.
8 ¿Qué se hará si alguno de los herederos del enfitéusis perpetuo enagenare la parte que le tocó sin requerir primero al señor del dominio directo?
9 Las mejoras hechas en la cosa enfitéutica son propias del que las hace.
10 Se resuelve la siguiente cuestion: ¿si perteneciendo á memoria ó capellanía el enfitéusis, y liberando el dueño útil su finca afecta á él por tres laudemios, y el duplo capital del cánon ó pension anua, segun el auto acordado del consejo, ó del modo pactado en la escritura de su creacion, ó á falta de pacto, segun la costumbre del pueblo, podrá el capellan quedarse con los tres laudemios, ó á lo ménos con uno?

1. De las cosas que son objeto del juicio devisorio unas hay corpóreas y otras incorpóreas. En cuanto á las primeras, algunas

de este, porque estas piedras no se consumen ni deterioran, y así no tienen pérdida: por cuya razon, y por no haberse trasferido su dominio al consocio, deben volver al socio que las llevó, hallándose en el mismo estado, por el precio en que las puso por fondo de la sociedad conyugal; pues de lo contrario seria perjudicado el consorte en el exceso que no era valor verdadero, sino aéreo ó imaginario. En la adjudicacion v. gr. de un aderezo ó de otra cosa que conste de varias piezas, no ha de hacer separacion de estas, sino aplicarlas todas (como que unidas componen y constituyen una completa) á un solo partícipe, porque de lo contrario pierde la estimacion que tiene con la union de todas; y si á ninguno cabe, véndase ó aplíquese segun se convengan los interesados: y lo mismo se debe practicar por la propia razon con bienes de otras clases que hacen juego, uniformidad y simetría. Si se tarda en hacer la particion, y algunos bienes muebles ó semovientes padecieron decremento, deberán tasarse nuevamente para evitar perjuicio: lo que hará presente á los interesados á fin de que los hagan valuar, y no aleguen despues perjuicio en su aplicacion; excepto que no quieran hacer este nuevo gasto.

26. En órden á si los contadores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones, parece que sí, porque una vez que lisa y llanamente aceptaron el encargo, fué para todo, y no para la mera liquidacion; pero no obstante vi años pasados ejecutoria del consejo en contrario en el caso siguiente. Nombraron de conformidad ciertos herederos un contador para que dividiese entre ellos la herencia: liquidó el caudal, y lo que á cada uno tocaba; y conociendo su carácter inquieto, les instó á que se juntasen en su casa á elegir bienes con presencia del inventario. Se resistieron, diciéndole que se los aplicase: lo que rehusó, fundado en que ignoraba los que á cada uno acomodaban, y no queria luego publicasen que habia procedido con pasion, ó dijesen de agravios de la adjudicacion, y consumiesen la herencia. Viendo ellos su renuencia se quejaron al juez, el cual, oido el contador, les mandó juntarse en su casa; de cuya providencia apelaron, y se confirmó por el consejo.

27. Aunque el juez ordinario no puede enmendar ni revocar su sentencia despues de pronunciada y publicada por estarle prohibido, á causa de haber usado de todas sus facultades, y acabádose en aquel juicio su oficio; no milita esto para con los meros contadores, quienes, ya sean nombrados de oficio, ó á pedimento de cualquiera de los interesados, pueden enmendar el error que hayan padecido, y reformar su parecer para evitar controversias, porque la comision que les dieron fué para evacuarla perfectamente; y aunque no se haya manifestado así en el nombramiento, se entiende tácitamente;

pero la enmienda ha de ser ántes que el juez apruebe la particion[1], pues una vez aprobada no se les permite, por cuanto espiraron su oficio y facultades.

1 L. *Cum quid.* 3 ff. *De reb. credit. Si certum petat.* Ayor. *De partit.* part. 3 q. 3.

CAPITULO III.

¿Cómo se han de dividir las cosas individuas, el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí, y las fincas enfitéuticas?

1 ¿Cuáles son las cosas individuas?
2 Ejemplos para instruccion del partidor en el modo de proceder para la division de las cosas individuas.
3 Cuando una cosa no admite cómoda division, se ha de aplicar enteramente á uno de los interesados, y este pagar en dinero á los coherederos las porciones que en ella les podria tocar, precedida su justa tasacion; pero si cada uno de ellos se resistiere á tomarla en estos términos, habrá de sortearse.
4 Si el testador hubiere tomado dinero á censo ó renta vitalicia, y viviere el pensionario ó alimentario, deberá el contador dejar el capital recibido en uno de sus herederos por via de depósito, con cargo de suministrar la renta anual al pensionista.
5 Puede dividirse entre los herederos el precio enfitéutico por partes, aplicándole proporcionalmente á cada uno segun su haber, ó enteramente á uno con obligacion de dar á los otros la estimacion ó el valor de su parte, y esta division puede hacerse sin obligacion de requerir al señor del dominio directo si lo quiere por el tanto.
6 Tambien tiene lugar lo expuesto en el párrafo anterior, cuando el enfitéusis se concedió á muchos con pacto expreso de que el uno sucediese al otro, ó de que entre ellos hubiese derecho de acrecer.
7 Si el padre llama á un hijo al goce del enfitéusis perpetuo, y le entrega la cosa enfitéutica, debe observarse su voluntad, y el hijo lo llevará con obligacion de reintegrar á sus hermanos de sus respectivas porciones.
8 ¿Qué se hará si alguno de los herederos del enfitéusis perpetuo enagenare la parte que le tocó sin requerir primero al señor del dominio directo?
9 Las mejoras hechas en la cosa enfitéutica son propias del que las hace.
10 Se resuelve la siguiente cuestion: ¿si perteneciendo á memoria ó capellanía el enfitéusis, y liberando el dueño útil su finca afecta á él por tres laudemios, y el duplo capital del cánon ó pension anua, segun el auto acordado del consejo, ó del modo pactado en la escritura de su creacion, ó á falta de pacto, segun la costumbre del pueblo, podrá el capellan quedarse con los tres laudemios, ó á lo ménos con uno?

1. De las cosas que son objeto del juicio devisorio unas hay corpóreas y otras incorpóreas. En cuanto á las primeras, algunas

pueden dividirse cómodamente, como un olivar, una casa: otras no admiten division, por ejemplo, un caballo; y finalmente las hay que no pueden dividirse sin daño suyo, como un molino. Las de estas dos últimas clases se llaman en el derecho *individuas*. De las incorpóreas hay unas que natural y legalmente son del todo individuas, como las servidumbres, que ni por el hombre ni por la ley se dividen ni pueden dividir aunque se quiera: hay otras que, aunque por naturaleza son indivisibles, pueden dividirse legal é intelectualmente, como los derechos, obligaciones y acciones que *ipso jure* se dividen activa y pasivamente entre los herederos, y no vienen al juicio divisorio sino solo por via de adjudicacion, porque la ley las divide intelectualmente[1]. De lo dicho resulta que la division es de dos maneras: una real y demostrable, porque se hace por partes distintas y separadas; y otra *intelectual*, porque subsistiendo la cosa íntegra é indivisa, así como se divide intelectualmente por la ley, se puede dividir del mismo modo por el hombre, señalando á muchos sus respectivas partes en ella. Esta *division intelectual* recae no solo en los derechos y acciones que la ley divide, sino tambien en las cosas corpóreas, divisibles en cuanto estan pro indiviso, porque en ellas se hace asimismo la division intelectual por porciones; y así se observa lo mismo en estas que en aquellos, con la única diferencia de que en ellas se puede proceder real, demostrativa y separadamente siempre que los interesados quieran que se dividan, y en aquellos no[2].

2. Para que el partidor no ignore cómo ha de proceder en la division de las cosas y obligaciones individuas, procuraré instruirle con los siguientes ejemplos: N. estipuló que J. habia de pasar por su heredad, y que él ni sus herederos no se lo estorbarian, y murió dejando varios de estos. En tal caso esta obligacion individua no viene al juicio divisorio, y así compete activa y pasivamente la accion de todos los herederos del uno contra todos y cualquiera de los del otro por el todo, ya prohiban el paso todos ó el uno sólo; por lo que los herederos han de prestar caucion de indemnidad, de que el hecho del uno no dañará á los otros. Lo propio milita si el testador lega la servidumbre ó tránsito, pues cualquiera de sus herederos en todo está obligado á concederlo, y á dar la caucion referida. Tambien se ha de proceder por caucion de indemnidad entre los herederos en la promesa penal hecha por el difunto, de que

1 La indivisibilidad de las cosas individuas se induce de tres modos: 1.° por naturaleza, v. g. en las servidumbres y otros derechos incorpóreos que no admiten separacion real y efectiva: 2.° por disposicion de la ley, como en la estipulacion general ó alternativa del hombre: 3.° por voluntad de los contrayentes, v. gr. cuando pactan que ellos, sus herederos ó sucesores, no impedirán la servidumbre y tránsito por la heredad que esta pro indiviso, y entónces se ha de aplicar á uno.

2 Duaren. in § *Et harum.* y en el lib. 1. *Disputation.* cap. penult. Velasc. *De partit.* cap. 27 ns. 6 y 7.

si v. gr. dentro de un año no pagare cierta suma, satisfará tanta pena, en cuyo caso para eximirse de esta no basta que uno de los herederos pague su parte, pues ó todos han de satisfacer el todo del débito, ó uno por sí y por ellos; y en su defecto no se libertarán de la pena, porque al acreedor compete accion por el todo contra todos.

3. Queriendo todos los herederos alguna cosa raiz ó mueble de estimacion que hay en la herencia, y no conformándose en quién la ha de llevar ó cómo se ha de dividir, si admite cómoda division, se ha de partir igualmente, ó á proporcion de la institucion. Si no la admite, se ha de aplicar enteramente á uno, y este pagar en dinero á los coherederos las porciones que en ella les podia tocar, precedida su justa tasacion, á lo cual le puede condenar el juez. Resistiéndose cada uno á llevarla en estos términos, ya sea porque no se pueda dividir cómodamente, ó por no tenerle cuenta ó por otro motivo, ha de mandar que se sortée, y aquel á quien toque por suerte no se debe excusar de admitirla con dicha resposabilidad, ó sin ella, en caso de caberle; ó si no, hará que se venda entre ellos, y la aplicará al que dé mas por ella, y que deducida su parte entregue el residuo, y se divida entre los demas, ó que se venda á un extraño si no quieren comprarla, ó no dan su justo precio, ó aunque uno lo ofrezca, si dice que por su indigencia no puede aprontarlo, y les aplicará el que dé el extraño; pues todo depende del prudente y arreglado arbitrio del juez para evitar disensiones entre los partícipes[1]. Estos modos de hacer particion de cosa individua, ó de la que rehusan tomar en pago por su haber por pretextar se les perjudica, son los mas frecuentes; pues el de que el hermano mayor en edad haga las porciones, y los menores elijan[2], aunque no está reprobado, regularmente no se usa. Pero si uno de los herederos intenta que se subaste la alhaja que tiene incómoda division, tal vez por no acomodarle llevarla, ó por no tener para pagar al coheredero su parte, ó por hacerle mala obra, y este lo resiste y apronta en dinero la porcion líquida que corresponde al otro, debe ser oido, y no procederse á la subasta, ni causarle estos perjuicios y gastos; por manera que si el juez no defiere á ello, puede apelar, pues cumple el coheredero con entregar á su consocio su parte líquida en dinero á justa tasacion, que es á lo que se le puede obligar.

4 Si el testador tomó dinero á censo ó renta vitalicia, y vive el pensionario ó alimentario, debe el contador dejar el capital recibido en uno de sus herederos por via de depósito, con cargo de sumi-

1 L. 10 tit. 15 part. 6, ley 2 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real, ley *Item Labeo.* ff. *Familiae erciscundae*, y ley *Ad officium.* Cod. *Communi dividund.*

2 Genes. cap. 13 vers. 9 cap. 1 *De parochiis et alienis parochianis.*

nistrar la renta anual al pensionista, y con la condicion expresa de que si este viviere tanto que consuma el capital, y perciba mas que su importe, ha de poder repetir y exigir el heredero de los coherederos el exceso que le pague á prorata, deduciendo la parte que como uno de ellos le corresponda satisfacer, y de que si por el contrario muriere ántes que se consuma el capital, comunicará á los demas el sobrante, y de esta suerte ninguno queda perjudicado.

5. A veces ocurre tener que dividir la cosa enfitéutica hereditaria perpetua, lo que no ofrece dificultad; porque si los predios del real patrimonio concedidos al difunto, ó comprados por él, se pueden dividir, con mayor razon deben partirse los enfitéuticos que se equiparen á ellos[1]. Así que, los herederos pueden dividir el predio enfitéutico hereditario por partes, aplicándolo proporcionalmente á cada uno segun su haber, ó enteramente á uno con obligacion de dar á los otros la estimacion ó valor de su parte; cuya division, como que es enagenacion necesaria y no voluntaria, pueden hacer sin obligacion de requerir al señor del dominio directo si lo quiere por el tanto, porque por esta omision no incurre el predio en comiso, ni por la division se debe laudemio[2]; excepto que en la escritura primordial de la constitucion del enfitéusis se haya estipulado lo contrario, así en órden á esto como á la division.

6. Tambien tiene lugar lo expuesto cuando el enfitéusis se concedió á muchos con pacto expreso de que el uno sucediese al otro, ó de que entre ellos hubiese derecho de acrecer; pues en este caso pueden dividirlo igualmente en la forma expuesta, sin riesgo de que caiga en comiso ni necesidad de requerir al señor, porque no hay persona nueva á quien este no conozca ni haya admitido; y aun enagenar sus partes, porque esta no es propiamente enagenacion, sino anticipada renuncia de su derecho.

7. Si el padre llama á un hijo al goce del enfitéusis perpetuo referido, y le entrega la cosa enfitéutica, debe observarse su voluntad, y el hijo lo llevará con obligacion de reintegrar á sus hermanos sus porciones, porque no hay ley que lo prohiba, y el padre puede disponer libremente de sus bienes entre sus hijos, con tal que á ninguno perjudique en su legítima. Lo mismo procede cuando lega algun hijo la finca gravada con el enfitéusis, ó en la encabezada en uno, porque se ha de observar su voluntad en la division de la herencia entre sus hijos, no gravándolos en su legítima: y en este caso el hijo encabezado no debe laudemio al señor del dominio directo, porque es enagenacion necesaria, en la cual cesa lo dispuesto por la ley 29, tit. 8. Part. 5.

1 L. 10 ff. *Familiae erciscundae.* Rubric. y todo el tit. ff. *Si ager vectigalis.*

2 L. fin. Cod. *De jure emphyteutic* Guerreir. *De divis.* lib. 2 cap. 8 ns. 118 y 119.

8. Si alguno de los herederos del enfitéusis perpetuo enagena la parte que le tocó sin requerir primero al señor del dominio directo para si la quiere por el tanto, se ha de distinguir: ó estaba en la posesion de la cosa, y con motivo de la enagenacion la entregó al comprador, ó no: si lo estaba, cayó solamente en comiso la parte enagenada, porque esta pena es legal, y la ley castiga únicamente á quien delinque; pero si no estaba en posesion ni entregó la cosa, no há lugar el comiso[1].

9. Las mejoras hechas en la cosa enfitéutica son propias del que las hace, por ser cosa distinta del enfitéusis, y así las puede legar, donar y enagenar: por lo que si el enfitéusis es perpetuo, vendrán todas á la particion, y aquel en quien quede ó se encabece el derecho y finca enfitéutica tendrá que satisfacer en dinero á los coherederos la porcion que les corresponda de la mejoras, las cuales se tasarán juntas con el derecho enfitéutico y no separadas de él, porque es individuo[2], segun se practica[3].

10. Dúdase si perteneciendo á memoria ó capellanía el enfitéusis, y liberando el dueño del dominio útil su finca á él afecta por tres laudemios y el duplo capital del cánon ó pension anua con arreglo al auto acordado del consejo, ó del modo pactado en la escritura de su creacion, ó en defecto de pacto, segun la costumbre del pueblo, ¿podrá el capellan quedarse con los tres laudemios, ó á lo ménos con uno, al modo que cuando se celebra venta de la finca lo percibe y hace suyo; ó deberá imponer el total importe de ellos con el duplo capital á favor de la memoria ó capellanía? Para resolver esta duda ha de considerarse quién es dueño del enfitéusis, si la memoria ó el capellan, y si los laudemios son renta ó fruto de ella. En órden á lo primero digo, que la memoria es la dueña, y el capellan un mero usufrutuario con gravámen de cumplir sus cargas de la renta de sus fincas; y así no compete á este el derecho de tanteo ni el de conceder licencia para la venta (no obstante el abuso que la ignorancia y falta de discernimiento ha introducido), ni tampoco el de apoderarse de la finca por comiso si el enfiteuta no paga en tres años la pension, pues todos estos derechos y regalías, como peculiares y privativas del señor del dominio directo, en fuerza de la reserva que de ellos hizo para sí y para sus sucesores en la escritura de dacion á enfitéusis, tocan á la memoria, la cual en virtud de la traslacion de dominio que la hizo el fundador dueño del enfitéusis, se constituyó dueña, se subrogó en su lugar, y le sucedió en ellos. En cuanto á lo se-

1 Velasc. *De partit.* cap. 25 n. 36 al fin.

2 Velasc. *De partit.* cap. 26 ns. 23 y 24.

3 Acerca de si el enfitéusis, ya sea eclesiástico, secular ó mixto, es ó no hereditario, partible y trasmisible; si en el ha de suceder varon ó hembra, y otras cosas concernientes á este asunto, véase á Velasc *De jur emphyteut.* Guerreir. *De divis.* lib. 2 cap. 8. Morquech. *De divis. honor.* lib. 1 cap. 6.

*

gundo digo, que estos laudemios y duplo capital no son renta ó fruto de la finca de la memoria, sino precio y valor en que se estima el derecho de percibir anualmente el cánon: el de apoderarse de ella, si el enfiteuta no lo paga en tres años, y el de tantearla, ó en su defecto conceder licencia para la venta, y percibir laudemio que por esta se causa; de suerte que el importe de estos derechos y regalías junto con el duplo capital, se subroga como equivalente en ellos, y pagándolo el enfiteuta se constituye dueño de todos, y del solar consolidando el dominio directo de que carecia, y de que son privativos con el útil que tenia. Si se me replica que cuando hay venta percibe el capellan el laudemio que por ella se causa, y que así debe quedarse con uno á lo ménos en el caso propuesto; como asimismo que aun cuando se quede con los tres son beneficiados la memoria y capellanes, aquella en tener un duplo capital que no tenia, y estos en percibir anualmente doble renta; responderé que el laudemio que el capellan perbibe cuando hay venta, es fruto ó renta que suple y compensa la falta de la competente pension anual que el enfiteuta debia y pagaria por el solar si lo tuviera arrendado, y así quedan vivos é ilesos enteramente los expresados derechos á favor del señor; pero en el presente caso se extingue para siempre, por lo que ya ninguno tiene para percibir mas laudemios; y esta privacion de su percibo, y de usar del comiso y tanteo, se le resarse con el capital que de ellos y su valor se forman: y como la mayor renta anual que produce, la cual se juzga igual al cánon y laudemios que ántes de extinguirse se pagaban, y que de quedarse con ellos el capellan en cuya vida se consolidan ambos dominios, imponer solamente el duplo capital, ó este y dos laudemios, léjos de beneficiar á la memoria y capellanes sucesores, se les perjudica: á la memoria, porque se le defrauda parte del capital correspondiente á los derechos que gozaba; y á los capellanes, porque los priva de percibir laudemios, los que ántes podian superar mucho, no solo el actual rédito del duplo capital, sino á los del de los tres si eran muchas las ventas que en sus respectivas vidas se celebraban; y mas se debe mirar al beneficio de la memoria y su conservacion y capellanes sucesores, que el privativo del que quiere lucrarse en su detrimento, mayormente cuando por la imposicion del duplo capital y tres laudemios se reintegra con sus réditos anuos del laudemio que deja de percibir por aquella vez, y goza mayor renta que ántes. Lo propio se ha de decir por la misma razon cuando el enfitéusis pertenece á mayorazgo.

CAPITULO IV.

Método que ha de seguir el contador para formar la cuenta y hacer la liquidacion. Deducciones que deben hacerse del caudal inventariado: la primera es la dote (*).

1 Presupuestos que debe hacer el contador de todo lo que resulte por órden cronológico.

2 A continuacion de los presupuestos debe formar cuerpo del caudal poniendo los bienes por clases y por mayor.

3 Formado el cuerpo del caudal deben hacerse las deducciones correspondientes, y por qué razon.

4 Lo primero que debe deducirse es la dote legítima y verdadera que la muger acredite haber llevado al matrimonio.

5 Opinion de Ayora acerca de la deduccion de la dote, refutada por el autor.

6 Lo que deberá tener presente el contador acerca de la restitucion, aumento, deterioro ó pérdida de los bienes dotales.

7 y 8 ¿Cómo deberá hacerse la deduccion de la dote cuando el todo ó parte de ella consista en créditos á favor de la muger?

9 ¿Cuándo se constituirá dotal la finca que el marido compró con el dinero que la muger le llevó en dote; y cómo deberá hacer la aplicacion el contador?

10 ¿Por qué precio han de aplicarse á la muger estas fincas estimadas como dotales?

11 ¿Cómo deberá proceder el contador para la deduccion cuando la muger hubiese llevado en dote legado anuo, pension, usufruto de bienes raices, renta vitalicia, ó empleo que el marido haya de servir?

12 En concurrencia de dos dotes legítimas, ¿cuál deberá deducirse primero, no habiendo dejado el marido bienes suficientes para satisfacerlas ambas?

13 Cuando el marido dejó bienes suficientes con que reintegrar el haber respectivo de su primera y segunda muger, y hay tambien gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, debe distinguirse: si la segunda muger los renuncia, contentándose con su dote y arras si las hubiere, lo mismo es deducirla ántes que despues de la primera; mas si quiere la parte que le corresponde en los gananciales, se han de distinguir cuatro casos.

14 Caso primero. Cuando el marido llevó algunos bienes al matrimonio segundo; pero no los suficientes á cubrir la dote y demas haber de la muger primera, haya habido ó no gananciales en el de esta.

15 Caso segundo. Cuando el marido no llevó bienes algunos al matrimonio segundo, consta el haber de la muger primera y los gananciales adquiridos durante el suyo; y despues de cubiertas ambas dotes y lo demas correspondiente á la primera por todos sus derechos, resultan otros gananciales adquiridos en el segundo.

16 Caso tercero. Cuando el marido llevó al matrimonio segundo bienes suficientes para cubrir el haber de los hijos de la muger primera existente en su poder, y algunos mas suyos propios.

17 Caso cuarto. Cuando el marido lleva al matrimonio segundo bienes suficientes, no solo para cubrir el haber de los hijos del primero que existen en su poder y les corresponde por sus legítimas maternas, y el derecho de reservacion, así tambien algunos suyos propios; y durante el segundo les da el todo ó parte de lo que les toca por los títulos expresados, ó algo mas en cuenta de la paterna.

(*) Véanse los capítulos 5, 6 y 7 tit. 2 libro 1 donde se trató de la dote.

gundo digo, que estos laudemios y duplo capital no son renta ó fruto de la finca de la memoria, sino precio y valor en que se estima el derecho de percibir anualmente el cánon: el de apoderarse de ella, si el enfiteuta no lo paga en tres años, y el de tantearla, ó en su defecto conceder licencia para la venta, y percibir laudemio que por esta se causa; de suerte que el importe de estos derechos y regalías junto con el duplo capital, se subroga como equivalente en ellos, y pagándolo el enfiteuta se constituye dueño de todos, y del solar consolidando el dominio directo de que carecia, y de que son privativos con el útil que tenia. Si se me replica que cuando hay venta percibe el capellan el laudemio que por ella se causa, y que así debe quedarse con uno á lo ménos en el caso propuesto; como asimismo que aun cuando se quede con los tres son beneficiados la memoria y capellanes, aquella en tener un duplo capital que no tenia, y estos en percibir anualmente doble renta; responderé que el laudemio que el capellan perbibe cuando hay venta, es fruto ó renta que suple y compensa la falta de la competente pension anual que el enfiteuta debia y pagaria por el solar si lo tuviera arrendado, y así quedan vivos é ilesos enteramente los expresados derechos á favor del señor; pero en el presente caso se extingue para siempre, por lo que ya ninguno tiene para percibir mas laudemios; y esta privacion de su percibo, y de usar del comiso y tanteo, se le resarse con el capital que de ellos y su valor se forman: y como la mayor renta anual que produce, la cual se juzga igual al cánon y laudemios que ántes de extinguirse se pagaban, y que de quedarse con ellos el capellan en cuya vida se consolidan ambos dominios, imponer solamente el duplo capital, ó este y dos laudemios, léjos de beneficiar á la memoria y capellanes sucesores, se les perjudica: á la memoria, porque se le defrauda parte del capital correspondiente á los derechos que gozaba; y á los capellanes, porque los priva de percibir laudemios, los que ántes podian superar mucho, no solo el actual rédito del duplo capital, sino á los del de los tres si eran muchas las ventas que en sus respectivas vidas se celebraban; y mas se debe mirar al beneficio de la memoria y su conservacion y capellanes sucesores, que el privativo del que quiere lucrarse en su detrimento, mayormente cuando por la imposicion del duplo capital y tres laudemios se reintegra con sus réditos anuos del laudemio que deja de percibir por aquella vez, y goza mayor renta que ántes. Lo propio se ha de decir por la misma razon cuando el enfitéusis pertenece á mayorazgo.

CAPITULO IV.

Método que ha de seguir el contador para formar la cuenta y hacer la liquidacion. Deducciones que deben hacerse del caudal inventariado: la primera es la dote (*).

1 Presupuestos que debe hacer el contador de todo lo que resulte por órden cronológico.

2 A continuacion de los presupuestos debe formar cuerpo del caudal poniendo los bienes por clases y por mayor.

3 Formado el cuerpo del caudal deben hacerse las deducciones correspondientes, y por qué razon.

4 Lo primero que debe deducirse es la dote legítima y verdadera que la muger acredite haber llevado al matrimonio.

5 Opinion de Ayora acerca de la deduccion de la dote, refutada por el autor.

6 Lo que deberá tener presente el contador acerca de la restitucion, aumento, deterioro ó pérdida de los bienes dotales.

7 y 8 ¿Cómo deberá hacerse la deduccion de la dote cuando el todo ó parte de ella consista en créditos á favor de la muger?

9 ¿Cuándo se constituirá dotal la finca que el marido compró con el dinero que la muger le llevó en dote; y cómo deberá hacer la aplicacion el contador?

10 ¿Por qué precio han de aplicarse á la muger estas fincas estimadas como dotales?

11 ¿Cómo deberá proceder el contador para la deduccion cuando la muger hubiese llevado en dote legado anuo, pension, usufruto de bienes raices, renta vitalicia, ó empleo que el marido haya de servir?

12 En concurrencia de dos dotes legítimas, ¿cuál deberá deducirse primero, no habiendo dejado el marido bienes suficientes para satisfacerlas ambas?

13 Cuando el marido dejó bienes suficientes con que reintegrar el haber respectivo de su primera y segunda muger, y hay tambien gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, debe distinguirse: si la segunda muger los renuncia, contentándose con su dote y arras si las hubiere, lo mismo es deducirla ántes que despues de la primera; mas si quiere la parte que le corresponde en los gananciales, se han de distinguir cuatro casos.

14 Caso primero. Cuando el marido llevó algunos bienes al matrimonio segundo; pero no los suficientes á cubrir la dote y demas haber de la muger primera, haya habido ó no gananciales en el de esta.

15 Caso segundo. Cuando el marido no llevó bienes algunos al matrimonio segundo, consta el haber de la muger primera y los gananciales adquiridos durante el suyo; y despues de cubiertas ambas dotes y lo demas correspondiente á la primera por todos sus derechos, resultan otros gananciales adquiridos en el segundo.

16 Caso tercero. Cuando el marido llevó al matrimonio segundo bienes suficientes para cubrir el haber de los hijos de la muger primera existente en su poder, y algunos mas suyos propios.

17 Caso cuarto. Cuando el marido lleva al matrimonio segundo bienes suficientes, no solo para cubrir el haber de los hijos del primero que existen en su poder y les corresponde por sus legítimas maternas, y el derecho de reservacion, así tambien algunos suyos propios; y durante el segundo les da el todo ó parte de lo que les toca por los títulos expresados, ó algo mas en cuenta de la paterna.

(*) Véanse los capítulos 5, 6 y 7 tit. 2 libro 1 donde se trató de la dote.

1. Habiendo explicado las facultades y obligaciones del contador para proceder con la justificacion debida en su encargo, y dicho lo conveniente acerca del modo de dividir tanto las cosas corpóreas como las incorpóreas; paso ahora á tratar particularmente del método que ha de seguir para formar la cuenta y hacer la liquidacion del caudal hereditario. Enterado, pues, del inventario y demas papeles concernientes á la particion que ha de evacuar, ya sea de uno, dos ó mas matrimonios, conviene que con toda claridad y fidelidad haga presupuestos de lo que resulte de todos por su órden cronológico, y que en el último exprese cuánto importa el caudal, y el modo de dividirlo, para que los interesados sepan lo que se tuvo presente: qué motivos hubo para su distribucion y deducciones: en qué términos se hicieron, y si fueren ó no arregladas: y vean en sus hijuelas y adjudicaciones (como que en ellas se debe insertar) los fundamentos en se afianza la division, y si se les perjudicó ó no en su haber; pues los presupuestos, aunque no son de esencia de la particion, ni por su defecto se anula, dan una clara idea é instruccion de todo.

2. A continuacion de los presupuestos debe formar cuerpo del caudal, poniendo su total por clases y por mayor: v. gr. *en tierras tanto, en viñas tanto, en madera tanto, en ropa blanca tanto, en ropa de seda tanto &c.* (segun el formulario que está al fin de este tratado), sin copiar el inventario, pues esto á mas de ser inutil, porque los bienes que contiene se reparten entre los interesados, á los cuales basta saber á cuánto ascienden, qué deducciones se hacen de ellos, por qué y cómo, y que es lo que les toca y en qué especies, con individualidad; se les originan gastos infructosos que debe evitarles, si no hay especial motivo para lo contrario.

3. Formado el cuerpo del caudal en los términos explicados, ha de hacer de él las deducciones correspondientes; pues así como en la sociedad convencional, para saber si hay utilidades ó pérdidas, es indispensable separar previamente del todo del caudal los bienes, capital ó fondo que cada socio puso, ó su importe y las deudas contraidas durante ella con motivo del negocio sobre que se estableció: así tambien en la conyugal, que regularmente se equipara á la convencional, se debe deducir ante todas cosas del caudal inventariado lo que ambos cónyuges llevaron á la compañía que por el matrimonio celebraron (ya sea al tiempo de casarse, ó miéntras estuvieron casados, por haberlos heredado ó adquirido por otro título lucrativo de algun pariente ó extraño), ó su importe y las rentas en su intermedio causadas, porque de otro modo es imposible averiguar si hay ó no gananciales.

4. La primera deduccion que debe hacer el contador es la de la dote legítima y verdadera que la muger acredite legalmente haber llevado al matrimonio y entregado á su marido (sean legítimos ó extraños los herederos), por dos razones: la una, porque no solo es fondo ó capital suyo puesto en la sociedad conyugal para su incremento, sino tambien deuda contra los bienes de su marido, y preferida á todas las que este contrajo durante el matrimonio; y la otra, porque aunque no haya gananciales está obligado á restituírsela de los suyos propios[1], regularmente hablando. Pero esto no procede cuando el mismo marido devolvió á su muger la dote, porque no tiene prohibicion de pagar en vida la deuda el que se halla obligado á satisfacerla de sus bienes despues de muerto, y miéntras vive puede ejecutar anticipadamente lo que por disposicion suya habia de practicarse despues de su fallecimiento, sin que por efectuar la entrega se deba decir que son defraudados sus hijos en los frutos dotales que habria percibido su padre á no haber hecho la restitucion; pues este carece tambien de ellos, y ningun derecho le precisa á conservarla en su poder, ni á adquirir frutos para custodiarla, si le incomoda su conservacion y custodia, ni tampoco á recibirla si no quiere.

5. Ayora es de opinion que la deduccion de la dote debe hacerse cuando el marido la empleó, como era debido, en sostener las cargas matrimoniales, y aumentar con ella el caudal de la sociedad; pues si se prueba que la destinó á otros fines, v. gr. á pagar sus deudas, casar ó acomodar algun hermano ó hermana &c., no se debe deducir del cuerpo del caudal habiendo gananciales, porque seria perjudicada su muger en la mitad de estos, con los cuales se la pagaba; y que así lo que, habiéndolos, se debe practicar, es bajar las deudas contraidas durante el matrimonio, y luego partir los gananciales, y del total que toque á su marido satisfacerla su dote, porque si la hubiera empleado, como debia, en la sociedad, hubiera adquirido mas utilidades; y respecto haber privado á su muger de estas é invertídola en usos agenos de la sociedad conyugal, no es justo que por esta causa sea defraudada en lo que la debe corresponder. Yo sin embargo dudo de la solidez de esta opinion: 1.° porque ninguna ley lo ordena: 2.° porque el marido no está obligado precisamente á adquirir gananciales; y sí solo á que si los adquiere, no cometa dolo por defraudar en su parte á su muger; ademas de que el adquirirlos ó haber pérdidas es eventual, y así no se deduce que por invertirlos en la sociedad ha de haberlos precisamente: 3.° porque la dote no se entrega al marido con el fin de que

1 L. 33 tit. 13 part. 5.

con ella adquiera utilidades, sino para que le ayuden sus frutos á soportar las cargas matrimoniales; lo cual no sucede en la sociedad convencional, cuyo fondo es para adquirirlas con él y con la industria: 4.° porque en la sociedad conyugal se hace regularmente el marido dueño del fondo que la muger lleva á ella, y cumple con volver su importe: lo cual no sucede en la convencional, pues á ningun socio se transfiere el dominio del capital del otro en iguales términos; y lo 5.° porque estas dos sociedades se diferencian en muchas cosas, como diré mas adelante, y por tanto no se deben aplicar á ellas enteramente unas mismas reglas. Así que, no se debe seguir ni se sigue la opinion de Ayora, y ántes bien se bajan la dote y capital con las deudas matrimoniales en su respectivo lugar, dividiéndose luego el residuo como bienes gananciales; pues si se siguiera se defraudaria al marido, seria la muger de mejor condicion que él, y se enriqueceria con detrimento suyo.

6. En el lib. 1.° tít. 2.° cap. 5.°, desde el párrafo 3 hasta el 13 inclusive, se explicó el modo de hacer la restitucion de la dote segun la diferente especie de bienes que la constituyen: y se dijo tambien á quién corresponde el aumento, deterioro ó pérdida de los mismos bienes; lo que deberá tener presente el contador para resolver las dudas que puedan ocurrir sobre estos puntos.

7. Consistiendo el todo ó parte de la dote en créditos á favor de la muger, si su padre ú otro ascendiente es el deudor, aunque el marido no los cubre, no está obligado á responderla de su importe, como se dijo en el citado cap. 5.° del tít. 2.° lib. 1.° tratando de la restitucion de la dote. Lo mismo procede por la propia razon cuando el padre ofreció dote á su hija, y el marido no le apremió á que se la entregase; en cuyos casos aunque haya gananciales no se ha de deducir lo no cobrado de los bienes privativos del marido, ni tampoco del cuerpo del caudal inventariado, y sí únicamente de esto lo percibido, por ser lo mismo que si no lo hubiera llevado, ó no se le hubiera ofrecido: por lo que, ó no se ha de hacer mérito de ello, ó si se hace y pone por caudal, se ha de aplicar en vacio ó entrada por salida á la muger.

8. No siendo ascendiente el deudor ó promitente, sino un extraño, debe tenerse presente la distincion que se hizo en el mismo capítulo, párrafo 15, á saber: ó la deuda es necesaria, ó voluntaria: si es de la primera clase, debe el marido satisfacerla íntegramente, si por su culpa ó negligencia no la exigió de él; por lo que no se ha de deducir del cuerpo del caudal lo que no cobró, sino de los bienes privativos que le toquen; pues de deducirse de aquel, se la paga de su parte de gananciales la mitad de lo no cobrado, en lo que se la perjudica: y así quedará al marido la repeticion contra el promitente. Si la deuda es *voluntaria*, y consiste en *cosa cierta y determinada*, el marido es responsable de la falta de cobro, por lo que deberá deducirse de sus propios bienes, y no del cuerpo del caudal. Si la deuda siendo voluntaria consistiere en cosa *indeterminada*, ninguna responsabilidad tiene el marido; y así, aun cuando haya gananciales, no deberá deducirse del cuerpo del caudal ni del suyo privativo, ántes bien se conceptuará la tal deuda como si no la hubiera, ó se la devolverá y aplicará segun la llevó al matrimonio. Acerca de los gastos que se ocasionen al marido en el cobro de la dote consistente en deudas, véanse los párrafos 17 y 18 del mismo capítulo 5.° á cuyas doctrinas se arreglará el contador para el abono que haya de hacerse á la muger de dichas deudas como dote líquida.

9. A veces llevan las mugeres su dote en dinero, el cual suelen emplear sus maridos en la compra de alguna finca ó heredad, y se duda ¿si mediante haberse transferido á estos el dominio del dinero, se les transferirá tambien el de la finca en que lo invirtieron? A esta dificultad respondo, que aunque quien compra en su propio nombre alguna cosa con dinero ageno la hace suya regularmente, y por la tradicion adquiere el dominio y la posesion de ella (bien que haciéndose responsable, y quedando deudor del dinero á su dueño)[1], no obstante, entre los socios conyugales, si consta haberla comprado el marido con *voluntad*, *consentimiento* y dinero que su muger llevó en dote, se la transferirá su dominio, y no á su marido; y la cosa se constituirá dotal, sin embargo de que suene comprada en nombre del mismo marido. Lo propio sucede con lo comprado con dinero de menor, ó de iglesia, por su tutor, prelado ó administrador; y así pueden repetir el dinero ó tomar la cosa segun mas les acomode[2]. Esto mismo se observa cuando una cosa dotal se trueca por otra, pues esta se subroga en lugar de aquella y se hace dotal[3]; por lo que el contador debe aplicarla á la muger ó á sus herederos, y no otra por ella en caso de que no quiera dinero, ó no lo haya, y así lo practican los inteligentes. En la sociedad convencional, si el socio compra del dinero comun alguna cosa en su nombre, no se hace de la compañía, á ménos que esta lo sea universal ó de todos los bienes de los socios[4]. Pero si el marido hubiese comprado la finca *sin consentimiento de su muger*, se constituirá dotal en subsidio, que es en el solo caso de que el marido esté insolvente. Lo propio milita comprándola de dinero no dotal que la muger le haya entre-

1 L. *Si ex pecum.* Cod. *De reivindicat.* L. *Si his.* Cod. *Depos.* y ley 1 Cod. *Si quis alteris, vel sibi.* Gom. en la 50 de Toro n. 36.
2 L. 49 tit. 5 part. 5. *De dineros agenos que tienen los omes &c.*
3 L. 11 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real.
4 L. *Si patruus*, 4 Cod. *Communia utriusque judic.* Matienzo en la 8 tit. 11 lib. 5 gl. 4 n. 2.

gado[1]; mas no siendo dotal el dinero, no se constituirá dotal la finca, aunque la compre con consentimiento de su muger[2]; lo que tendrá presente el contador para proceder en las adjudicaciones, arreglado á lo que advertí en el párrafo 21, capítulo 2.° de este título.

10. En órden al precio por que han de aplicarse á la muger estas fincas estimadas como dotales por la subrogacion, debe hacerse la distincion siguiente. Si al tiempo de la compra hubieren pactado marido y muger que habian de ser para ella, y que ninguna utilidad ni pérdida habia de tener su marido, aun cuando en ellas la hubiese (pues pueden hacer este pacto[3], y será válido), se la deben adjudicar por el de su compra, ya valgan mas ó ménos, por ser suyas, y seguir á su dueño el aumento intrínseco y la diminucion de la cosa. Si nada hubieren pactado cuando se compraron, se han de adjudicar por el que tengan, de suerte que si es mayor su valor, cederá el exceso á favor de la sociedad conyugal; y si es menor, se completará á la muger el importe del dinero en esta especie, si lo hay, y si no, en otra alhaja de la herencia.

11. Si la muger lleva en dote legado anuo, pension, usufruto de finca raiz, renta vitalicia, ó empleo que el marido ha de servir, vea el contador para lo que ha de ejecutar lo que expliqué en el párrafo 19 del citado capítulo 5.° título 2.° libro 1.°; debiendo añadir aquí, que el partidor debe arreglarse á la obligacion que contrajo el marido, á quien toca ventilarlo, y no dejarse engañar; y si ántes de efectuarse la boda no se hubiere constituido esta dote, no deben estimarse por dotales los frutos decenarios, pues no se tendrán por tales, como expuse en el citado capítulo 5.°, ni como capital puesto en la sociedad; porque no es visto haber querido la muger que se tuviese por dote sino por frutos, como realmente lo son, ni el marido privarse de ellos y renunciarlos á su favor; por consiguiente, no se bajarán del caudal comun, aunque ella lo pretenda; porque el derecho que la muger tiene á percibirlos, es el fondo que entra como dote en el matrimonio y sociedad, el cual le queda del mismo modo que lo tenia ántes de casarse, sin la mas leve diminucion, y es dinero de los frutos, réditos ó renta que despues de casada han de vencer; y así no hay que deducirlo ni que abonarla, al modo que si llevara un mayorazgo; por lo que solo en el caso de obligarse el marido en términos justos á su entrega en los contratos nupciales, se le deberán abonar, y no de otra suerte, sin

1 L. *Uxor marito* ff. *De donation inter vir. et uxor.* Greg. Lop. en la 49 tit. 5 part. 5 gl. 8.
2 L. *Profecticia*, 5 ff. *De jure dotium.* Greg. Lop. en dicha ley 49 gl. 7 y 8.
3 Palac. Rub. in *Rubr.* § 63 vers. *Limitabis ista primo.*

embargo de lo que otros digan. El capital impuesto del caudal de ambos cónyuges en fondo vitalicio por la vida del que sobreviva, ó de algun hijo ó hijos de ambos ó de extraño, no deben inventariarse ni partirse, porque ya no existe ni se puede recuperar. Lo que se ha de hacer es dividir el derecho de percibir las anualidades que se paguen durante la vida de aquel en cuya cabeza está impuesto, por cuya muerte espiran á proporcion de lo que á cada uno corresponda segun su haber, y de esta suerte á ninguno se perjudica.

12. En concurrencia de dos dotes legítimas, parece que se deberá deducir la primera ántes que la segunda, porque son créditos de igual naturaleza y privilegio, y el que es primero en tiempo, lo es tambien en derecho; á excepcion de los bienes dotales conocidos de la segunda que existan, en los cuales como conserva su dominio, y aunque se hayan dado estimados al marido, no perdieron por su valuacion la naturaleza y privilegio de dotales, se le aplicarán como suyos, y nada de ellos llevará el heredero de la muger primera[1]. Esto es incontrovertible cuando el marido no dejó bienes suficientes para completar ambas dotes, y los interesados en ellas tratan sobre prelacion: pues aunque haya gananciales conocidos adquiridos en el segundo matrimonio, como todos se contemplan del marido, y hasta que fallece no adquiere su muger dominio irrevocable en ellos, y cuando va á adquirirlos los halla sujetos á la responsabilidad de la dote primera; no se verifica su adquisicion, y por eso debe ser preferido á la segunda en bienes conocidos de esta. (*)

13. Pero tratando de division por muerte del marido, si este dejó bienes con que reintegrar á sus mugeres de su respectivo haber, y tambien gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, se debe distinguir: si la muger renuncia ó no los gananciales, y si el marido

1 L. 33 tit. 13 part. 5.
(*) El reformador del Febrero se opone aquí á la doctrina del autor, y opina que la mitad de los gananciales del segundo matrimonio no puede ser responsable á la dote del primero, fundándose en las leyes 1 y 4 tit. 4 lib. 10 N. R., en que se ordena la comunicacion por mitad entre marido y muger de dichos gananciales, y por consiguiente sepone que esta adquiere desde luego el dominio irrevocable de su mitad. Al contrario el editor del Febrero adicionado, defendiendo la doctrina del autor é impugnando al reformador, dice que segun la ley 5 del mismo título y libro, el marido durante el matrimonio puede enagenar sin licencia de la muger los bienes gananciales, y por consecuencia es claro que la misma no adquiere el dominio irrevocable de su mitad subsistiendo el matrimonio, pues si así fuese no podria el marido enagenarlos sin su otorgamiento. No puede negarse que esta razon tiene bastante fuerza; pero reflexionando bien, ¿por qué ha de ser responsable la segunda muger del descuido, omision ó culpa que tuviese el marido en haber retardado el pago de la primera dote? ¿Por qué ha de satisfacer ella en parte una obligacion que no contrajo, ni se convirtió en utilidad suya? Por estas y otras consideraciones que omito en obsequio de la brevedad, me parece que pudiera adoptarse el medio término siguiente. Si se probare que con la primera dote se grangeó en el segundo matrimonio, enhorabuena que el total de estas ganancias éste afecto ó sujeto al pago de aquella; pero si constare que los gananciales se adquirieron con otros bienes, no entiendo que sea justo privar á la segunda muger de su mitad para el referido objeto.

*

llevó ó no cuando se casó con ella bienes equivalentes á la dote primera, ó ningunos. Si los renuncia y se contenta con su dote y arras, en caso de habérselas prometido, lo mismo es deducirla ántes que despues de la primera, ya el marido haya llevado ó no bienes á su poder; porque como los hay suficientes para ambas, á ninguna se agravia. Mas si quiere la parte que en los gananciales la corresponde, se han de distingir los cuatro casos siguientes.

14. 1.° Cuando el marido llevó algunos bienes al matrimonio segundo; pero no los suficientes á cubrir la dote y demas haber de la muger primera, haya habido ó no gananciales en el de esta. En tal caso se deben bajar del cuerpo del caudal inventariado ante todas cosas la dote segunda: despues las deudas contraidas durante el segundo matrimonio y no otras anteriores, y deducidas estas partidas y tambien lo que el marido llevó á él, se verá qué gananciales quedan; y la mitad de los que resulten, se aplicará á la segunda, con su dote y demas haber llevado á poder de su marido. Hecho esto, se unirá la otra mitad al caudal que este puso en la sociedad, y de su total importe se deducirán el haber de su muger primera, las deudas propias que el marido tenia ántes de casarse segunda vez, y las arras de entrambas si las hubo; y el residuo será caudal paterno partible entre los hijos del marido habidos en ambos matrimonios, segun su arreglada voluntad, como herencia paterna[1]. Por ejemplo, todo el caudal que dejó el marido asciende á cuatrocientos mil reales; el que llevó al matrimonio segundo fueron solamente treinta mil, no obstante importar cien mil la dote de la muger primera que no estaba pagada. La de la segunda importa cincuenta mil. Se forma la cuenta de esta suerte: cincuenta mil de la dote segunda, veinte mil de las deudas de este matrimonio, y treinta mil que llevó el marido, componen cien mil, que restados de los cuatrocientos mil, resultan de utilidad trescientos mil, cuya mitad son ciento cincuenta mil, que agregados á los cincuenta mil de la dote segunda, suma el haber de la segunda muger por dote y gananciales doscientos mil reales, y quedan otros doscientos mil para satisfacer lo que el marido llevó al segundo matrimonio (que era parte de la dote primera), las deudas que tuviese ántes de casarse segunda vez, y las contraidas en la segunda; y asimismo el resto de la primera dote y algunos gananciales; por lo que despues de satisfechos los veinte mil de las deudas del matrimonio segundo, y los cien mil de la primera dote, hay de caudal paterno ochenta mil reales, de los cuales se sacarán las arras de ambas mugeres, si las hubo, y las deudas particulares que el marido tuviese cuando se volvió á casar, y el remanente será legítima de los hijos

1 Escobar *De ratioc.* computat. 8, Ayor. part. 1 cap. 7 n. 2. Garc. *De expens.* cap. 13 n. 13.

de ambos matrimonios; pues de deducirse íntegros los cien mil de la dote primera, en lugar de los treinta mil que el marido llevó al segundo matrimonio, quedaria desfalcada injustamente la muger segunda en treinta y cinco mil, mitad de los setenta mil que desde los treinta mil hasta los cien mil hay de diferencia; y de bajarse los treinta mil y tambien los cien mil se la irrogaria mayor agravio, que seria el de cincuenta mil reales ménos de gananciales.

15. El segundo caso es cuando el marido no llevó bienes algunos al matrimonio segundo, consta el haber de la muger primera, y los gananciales adquiridos durante el suyo; y despues de cubiertas ambas dotes y lo demas correspondiente á la primera por todos sus derechos, resultan otros gananciales adquiridos en el segundo. En este caso se han de deducir únicamente del cuerpo del caudal la dote de la muger segunda y las deudas contraidas en este matrimonio, si las hubiese; y el resto del caudal inventariado será partible por mitad, como gananciales, entre la viuda é hijos del matrimonio primero, los cuales tomarán parte por razon de la dote y demas haber de su madre, como deuda contra su padre, á que era responsable, y parte por herencia paterna, si deducida la dote y demas deudas privativas de su padre, y las arras de la segunda en caso de haberlas, sobrare algo; pues seria inicuo que habiendo contribuido á la adquisicion de los gananciales, y no habídolos tal vez en el matrimonio primero, se la defraudasen por utilizar á los hijos de la muger anterior, respecto haber caudal para todo[1].

16. El caso tercero es cuando el marido llevó al matrimonio segundo bienes suficientes para cubrir el haber de los hijos de la muger primera, existente en su poder, y algunos mas suyos propios. En este caso se ha de deducir del cuerpo del caudal, juntamente con la dote segunda, todo lo que llevó, y no desmembró de él para dar ó pagar á algun hijo del primero su parte materna durante el segundo; no por razon de haber de la primera, sino como capital ó fondo que realmente puso en la sociedad segunda, y coadyuvó á adquirir las utilidades ó gananciales, porque es lo mismo para el caso que si todo fuera suyo privativo, puesto que existe en su poder cuando fallece sin decremento ni desfalco. Lo mismo se debe practicar cuando parte del capital no era del marido porque tenia deudas, las que no rebajó entónces, ni se pagaron durante su matrimonio; pues aunque sus herederos son responsables á ellas por estar sin pagar, respecto á su viuda, lo mismo es que todo el capital sea de él, ó solamente parte, una vez que lo puso en la sociedad, y ayudó á adquirir las utilidades; ni el que lo lleven sus herederos ó sus acreedores es del caso, me-

1 Sigüenz. *De clausul.* lib. 2 cap. 11 n. 145. Ayor. part. 3 q. 13 ns. 42 y 43.

diante á que en nada se le perjudica, pues de no ejecutarse así se agravaba á sus herederos injustamente.

17. El cuarto caso es cuando el marido llevó al matrimonio segundo bienes suficientes, no solo para cubrir el haber de los hijos del primero que existe en su poder, y les corresponde así por sus legítimas maternas como por el derecho de reservacion, sino tambien algunos suyos propios, y durante el segundo les da el todo ó parte de lo que les toca por los títulos expresados, ó algo en cuenta de la paterna. En este caso se ha de distinguir: si les dió solamente el todo ó parte de lo materno, se puede girar la cuenta de dos modos. El primero es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y hecho todo un cuerpo, como si todo se hubiese hallado en su poder é inventariado, deducir de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital íntegro segun lo llevó; y lo que quede despues de hechas estas tres deducciones, será ganancia que se devidirá por mitad entre la viuda y los hijos, así de esta como de la primera, como herederos todos de su padre; pues de no incorporarse á lo inventariado lo donado á estos, y bajar enteramente su capital, como si nada se hubiera sacado de él, seria perjudicada la viuda en la mitad de su importe, y los hijos de la primera beneficiados indebidamente en ella. Y el segundo modo es no agregar lo entregado: considerar el capital como que está reducido á esto ménos ó que no lo llevó, y bajar solamente lo que quedó, hecha la entrega (al modo que cuando lleva deudas, y se pagan durante el matrimonio, como diré en el capítulo 7), y saldrá la misma cuenta y porcion de gananciales. Si les hubiere dado algo mas en cuenta de la legítima paterna, se puede hacer igualmente la cuenta de dos modos: el primero es agregar al caudal inventariado no solo lo que llevaron por su madre, sino lo que su padre le anticipó por su legítima paterna; y de lo que sume este total deducir la dote segunda, las deudas del segundo matrimonio, y el capital íntegro que el padre puso en la sociedad; y el residuo, hechas estas bajas, será la utilidad que se dividirá por mitad en la forma propuesta. Y el modo segundo es unir solamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su haber paterno; y de lo que importen estas dos partidas deducir la dote segunda, las deudas citadas, y lo que llevó como suyo propio sin responsabilidad al segundo matrimonio, separando lo que comprendia su capital perteneciente á sus hijos por su madre, como entregado ya, ó como si no lo hubiera incluido en él; y lo que resulte, hechos estos descuentos, será el mismo lucro que el de la cuenta girada del primer modo (*).

(*) Véase el cap. 8 de este título, donde se trata del modo de dividir los gananciales; como tambien el modelo ó ejemplar segundo de particion que se halla al fin de este

CAPITULO V.

Deduccion de los bienes parafernales ó extradotales.

1 En segundo lugar deben deducirse del cuerpo del caudal inventariado los bienes que á mas de la dote llevó la muger al matrimonio. Doctrina que acerca de los bienes parafernales debe tener presente el contador.

2 Habiendo el marido enagenado los bienes parafernales de su muger, con su consentimiento, si el precio de estos se empleó en satisfacer alguna deuda de la muger, no se sacará del cuerpo del caudal, ni de los gananciales, ni del haber propio del marido; pero si no se hubiese convertido dicho precio en utilidad de la muger, debe abonársele: ¿y de dónde se ha de deducir?

3 Aclaracion de la doctrina del párrafo anterior.

4 Si el marido hubiere vendido dichos bienes sin consentimiento de la muger por su justo precio, podrá esta repetirlos del comprador; y no queriendo molestarle, se sacará su total valor del cuerpo de la hacienda.

5 Habiéndolos vendido en menor precio que el que valian, se ha de distinguir si hay ó no gananciales: y ¿qué deberá hacerse en uno y otro caso?

6 No contentándose la muger con el precio en que su marido vendió sin permiso suyo los bienes parafernales, y queriendo el valor legítimo que estos tenian, ¿cómo deberá hacerse la deduccion?

7 Si la muger pide no solo el valor legítimo de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento, sino tambien la mitad de frutos que desde la venta pudieron haber producido, deberá ser resarcida: ¿y en qué términos?

8 Deducidos los bienes dotales y parafernales, se han de bajar del cuerpo del caudal los demas extradotales que acredite la muger haber heredado por testamento ó abintestato, ó recaido en ella por otro título lucrativo miéntras estuvo casada.

9 Si en las capitulaciones matrimoniales ó en la escritura de recepcion de la dote se obligare el marido á tener por aumento de esta dichos bienes hereditarios, se deberán bajar cuando los dotales y ántes de los parafernales.

10 Los frutos de los bienes parafernales han de dividirse entre ambos consortes, por ser comunes á los dos.

1. En segundo lugar deben deducirse del cuerpo del caudal inventariado los bienes que á mas de la dote llevó la muger al matrimonio, y se llaman *parafernales ó extradotales*. En el capítulo 6 título 2 libro 1, dije lo que eran bienes parafernales, el privilegio de tácita hipoteca que tiene la muger en los bienes del marido para su restitucion cuando se los entregó al marido: y tambien manifesté que no habiéndose verificado dicha entrega, no estaba este obligado á abonarla el valor de dichos bienes, aun cuando estos se hubiesen dete-

tratado, donde se formará la cuenta de los cuatro modos expresados para que el contador no se ofusque. Acerca de la dote confesada, y de los efectos que produce esta confesion, véase lo que dije en el libro 1 tit. 2 cap. 5 §§ 32 y 33.

diante á que en nada se le perjudica, pues de no ejecutarse así se agravaba á sus herederos injustamente.

17. El cuarto caso es cuando el marido llevó al matrimonio segundo bienes suficientes, no solo para cubrir el haber de los hijos del primero que existe en su poder, y les corresponde así por sus legítimas maternas como por el derecho de reservacion, sino tambien algunos suyos propios, y durante el segundo les da el todo ó parte de lo que les toca por los títulos expresados, ó algo en cuenta de la paterna. En este caso se ha de distinguir: si les dió solamente el todo ó parte de lo materno, se puede girar la cuenta de dos modos. El primero es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y hecho todo un cuerpo, como si todo se hubiese hallado en su poder é inventariado, deducir de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital íntegro segun lo llevó; y lo que quede despues de hechas estas tres deducciones, será ganancia que se devidirá por mitad entre la viuda y los hijos, así de esta como de la primera, como herederos todos de su padre; pues de no incorporarse á lo inventariado lo donado á estos, y bajar enteramente su capital, como si nada se hubiera sacado de él, seria perjudicada la viuda en la mitad de su importe, y los hijos de la primera beneficiados indebidamente en ella. Y el segundo modo es no agregar lo entregado: considerar el capital como que está reducido á esto ménos ó que no lo llevó, y bajar solamente lo que quedó, hecha la entrega (al modo que cuando lleva deudas, y se pagan durante el matrimonio, como diré en el capítulo 7), y saldrá la misma cuenta y porcion de gananciales. Si les hubiere dado algo mas en cuenta de la legítima paterna, se puede hacer igualmente la cuenta de dos modos: el primero es agregar al caudal inventariado no solo lo que llevaron por su madre, sino lo que su padre le anticipó por su legítima paterna; y de lo que sume este total deducir la dote segunda, las deudas del segundo matrimonio, y el capital íntegro que el padre puso en la sociedad; y el residuo, hechas estas bajas, será la utilidad que se dividirá por mitad en la forma propuesta. Y el modo segundo es unir solamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su haber paterno; y de lo que importen estas dos partidas deducir la dote segunda, las deudas citadas, y lo que llevó como suyo propio sin responsabilidad al segundo matrimonio, separando lo que comprendia su capital perteneciente á sus hijos por su madre, como entregado ya, ó como si no lo hubiera incluido en él; y lo que resulte, hechos estos descuentos, será el mismo lucro que el de la cuenta girada del primer modo (*).

(*) Véase el cap. 8 de este título, donde se trata del modo de dividir los gananciales; como tambien el modelo ó ejemplar segundo de particion que se halla al fin de este

CAPITULO V.

Deduccion de los bienes parafernales ó extradotales.

1 En segundo lugar deben deducirse del cuerpo del caudal inventariado los bienes que á mas de la dote llevó la muger al matrimonio. Doctrina que acerca de los bienes parafernales debe tener presente el contador.

2 Habiendo el marido enagenado los bienes parafernales de su muger, con su consentimiento, si el precio de estos se empleó en satisfacer alguna deuda de la muger, no se sacará del cuerpo del caudal, ni de los gananciales, ni del haber propio del marido; pero si no se hubiese convertido dicho precio en utilidad de la muger, debe abonársele: ¿y de dónde se ha de deducir?

3 Aclaracion de la doctrina del párrafo anterior.

4 Si el marido hubiere vendido dichos bienes sin consentimiento de la muger por su justo precio, podrá esta repetirlos del comprador; y no queriendo molestarle, se sacará su total valor del cuerpo de la hacienda.

5 Habiéndolos vendido en menor precio que el que valian, se ha de distinguir si hay ó no gananciales: y ¿qué deberá hacerse en uno y otro caso?

6 No contentándose la muger con el precio en que su marido vendió sin permiso suyo los bienes parafernales, y queriendo el valor legítimo que estos tenian, ¿cómo deberá hacerse la deduccion?

7 Si la muger pide no solo el valor legítimo de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento, sino tambien la mitad de frutos que desde la venta pudieron haber producido, deberá ser resarcida: ¿y en qué términos?

8 Deducidos los bienes dotales y parafernales, se han de bajar del cuerpo del caudal los demas extradotales que acredite la muger haber heredado por testamento ó abintestato, ó recaido en ella por otro título lucrativo miéntras estuvo casada.

9 Si en las capitulaciones matrimoniales ó en la escritura de recepcion de la dote se obligare el marido á tener por aumento de esta dichos bienes hereditarios, se deberán bajar cuando los dotales y ántes de los parafernales.

10 Los frutos de los bienes parafernales han de dividirse entre ambos consortes, por ser comunes á los dos.

1. En segundo lugar deben deducirse del cuerpo del caudal inventariado los bienes que á mas de la dote llevó la muger al matrimonio, y se llaman *parafernales ó extradotales*. En el capítulo 6 título 2 libro 1, dije lo que eran bienes parafernales, el privilegio de tácita hipoteca que tiene la muger en los bienes del marido para su restitucion cuando se los entregó al marido: y tambien manifesté que no habiéndose verificado dicha entrega, no estaba este obligado á abonarla el valor de dichos bienes, aun cuando estos se hubiesen dete-

tratado, donde se formará la cuenta de los cuatro modos expresados para que el contador no se ofusque. Acerca de la dote confesada, y de los efectos que produce esta confesion, véase lo que dije en el libro 1 tit. 2 cap. 5 §§ 32 y 33.

riorado ó consumido en la casa consintiéndolo la muger. Por lo que hace á la enagenacion de dichos bienes reservé esta cuestion para tratarla en este lugar, donde se explicará el modo de hacer la deduccion del importe de ellos segun las diversas circunstancias de dicha enagenacion.

2. Primeramente debo sentar que no está prohibido al marido enagenar los bienes parafernales de su muger con su consentimiento, aunque no jure el contrato; y si ambos juntos los vendieron, y su precio se convirtió en satisfacer alguna deuda que la muger habia contraido ántes de casarse, no tiene derecho á pedirle, porque cedió en su utilidad, mediante á que si la hubiese tenido satisfecha al tiempo de casarse, esto ménos hubiera llevado al matrimonio; ni se sacará del cuerpo del caudal, ni de los gananciales, ni tampoco del haber propio del marido, y ántes bien si este la pagare con sus bienes, podrá recuperarla de los de su muger. Pero si el precio de los bienes parafernales no se convirtió en utilidad de la muger, se la ha de abonar enteramente, deduciéndose de los gananciales, si los hay, como fondo ó capital puesto en la sociedad; y no habiéndolos, del caudal de su marido, porque está obligado á la responsabilidad de ellos; y no se llama utilidad ni provecho suyo el haberse convertido en sus alimentos, porque el marido tiene obligacion de dárselos[1].

3. Podria decirse que la muger se perjudicó con el consentimiento que prestó, y que por lo mismo carece de accion para repetir su precio; pero tal consentimiento es para no poder pedir al comprador ni á su marido los mismos bienes que la vendió, no para privarse del derecho de repetir de este su valor, pues para esto es necesario nuevo y expreso consentimiento; y aun cuando le diera, no serviria, porque se estimaria donacion entre marido y muger, que está prohibida por derecho[2], y se confirma solamente con la muerte del donante.

4. Si el marido los vendió sin consentimiento de la muger por su justo precio, podrá esta sacarlos al comprador, porque no perdió su dominio, mediante que no se trasfiere á otro lo ageno sin la voluntad de su dueño[3]; y no queriendo molestar al comprador, sacará su total valor del cuerpo de la hacienda, como fondo puesto en la sociedad, y el contador le deberá bajar de él sin reparo, pues en caso que la muger repitiese contra el comprador, podria este repetir contra el caudal inventariado.

5. Habiéndolos vendido el marido en menor precio que el que valian, se ha de distinguir si hay ó no gananciales: si no los hay, ó aunque los haya, si la muger ó sus herederos los renuncian, es indu-

1 L. 3 tit. 11 lib. 10 N. R.
2 L. 4 tit. 11 part. 4. Ayor. part. 4 cap. 8 ns. 2 y 3.
3 Regla 13 tit. 33 part. 7.

dable que tiene derecho para repetirlos de su marido[1], y no devolviéndoselos este, le exigirá su verdadero valor; pues por haberse excedido en venderlos sin su permiso, es responsable al reintegro de su justa estimacion sin el menor desfalco; y si hay gananciales, y los acepta la muger, puede pedir tambien el verdadero valor de sus bienes parafernales vendidos sin su beneplácito; pues aunque el dinero de lo vendido haya contribuido á multiplicar los gananciales, y la muger lleve la mitad del incremento, lleva igualmente su marido la otra mitad; y á no haberse bendido se hubiera aumentado mas el caudal, pues cuanto mayor es el fondo de la sociedad, mas puede lucrarse: fuera de que pudo haberse perdido el dinero, con lo cual se hubiera causado mayor perjuicio á la muger; y no se compensa el daño ó culpa cometida en una cosa ó negocio, con el lucro adquirido en otro por alguno de los socios[2].

6. No contentándose la muger con el precio en que su marido vendió sin su permiso los bienes parafernales, y ántes bien queriendo el valor legítimo que tenian, se deducirá el de la venta del cuerpo del caudal, como incluso en la misma hacienda y fondo de la sociedad, y el mayor valor que el marido dejó de percibir y perdió por su culpa, le pagará, bajándose á este efecto de su haber privativo como deuda contra él, y no de los gananciales, porque de bajarse de estos se le pagaria con lo suyo propio la mitad, en lo que se le perjudicaba indebidamente.

7. Y si la muger pide no solo el valor legítimo de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento, sino tambien la mitad de frutos que desde la venta celebrada por su marido pudieron haber producido segun la estimacion regular, será oida, y el marido tendrá que resarcirle todos los daños é intereses por haberlos enagenado contra su voluntad, al modo que el socio lo está á los que por su culpa ocasiona á la sociedad; pues el que tiene obligacion de hacer ó no hacer alguna cosa, si procede contra su obligacion debe pagar el daño é interes, y el marido está obligado á conservar en vez de enagenar los bienes parafernales que su muger lleva y le entrega; por lo que si no lo hiciere, deberá satisfacer el perjuicio que se le cause, entrando los frutos que, á no haberlos enagenado, hubiera percibido; bien que si el marido prueba que con el precio de los bienes parafernales de su muger lucró tanto como podian haber producido de frutos, y le podia tocar de estos, no habrá lugar á la pretension de ella en esta parte.

8. Deducidos los bienes dotales de la muger, y los parafernales que llevó cuando se casó y retuvo ó entregó á su marido, se han de

1 LL. 17 y fin. tit. 11 part. 4.
2 L. 13 tit. 10 part. 5 verb. *E si alguna pérdida.*

bajar del cuerpo del caudal los demas parafernales ó extradotales que acredite haber heredado por testamento ó abintestato de sus ascendientes, ó de algun pariente ó extraño, ó recaido en ella por otro título lucrativo, miéntras estuvo casada, y no por razon de la sociedad conyugal, si los entregó á su marido, como debe hacerlo, no habiéndose pactado lo contrario en los contratos nupciales[1], porque se contemplan y deben tenerse tambien por parafernales, mediante no ser del caso el que los lleve al matrimonio cuando le contrae ó despues, una vez que entraron en poder de su marido, y á que no son de los que el derecho llama gananciales, ni por consiguiente de los que se comunican entre los dos, como estos, sino propios y privativos de la muger en quien recayeron: en cuya atencion si existen, se le aplicarán por el valor que se les dé, y su deterioro en dinero, y no en otros equivalentes por su defecto; y no existiendo, se sacará la estimacion que tenian al tiempo de recaer en ella, si se los entregó á su marido; y aunque consistan en número, peso ó medida, no tendrá derecho á pedir igual cantidad de cada especie, porque este privilegio se concede únicamente á la dote, y cesando la causa dotal, milita la misma razon en la muger que en el marido para la exaccion de lo que puso por fondo en la sociedad conyugal.

9. La deduccion de los bienes hereditarios en los términos expresados se debe practicar en mi dictámen cuando al tiempo de casarse nada se estipuló acerca de ellos; pero si en las capitulaciones matrimoniales ó en la escritura de recepcion de la dote se obligare el marido á tener por aumento de esta dichos bienes, y á restituirlos en igual conformidad que los dotales para que gocen del privilegio de ellos, puesto que se contempla serlo, aunque se reciban posteriormente, se deberán bajar cuando los dotales, y ántes que los parafernales; en cuyo caso no podrá la muger administrarlos, porque está obligado su marido á su responsabilidad. Y si no solo no hay gananciales sino que falta caudal para completar todo lo que ambos cónyuges llevaron al matrimonio y heredaron durante este, debe perder el marido y suplir del suyo lo que falte para cubrir lo que recibió de su muger; porque entra en su poder, lo administra todo, se le transfiere regularmente su dominio, y tiene que responder de ello.

10. En el capítulo 3.° título 2.° libro 1.°, se dijo que durante el matrimonio pertenecen al marido los frutos de la dote de su muger, sea ó no estimada, concurriendo las tres circunstancias que allí se expresan. Mas no parece que debe esto regir en cuanto á los frutos

1 Para que la muger pueda administrar por sí misma los bienes parafernales sin permiso de su marido, es indispensable que se hubiese pactado así ántes de celebrarse el casamiento, puesto que segun la ley 55 de Toro, la muger no puede, durante el matrimonio, contraer ni cuasi contraer sin licencia de su marido. *Febrero reformado.*

de los bienes parafernales, porque si se retiene estos la muger, deberán corresponderla aquellos, y no al marido: lo primero, porque las leyes que allí se citaron conceden solamente á este los frutos de la dote, y así en perjuicio de la muger no deben ampliarse á otros: lo segundo, por que como accesorio siguen lo principal; y lo tercero, porque en la dote únicamente hay un título oneroso, mediante el cual lucra el marido sus frutos por remuneracion y recompensa de las cargas matrimoniales que sostiene[1]. Sin embargo de esto, entregue ó no la muger á su marido los bienes parafernales, se dividirán entre ambos sus frutos[2], pues son comunes á los dos, como lo prueban las leyes 3 y 5 tít. 4 lib. 10 Nov. Rec., que hablan absoluta é indistintamente[3].

1 Gom. en la ley 50 de Toro n. 33.
2 LL. 3 tit. 3 lib. 3 del Fuero real, y 3 tit. 4 lib. 10 N. R.
3 „Maguer que el marido (dice la ley 4 del mismo título) haya mas que la muger, ó la muger mas que el marido, quier en heredad, quier en muebles, los frutos sean comunes de ambos á dos, y la heredad y las otras cosas dó vienen los frutos, háyalos el marido ó la muger cuyos ántes eran, ó sus herederos." „Pero que los frutos y rentas de ellos y de todos otros cualesquier oficios (se lée en la ley 5), aunque sean de los que el derecho hubo por casicastrenses, y los otros bienes que fueron ganados ó mejorados durante el matrimonio, y los frutos y rentas de los tales bienes castrenses, y oficios y denadios, que ambos los hayan de consuno."

CAPITULO VI.

Deduccion del capital que el marido llevó al matrimonio, y de los bienes que durante este heredó ó le donaron.

1 Deducidos del cuerpo del caudal inventariado los bienes dotales, parafernales y hereditarios de la muger, se han de bajar, en caso de haber utilidades que partir, los que el marido acredite haber llevado al matrimonio.

2 Aunque al parecer haya gananciales porque resulten muchos bienes comprados ó adquiridos, si aparecen tantas deudas que excedan á su total importe, se deben deducir primero que el capital del marido, y el residuo será lo que este perciba por su capital.

3 Si las deudas consumieren el capital y gananciales, no se prorratearán entre el marido y la muger.

4 Habiendo gananciales que partir, aunque los bienes que llevaron los consortes al matrimonio hayan perecido, y todos sean ganados en él, se ha de deducir primero el importe de los capitales de ambos y el de las deudas.

5 Si el marido hubiese llevado al matrimonio ó heredado despues algunos bienes que consistan en número, peso y medida, los cuales se consumieron, y no hubiese gananciales, los perderá; al contrario habiendo gananciales, sacará el valor de dichos bienes como fondo puesto en la sociedad.

6 ¿Si deberá deducirse el valor del ganado productivo que llevó el marido, y que despues se vendió ó murió?

*

1. Separados y deducidos del cuerpo del caudal inventariado los bienes dotales, parafernales y hereditarios, que la muger haga constar haber llevado al matrimonio, ó su importe si no existen, se han de bajar, en caso de haber utilidades que partir, los que el marido acredite igualmente haber llevado cuando le contrajo, y recaido en él por herencia ú otro título lucrativo miéntras estuvo casado; porque como fondo ó capital puesto en la sociedad, se debe segregar ántes que se proceda á la division de los gananciales, segun ya se ha sentado. Lo mismo se ha de observar aun cuando no haya gananciales, si tampoco hay deudas contra el caudal, ó este alcanza para su satisfaccion, y para la de la dote y capital aun cuando los haya. Y si el marido hubiere llevado á su matrimonio algun caudal ageno por habérsele constituido pagador de deudas, ó para reintegrar á otro, y no las pagó miéntras estuvo casado, se ha de estimar por caudal como suyo, para el efecto de deducirlo ántes que los gananciales, porque entró en la sociedad conyugal, y el que sea ó no suyo no es del caso (*).

2. Aunque al parecer haya gananciales porque resulten muchos bienes comprados ó adquiridos por ambos cónyuges durante su matrimonio, si se descubren tantas deudas que exceden á su total importe, se deben deducir primero que el capital del marido (siendo contraidas durante la sociedad conyugal), y el residuo será lo que este perciba por parte de su capital; pues regularmente hablando, debe satisfacerlas y no su muger, sin embargo de que con él se haya obligado á su satisfaccion; porque su obligacion es subsidiaria en defecto de bienes de su marido, y esto en cuanto se la siga utilidad solamente, ó por pechos y derechos reales[1]. Y si las deudas igualan solamente los gananciales, nada de estos habra que repartir entre los cónyuges, y así no sacará cada uno mas que el importe de lo que llevó á la sociedad conyugal.

3. Si las deudas consumieron el capital y gananciales, no se proratearán entre el marido y su muger, porque aquel no entrega á esta sus bienes, ni ella los administra, ni se obliga á su restitucion, como él á la de los dotales, ni se la transfiere su dominio, como al marido el de los de ella; por lo que este será quien lo pague todo, aunque nada le quede[2].

4. Habiendo gananciales que partir, aunque los bienes que llevaron al matrimonio hayan perecido, y todos los que existen sean ganados en él, se ha de deducir el importe de los capitales de ambos, y deudas, pues no es del caso el que existan los mismos bienes, ú otros en su lugar, sino que el total valor de los existentes cubra ó supere el importe de los llevados á la sociedad conyugal y deudas de ella; bien que en este caso de haber gananciales, lo mismo es deducir el capital ántes ó despues de las deudas, pues sale la propia cuenta.

(*) Los bienes que el marido y la muger acrediteren haber puesto en la sociedad conyugal deben deducirse, sean ó no enteramente suyos; pues una vez que entran en el fondo de ella, deben sacarse al tiempo de su disolucion ántes de todo, aunque sean agenos, para que se los pague á sus dueños el que los llevó.

1 L. 61 de Toro.

2 Ayor. *De partit.* part. 1 cap. 7 ns. 7, 8 y 39.

5. Llevando el marido al matrimonio, ó heredando despues de casado bienes que consisten en número, peso, ó medida; si se consumieren, y no hay gananciales, los perderá, y no podrá pretender otra tanta cantidad en especie, ni su estimacion, como su muger por los suyos; ya porque ninguna ley la obliga á tal responsabilidad, y ya porque de los bienes de estas clases que la muger lleva, pasa el señorío al marido, el cual los administra y hace suyos; por lo que el riesgo, pérdida ó aumento que tengan cede en su beneficio ó detrimento; y así está obligado á restituir otra tanta cantidad de cada especie como recibió, ó su importe; pero la muger nunca se hace dueña ni administradora de los de su marido[1]. Al contrario si hubiere gananciales, sacará el marido el valor ó estimacion que tenian dichos bienes, cuando los llevó, como fondo que puso en la sociedad, cuyo importe se ha de bajar y sacar primero (aunque ningunos gananciales queden que partir), y no otros tantos en número de cada especie[2]: lo primero, porque su valor es lo que realmente puso por fondo, del cual no se transfirió á la muger el dominio: lo segundo, porque si cada especie valia mas entónces, quedaria perjudicado, utilizándose la muger del exceso con detrimento suyo; y si valia ménos, lo quedaba esta; por lo que dándole la estimacion que tenian, en la que pudiera haberlos vendido entónces, y de que se utilizó la sociedad, á ninguno de los dos se hace agravio: y lo tercero, porque aun cuando la muger se obligase á restituirle la misma cantidad de cada especie, en el caso de perecer esta, lo estaria solamente á la estimacion que tuviese al tiempo que se consumió ó pereció.[3]

6. Si el marido hubiese llevado al matrimonio ganado productivo sin apreciar, que se murió, y hay gananciales, sacará el valor que tenia al tiempo de su muerte, al modo que la muger por igual razon; pues primero se ha de separar el fondo puesto en la socie-

1 L. *Pignus*, Cod. *De pignoratit. action.* y ley *Plerumquae*, ff *De jure dot.* Ayor. dicho cap. 7 n. 11. Guerreir *De inventar.* lib. 3 cap. 12 n. 132.

2 Arg. leg. *Si tibi.* ff *De usufruct. earum rerum quae usu consumuntur.* y ley *Res in dotem*, ff. *De jure dot.* Ayor part. 1 cap. 7 n. 12 al principio.

3 L. *In re furtiva*, ff. *De condition. furtiv.* Ayor. dicho n. 12 vers. *Ratio diversitatis* hasta el fin.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dad, que dividir las utilidades de ella. Lo propio se practicará por la misma razon, si voluntariamente lo vendió; pues de haberlo vendido debe quejarse de sí, y no de su muger[1]. Pero si la venta fué necesaria, v. gr. á fin de satisfacer el débito contraido durante el matrimonio, ó para otra urgencia indispensable, y se celebró en bajo precio, podrá deducir y exigir todo lo que valia el ganado al tiempo del contrato.

1 Ayor. part. 3 q. 30 n. 108 al principio.

CAPITULO VII.

Deduccion de las deudas. ¿Cuáles habrán de bajarse del caudal inventariado? ¿De dónde se deducirán los derechos de inventario y particion, y si al heredero que defendió la herencia ó mejoró los bienes de ella, habrán de pagarse las expensas que hizo?

1 Las deudas legítimas y verdaderas, contraidas durante el matrimonio por razon de la sociedad conyugal, han de pagarse de los gananciales.

2 Declarando el testador en su testamento estar debiendo á algun sujeto alguna cantidad, si por otro medio legal consta la deuda, deberá deducirse del cuerpo de bienes; pero no constando así, ¿qué deberá hacerse?

3 Entre las deudas que deben bajarse del caudal comun se cuentan los salarios de los criados.

4 Se han de bajar igualmente del cuerpo del caudal los gastos útiles y necesarios que hizo alguno de los herederos en reparar y mejorar los bienes comunes de la herencia.

5 ¿Si habrán de pagarse al heredero que posée la herencia (estando los demas ausentes) los gastos que hiciere en defenderla cuando otro pretenda quitársela?

6 Si el heredero presente, que no posée la herencia, la pide toda para sí, creyendo que no hubiese otro heredero, y despues pareciere este, le aprovechará la sentencia favorable dada á favor del otro para percibir la parte que le corresponda.

7 No se deben bajar del caudal comun las deudas, cargas y responsabilidades que hubiere contraido cualquiera de los dos consortes ántes de casarse, ó que estaban impuestas contra sus fincas; y en caso de hallarse alguna de las de la herencia gravada con censo enfiteutico perpetuo, ¿qué deberá deducirse?

8 y 9 Modo de deducir las deudas que tenga contra sí cada consorte.

10 y 11 ¿De dónde habrá de rebajarse lo que la muger ó el marido hayan gastado respectivamente en mantener á sus padres pobres?

12 y 13 ¿De dónde se han de deducir y cómo habrán de satisfacerse los gastos de inventario, particion y demas, hasta que á cada partícipe se entregue el testimonio de su haber ó adjudicacion?

14 ¿Quién habrá de satisfacer los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensoría, asistencia y trabajo de algun heredero menor, loco ó fatuo, ó del defensor del ausente?

1. Deducidos del caudal inventariado los bienes efectivos que los consortes llevaron al matrimonio al tiempo de contraerlo ó despues, ó bien el importe de ellos, se deben bajar las deudas legítimas y verdaderas que esten sin satisfacer, y que el marido solo, ó su muger con permiso de él, ó ambos juntos, contrajeron por razon de la sociedad conyugal, miéntras estuvieron casados solamente, las cuales han de pagarse de los gananciales que haya. Así lo dispone la ley 14 título 20 libro 3 del Fuero Real, que está en uso, y dice: „Todo deudo que marido é muger ficieren en uno, páguenlo otrosí en uno.“ Y la 207 del Estilo, cuyas son estas palabras: „Todo el deudo que el marido y la muger ficieren en uno, páguenlo otrosí en uno. Y es á saber: que el deudo que face el marido, maguer la muger no lo otorgue, ni sea en la carta del deudo, tenida es á la meitad de la deuda.“ Por deudas no solo se entienden las que provienen de préstamo, arrendamiento, fianza, depósito, compañía, venta ú otro contrato semejante, sino tambien los censos, cargas y responsabilidades á que estan afectos é hipotecados los bienes raices de ambos cónyuges; pues solo lo líquido, como efectivo, es lo partible, y lo que se llama herencia. Y si habiéndolas contraido marido y muger *in solidum*, demadaren á esta por el todo sus acreedores, debe pagarlas enteramente en cuanto alcancen los gananciales, como lo ordena dicha ley 207 del Estilo.

2. Declarando el testador en su testamento estar debiendo á algun sujeto cierta cantidad, y mandando que sus herederos se la paguen, si por otro medio legal consta la deuda, debe deducirse del cuerpo de bienes, como verdadera[1], ya sean legítimos ó extraños sus herederos; pero no constando, se distingue: si estos son extraños, se bajará del cuerpo de sus bienes privativos, no mandando aquel lo contrario, ya sea cierta ó incierta, y la acredite ó no por otro medio: porque á ninguno se debe legítima, y así deben contentarse con lo que les deje, sin inspeccionar la certidumbre ó incertidumbre de ella; pero si son legítimos, se deducirá del quinto ó tercio, segun sean, aunque el testador la jure, porque su mera confesion, aunque sea jurada, no les perjudica, y así se estima como legado, el cual se debe deducir de ellos en cuanto quepa[2].

3. Entre las deudas que se deben bajar del caudal comun se cuentan los salarios de los criados: por lo que si un hijo ó hijastro, en el tiempo y caso que se le debia dar salario, sirvió á su madre ó padrastro, excusándole un criado, y miéntras vivieron estos no

1 Se entiende si fué contraida durante el matrimonio por razon de la sociedad conyugal; pues si era deuda que el marido contrajo ántes de casarse, deberá deducirse de sus bienes propios, como se dirá despues.
2 Ayor. *De partit.* part. 2 q. 37 n. 36.

dad, que dividir las utilidades de ella. Lo propio se practicará por la misma razon, si voluntariamente lo vendió; pues de haberlo vendido debe quejarse de sí, y no de su muger[1]. Pero si la venta fué necesaria, v. gr. á fin de satisfacer el débito contraido durante el matrimonio, ó para otra urgencia indispensable, y se celebró en bajo precio, podrá deducir y exigir todo lo que valia el ganado al tiempo del contrato.

1 Ayor. part. 3 q. 30 n. 108 al principio.

CAPITULO VII.

Deduccion de las deudas. ¿Cuáles habrán de bajarse del caudal inventariado? ¿De dónde se deducirán los derechos de inventario y particion, y si al heredero que defendió la herencia ó mejoró los bienes de ella, habrán de pagarse las expensas que hizo?

1 Las deudas legítimas y verdaderas, contraidas durante el matrimonio por razon de la sociedad conyugal, han de pagarse de los gananciales.

2 Declarando el testador en su testamento estar debiendo á algun sujeto alguna cantidad, si por otro medio legal consta la deuda, deberá deducirse del cuerpo de bienes; pero no constando así, ¿qué deberá hacerse?

3 Entre las deudas que deben bajarse del caudal comun se cuentan los salarios de los criados.

4 Se han de bajar igualmente del cuerpo del caudal los gastos útiles y necesarios que hizo alguno de los herederos en reparar y mejorar los bienes comunes de la herencia.

5 ¿Si habrán de pagarse al heredero que posée la herencia (estando los demas ausentes) los gastos que hiciere en defenderla cuando otro pretenda quitársela?

6 Si el heredero presente, que no posée la herencia, la pide toda para sí, creyendo que no hubiese otro heredero, y despues pareciere este, le aprovechará la sentencia favorable dada á favor del otro para percibir la parte que le corresponda.

7 No se deben bajar del caudal comun las deudas, cargas y responsabilidades que hubiere contraido cualquiera de los dos consortes ántes de casarse, ó que estaban impuestas contra sus fincas; y en caso de hallarse alguna de las de la herencia gravada con censo enfiteutico perpetuo, ¿qué deberá deducirse?

8 y 9 Modo de deducir las deudas que tenga contra sí cada consorte.

10 y 11 ¿De dónde habrá de rebajarse lo que la muger ó el marido hayan gastado respectivamente en mantener á sus padres pobres?

12 y 13 ¿De dónde se han de deducir y cómo habrán de satisfacerse los gastos de inventario, particion y demas, hasta que á cada partícipe se entregue el testimonio de su haber ó adjudicacion?

14 ¿Quién habrá de satisfacer los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensoría, asistencia y trabajo de algun heredero menor, loco ó fatuo, ó del defensor del ausente?

1. Deducidos del caudal inventariado los bienes efectivos que los consortes llevaron al matrimonio al tiempo de contraerlo ó despues, ó bien el importe de ellos, se deben bajar las deudas legítimas y verdaderas que esten sin satisfacer, y que el marido solo, ó su muger con permiso de él, ó ambos juntos, contrajeron por razon de la sociedad conyugal, miéntras estuvieron casados solamente, las cuales han de pagarse de los gananciales que haya. Así lo dispone la ley 14 título 20 libro 3 del Fuero Real, que está en uso, y dice: „Todo deudo que marido é muger ficieren en uno, páguenlo otrosí en uno.“ Y la 207 del Estilo, cuyas son estas palabras: „Todo el deudo que el marido y la muger ficieren en uno, páguenlo otrosí en uno. Y es á saber: que el deudo que face el marido, maguer la muger no lo otorgue, ni sea en la carta del deudo, tenida es á la meitad de la deuda.“ Por deudas no solo se entienden las que provienen de préstamo, arrendamiento, fianza, depósito, compañía, venta ú otro contrato semejante, sino tambien los censos, cargas y responsabilidades á que estan afectos é hipotecados los bienes raices de ambos cónyuges; pues solo lo líquido, como efectivo, es lo partible, y lo que se llama herencia. Y si habiéndolas contraido marido y muger *in solidum*, demadaren á esta por el todo sus acreedores, debe pagarlas enteramente en cuanto alcancen los gananciales, como lo ordena dicha ley 207 del Estilo.

2. Declarando el testador en su testamento estar debiendo á algun sujeto cierta cantidad, y mandando que sus herederos se la paguen, si por otro medio legal consta la deuda, debe deducirse del cuerpo de bienes, como verdadera[1], ya sean legítimos ó extraños sus herederos; pero no constando, se distingue: si estos son extraños, se bajará del cuerpo de sus bienes privativos, no mandando aquel lo contrario, ya sea cierta ó incierta, y la acredite ó no por otro medio: porque á ninguno se debe legítima, y así deben contentarse con lo que les deje, sin inspeccionar la certidumbre ó incertidumbre de ella; pero si son legítimos, se deducirá del quinto ó tercio, segun sean, aunque el testador la jure, porque su mera confesion, aunque sea jurada, no les perjudica, y así se estima como legado, el cual se debe deducir de ellos en cuanto quepa[2].

3. Entre las deudas que se deben bajar del caudal comun se cuentan los salarios de los criados: por lo que si un hijo ó hijastro, en el tiempo y caso que se le debia dar salario, sirvió á su madre ó padrastro, excusándole un criado, y miéntras vivieron estos no

1 Se entiende si fué contraida durante el matrimonio por razon de la sociedad conyugal; pues si era deuda que el marido contrajo ántes de casarse, deberá deducirse de sus bienes propios, como se dirá despues.
2 Ayor. *De partit.* part. 2 q. 37 n. 36.

lo pidió, y despues de su muerte pretende su satisfaccion, se le debe pagar el devengado miéntras los estuvo sirviendo. No obstará que se hayan pasado muchos mas años de los tres que la ley[1] prescribe á los criados para pedir sus salarios; pues la prescripcion para con los hijos empieza desde la muerte, porque en vida ni acostumbran pedirlos por reverencia y respeto, ni es bien visto que demanden á sus padres por ellos[2]. Mas para que no se presuma que los sirvieron por piedad y obsequio, y sí con ánimo de repetir su salario, conviene que así lo protesten, en cuyo caso no se dudará que se les deben; bien que sirviendo á su padrastro ó hermano, no necesitan protestarlo, porque cesa la razon de obsequio y piedad que hay respecto de sus madres[3].

4. Se han de bajar igualmente del cuerpo de caudal los gastos útiles y necesarios, que del suyo privativo hizo alguno de los herederos en reparar y mejorar los bienes comunes de la herencia durante la proindivision, y aplicársele íntegramente como acreedor; y si no se bajaren, le deben satisfacer proporcionalmente los coherederos sus respectivas partes, hecho el cómputo entre estos y el que los adelantó, porque cedieron en beneficio de todos, pues lo mismo se practica en la sociedad convencional[4]. Y si habiéndoles interpelado judicial ó extrajudicialmente para su pago, no lo verificasen, le deberán satisfacer desde la interpelacion los justos intereses que á no haber expendido su dinero en los bienes de la herencia, pudiera haber ganado empleándolo en otra cosa ó negocio[5].

5. Si alguno de los herederos que posée la herencia estando los demas ausentes hiciere gastos en defenderla por querer quitársela otro pariente ó extraño, pretextando ser bienes suyos, ó por otros motivos, parece que los coherederos, si luego que vienen piden sus partes, deberán abonarle proporcionalmente los hechos en su defensa, porque á no haberlos hecho, nada tendrian que tomar, ántes sí que gastar en recuperarlas si las querian. Pero no obstante no estarán obligados en rigor de justicia á abonarle cosa alguna de su importe: lo primero, porque no los hizo por su mandado, y así no le compete contra ellos la accion de *mandato*, sino la de procurador voluntario que se da contra el que cuidó de los negocios del ausente ó ignorante sin su mandato; y lo segundo, porque los hizo por su privativa utilidad en defender su parte y no la de los coherederos; por lo que solo en el caso de haber satisfecho algunos mas por la defensa de todos, deberán abonarle el exceso[2] (*).

1 L. 10 tit. 11 lib. 10 N. R.
2 Flores de Mena lib. 1 *Var.* q. 2 § 2 ns. 53 y 54. Gom. en la ley 29 de Toro n. 24 vers. *Ex quo subinfertur*. Ayor. part. 3 q. 2 y 3.
3 Parlad. lib. 1 *Rer. quotidian.* cap. 19 n. 5.
4 L. 16 tit. 10 part. 5.
5 L 18 § 3, *His consequenter.* ff. *Familiae erciscundae.* Ayor. *De partit.* part. 3 q. 20.
6 L. *Ex. part* 39 al principio. ff. *Familiae erciscundae.* Ayor. part. 3 q. 18.

(*) El reformador del Febrero impugna la doctrina sentada por el autor en este parrafo, diciendo que si el heredero que defendió la herencia sabia ó presumia tener coherederos ausentes, no debe dudarse que aunque hizo dichos gastos por la propia utilidad, los hizo asimismo por la de aquellos, y con ánimo de recuperar la parte que les correspondiese si acaso parecian solicitando lo que les tocaba de la herencia, en cuya atencion se hallan obligados por un cuasicontrato: y en apoyo de est cita las leyes 26 y 33 tit. 12 part. 5, las cuales en realidad no hablan del caso presente. El adicionador del Febrero, impugnando al sr. Gutierrez, sostiene la doctrina del autor; pero ni uno ni otro observaron la contradiccion en que incurrió Febrero. Propone este la cuestion, si los coherederos ausentes deberán abonar proporcionalmente los gastos hechos en la defensa de sus partes ó porciones: y resuelve que en rigor de justicia no estan obligados á abonarle cosa alguna de su importe; y una de las dos razones que alega es, que el defensor de la herencia lo hizo por su privativa utiljdad en defender su parte y no la de los otros, añadiendo luego que en caso de haber satisfecho algunos mas gastos por la defensa de todos, deberán abonarle el exceso. Es evidente, pues, que ó la cuestion está mal propuesta ó la resolucion no es correspondiente á ella. Si en rigor de justicia no estan obligados los coherederos á abonar cosa alguna, ¿cómo se dice luego que deberán satisfacer al defensor los gastos que hubiere hecho por la defensa de todos? Esta es una contradiccion palpable: atengámonos pues, no á los términos en que la cuestion se halla propuesta, sino á la resolucion que es equitativa: esto es, que los coherederos deberan abonar proporcionalmente los gastos hechos de la defensa de todos, segun aquel trillado principio de derecho: que nadie debe lucrarse con perjuicio ó menoscabo de otro.

1 Ayor. dicha part. 3 q. 19 *De partit.*
2 L. 14 tit. 20 lib. 3 del Fuero Real.
3 L. 13 tit. 33 part. 7.

6. Si el hermano ó heredero presente que no poseia la herencia, la pidió toda para sí á quien la tenia, diciendo ser único heredero, por haber fallecido otro que se habia ausentado, y despues de obtenida en juicio parece el coheredero ausente pretendiendo la mitad, y el presente se resiste á entregársela bajo el pretexto de haberse declarado solamente á su favor, y no al del coheredero que no litigó; en este caso deberá cederle su derecho por mitad para que la perciba de los poseedores; y si está en posesion de ella entregársela, pues la sentencia aprovecha al coheredero segun derecho, pagándole las costas causadas á proporcion[1].

7. No se deben bajar del caudal comun las deudas, cargas y responsabilidades que cualquiera de los dos contrajo y tenia ántes de casarse, ó que contra sus fincas estaban impuestas, pues cada uno está obligado á satisfacerlas del suyo propio y privativo, y de él se han de deducir, como lo dispone la misma ley[2]; porque de bajarse de aquel, y no de este, resultaria que el otro cónyuge que no las habia contraido pagaba indebidamente la mitad, en la que se le perjudicaba; y que el verdadero deudor, debiendo satisfacerlas íntegramente, se beneficiaba en ella, y se lucraba en detrimento del que no lo era, lo cual prohibe justamente el derecho[3]. Es de advertir, que si algunas de las fincas de la herencia se hallare gravada con censo enfitéutico perpetuo, y se hallare en la corte, se han de deducir de su valor el duplo capital del cánon ó réditos anuales que paga, y despues tres laudemios ó cincuentenas, que es un seis por ciento del residuo que quede, bajada la carga real, farol y alumbrado y duplo capital, pues se debe aplicar libre del enfitéusis, á diferencia de cuando se vende, que entónces se abona solamente el

duplo capital y la cincuentena que por la venta se causa y toca percibir al dueño del dominio directo; excepto que el comprador pacte que le ha de dar libre enteramente de esta carga, como si nunca la hubiera tenido, en cuyo caso se le deben abonar cuatro cincuentenas y el duplo capital, ó redimirle ántes de la venta por este, y por las tres, que es lo que conviene practicar para no gastar tanto. Si se halla fuera de la corte, servirá de regla la escritura primitiva de su constitucion; y si no la hubiere, ó aunque la haya, si no se expresare en ella lo que se ha de practicar, se observará la costumbre del pueblo, y lo líquido sobrante de su valor se aplicará al interesado.

8. El modo de deducir las deudas que cada uno tenia contra sí, es este: lleva el marido al matrimonio veinte mil reales de caudal, y se verifica luego que debia cuatro mil que se omitió bajarlos del total, ó se le quita en juicio alguna finca que los valia, ó esta se hallaba afecta á un censo ó responsabilidad de igual suma que ambos redimieron. En este caso, lo que realmente llevó son diez y seis mil reales; y estos y no mas son los que se han de estimar por legítimo y efectivo capital suyo, y deducir despues de la dote y demas bienes de la muger, y ántes que los gananciales, refiriendo en el correspondiente presupuesto de la particion el motivo por que no se bajan los veinte mil íntegros: y lo mismo se debe practicar con la muger. Lo propio milita en cuanto á las cargas de los bienes raices; excepto que al tiempo de contraer matrimonio se hubiesen bajado y puesto solo lo líquido por dote ó capital, pues entónces por este se han de inventariar, y para la division estimar por efectivo caudal sin deduccion.

9. Si ningun caudal lleva uno de los contrayentes cuando se casa, ántes sí deudas, las cuales se pagan del adquirido durante el matrimonio, esto ménos debe haber, y le tocará de gananciales. El modo de formar con justificacion la cuenta, es agregar numéricamente el importe de ellas al de estos como si existiera; y hecha una suma, dividirlas por mitad, y entregar á su consorte la suya en bienes efectivos, y al deudor el resto, aplicándole en vacio ó entrada por salida el de las deudas satisfechas; pues á no haberlas tenido, no hubiera que pagarlas, y su importe existiria en el caudal: v. gr. hay de gananciales diez mil reales, y se pagaron cuatro mil que estaba debiendo, los cuales juntos suman catorce mil, de los que tocan siete mil á cada uno. En este caso el deudor no llevará mas que tres mil, que unidos á los cuatro mil que debia y se satisfacieron, componen los siete mil efectivos; pues de girarse la cuenta partiendo solamente los diez mil existentes, y no haciendo mérito de los cuatro mil pagados, llevaria el deudor nueve mil, los

cuatro que para pago de sus deudas habian salido del caudal, y los cinco que percibia efectivos; y el otro cónyuge no mas que cinco mil, debiendo percibir los siete: por cuya cuenta quedaba perjudicado este en dos mil que recibia de ménos, y aquel llevaba otros dos mil demas, cuyas dos partidas componen los cuatro mil sacados del caudal que injustamente se refundian en su beneficio. Si no se quiere formar así la cuenta, se separará para el cónyuge que nada debia, otro tanto como durante el matrimonio se pagó por las deudas del otro, y luego se dividirá igualmente el resto entre ambos: en el mismo ejemplo se separan cuatro mil para el consorte, y se dividen con igualdad los seis mil entre los dos, y la propia cuenta sale, porque al deudor se aplican en vacio, como recibidos ántes; los otros cuatro mil, y efectiva y realmente los tres mil, mitad de los seis mil que restan, deducidos otros cuatro mil para entregar al otro cónyuge; y percibe cada uno los siete mil que le tocan. Por tanto, es menester gran cuidado en hacer las deducciones generales y particulares; pues si se hacen del caudal que no se debe, ó del modo que no corresponde, se pueden causar muchos perjuicios, y pagará quien no está obligado, lo cual despues del punto de derecho es la mayor dificultad de una particion, previniendo que en las deducciones generales todos los interesados pagan á prorata de su haber.

10. Ofrécese ahora la cuestion siguiente: ¿De donde habrá de deducirse lo que la muger casada haya gastado en mantener á sus padres pobres? Es indudable que, segun el derecho natural y positivo[1], tiene esta obligacion pudiendo hacerlo, aun cuando la madre pase á segundas nupcias si el marido no puede mantenerla[2]; pero no lo es que el gasto de la manutencion deba deducirse de los gananciales. Matienzo[3] lleva la opinion contraria, fundándose en que si el débito voluntario contraido por marido y muger durante su matrimonio se deduce de ellos, con mayor razon deberá deducirse el necesario, cual es el de dichos alimentos, una vez que corresponde la mitad á la muger; pero yo soy de parecer que no probándose, ó no pudiéndose conjeturar que el ánimo del marido fué condonarlos y no cargarlos á su muger, y contribuir por piedad á los padres de esta con ellos, debe sacarse el expresado gasto de los bienes que la pertenezcan: lo primero, porque la referida obligacion es peculiar y privativa de la muger, y no comprende al marido por no ser hijo ni consanguíneo de aquellos: lo segundo, porque esta deuda y obligacion se contraen ántes del matrimonio por el hecho de haber sido

1 L. 2 al fin tit. 19 part. 4.
2 Lara *De alim.* in leg. *Si quis á liberis*, § *Si quis ex his*, n. 273 y sig.
3 En la gl. 7 n. 10 de la ley 3 tit. 9 lib. 5 R., que es la 2 tit. 4 lib. 10 de la N.

*

engendrada, criada y alimentada la muger por sus padres; y los débitos contraidos ántes no se deben satisfacer de los gananciales, sino de los bienes propios del que los contrajo, segun queda sentado: lo tercero, porque aunque el débito contraido por uno de los socios durante la sociedad se debe pagar y deducir del cuerpo del caudal multiplicado en ella[1], esto se entiende cuando se contrajo por razon de los negocios de la misma sociedad, mas no por el propio y privativo del socio; y lo cuarto, porque la sociedad conyugal no lo es de todos los bienes de los cónyuges en los reinos de Castilla, como en el de Portugal, en donde se observa el fuero denominado del *bailio*, sino tan solo de lo que se lucra y adquiere miéntras dura; por lo que es sociedad singular, en la cual todo lo que el socio expende del caudal comun en alimentar á su muger é hijos, se le imputa privativamente, como se observa tambien entre los hermanos singulares socios, para que se guarde igualdad, y ninguno se enriquezca con detrimento de otro, pues no se presume donacion á ménos que se pruebe; por consiguiente lo propio se debe practicar con la muger por lo respectivo á los alimentos que suministra á sus padres. Así que la opinion de Matienzo debe entenderse cuando se permite al marido restituir durante el matrimonio á su muger la dote para que se alimente y á los suyos en los casos que el derecho prescribe.

11. Lo mismo que se ha dicho en cuanto á la muger, procede respecto del marido; por lo que si este mantiene á su padre ó madre, ó alimenta ó dota algun hijo de su primer matrimonio, durante el segundo, deberá imputársele en cuenta de su haber el importe de los alimentos y dotacion; bien que lo expuesto, háblese de la muger ó del marido, se entiende no pactándose lo contrario al tiempo de casarse, ó no reclamando su parte el otro cónyuge, como regularmente sucede; pues por razon de piedad, y por otras que suelen intervenir, muy rara vez se reclaman los alimentos de hijos ni padres, ni es bien visto que se reclamen, respecto á que cuando se casan entran en el matrimonio con este conocimiento, y no pueden alegar ignorancia ni engaño.

12. Ninguna ley ni autor he visto que digan de dónde han de satisfacerse los derechos de inventario, tasacion, particion, aprobacion y demas que ocurren hasta que á cada partícipe se entrega el testimonio de su haber ó adjudicacion. En este punto suelen algunos causar no leves perjuicios á los interesados; y para evitarlos digo: que si el marido muere, y no llevó capital ni su muger dote, y por consiguiente todos los bienes son gananciales, se deben pagar unos y otros derechos en esta forma: la viuda pagará la mitad de todo, como socio

1 L. 16 tit. 10 part. 5.

interesado en ella, y los herederos del marido la otra mitad; y si este la legó el quinto ó tercio ú otra cuota, satisfará tambien á proporcion de esto; pero aunque la toquen arras de cantidad cierta, por habérselas ofrecido su marido, nada mas debe pagar por mas razon, porque las arras son deuda contra sus bienes, que debe cobrar como acreedora sin desfalco, y no herencia, utilidad ni lucro de la sociedad. Lo propio milita para con el lecho cotidiano que la ley la concede, y el luto que los herederos deben darla[1]; pues nada de estas cosas percibe como ganancial, sino como débito. Si llevó la muger dote ú otros bienes al matrimonio y hay gananciales, se debe practicar lo mismo que con las arras ciertas, luto y lecho, porque en cuanto á ellos es igualmente acreedora contra los de su marido, y no interesada como socio; por cuya razon, y por la de no percibir bajo este respecto utilidad alguna de la sociedad, no se debe tener consideracion á su haber patrimonial que estan obligados á satisfacerla efectivamente sin dispendio los bienes de la herencia, aunque nada quede á los hijos ó herederos del difunto, pues para reintegrarla de su crédito no es necesario hacer inventario, tasacion ni particion, puesto que es líquido; y así pagará solamente por lo que la toque de gananciales á proporcion. Y si no hay gananciales, nada debe pagar la viuda por las razones expuestas; y si solo legándola su marido el quinto ú otra cosa de la herencia, satisfará á prorata de lo que por esta causa perciba, porque en esta parte se la contempla como heredera, se utiliza en cuota considerable de los bienes del difunto; y para saber á cuánto asciende es indispensable hacer inventario, tasacion, liquidacion y deduccion: lo cual no procede en los legatarios de cosa específica, ó cantidad determinada, porque para su entrega nada de esto es preciso practicar.

13. Por lo respectivo á los herederos hay que distinguir tambien: si todos son instituidos, es indudable que deben pagar con igualdad, porque perciben igual utilidad; pero si alguno ó algunos son mejorados en el tercio ó quinto, ó en ambos, ó por ser extraños estan instituidos en porciones diversas, deben satisfacer á prorata de su haber los gastos y derechos referidos; pues así como llevan la ganancia deben sufrir el gravámen, como en toda sociedad convencional se practica; porque mayor trabajo se tiene en el prorateo y respectiva aplicacion al que mas lleva que al que ménos, y así se debe formar otra igual cuenta para la exaccion y repartimiento de ellos. Por otra parte, es indudable que á saberse á cuánto ascendian ántes de evacuar la particion, se bajarian del cuerpo del caudal, como deuda contra los socios interesados en él, al modo que las demas, y en-

1 Véase el capítulo 12 de este título, donde se trata de la deduccion de las arras, del luto y lecho cotidiano.

tónces pagaba cada uno en la forma expuesta. En cuanto á los derechos de sacar los títulos y papeles que falten de alguna ó algunas fincas de la herencia, ó de la que se divide entre dos ó mas, digo, que ya haya ó no mejora, deben deducirse del cuerpo del caudal, porque si el testador los hubiera sacado, esto ménos dejaria; y puesto que no lo hizo ni dividió sus bienes de modo que no fuese preciso sacar copias de los de alguna ó algunas fincas para los interesados en ellas, es justo que todos las paguen.

14. Los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensoría, asistencia y trabajo del curador de algun heredero menor, loco, fatuo ó desmemoriado, ó del defensor de ausente, no se comprenden en los referidos; pues estos como peculiares y privativos suyos, los deben satisfacer á mas de los que en el concepto de herederos ó mejorados, si lo fuesen, les tocan: lo cual prevendrá el contador por declaracion, al fin de la particion, para que la tasacion se ejecute en los respectivos términos expuestos, pues así conviene; y en virtud de mandato judicial se practicó en la que de los bienes muy cuantiosos de un grande (en que habia mejora, dote, menores y gananciales) formalicé en la corte, no obstante el abuso de igualdad introducido por la ignorancia, y con mi dictámen se practicó en otras particiones, habiéndose aprobado como justo, racional y equitativo, y así se observa.

CAPITULO VIII.

Del modo de dividir entre un consorte y los herederos del difunto los gananciales adquiridos durante su matrimonio, y miéntras esté la herencia proindiviso.

1 Los gananciales deben dividirse por mitad entre los dos consortes.

2, 3 y 4 Modo de dividir entre estos la estimacion ó el valor de los oficios de escribano y otros vendibles y renunciables que compren durante el matrimonio.

5 ¿Cómo se debe hacer la particion de la finca patrimonial que durante el matrimonio retrae el marido por derecho de sangre, y de la que recupera en virtud del pacto de retroventa?

6 Division de los partos de las siervas dotales de la muger, y de las crias de los animales productivos.

7 ¿Si se han de dividir como gananciales las cosas que los parientes del marido regalan á su muger al tiempo de casarse ó despues; ó los de esta á aquel?

8 y 9 ¿Si habrán de dividirse como gananciales los réditos de censo, usufruto, pension, legado anual ó renta vitalicia que la muger lleva en dote al matrimonio?

10 Si la muger hubiere sido partícipe en la negociacion ó arrendamiento que su difunto marido hubiese contraido con alguno, dividirá con los herederos de este la porcion ó parte que le tocaba.

11 Si entre el socio y los herederos del marido difunto y su viuda se renovó tácita ó expresamente la sociedad, debe corresponder á todos los que negociaron, sea útil ó perjudicial.

12 Habiendo sido el marido arrendador de alcabalas ú otros derechos reales, ¿si se comunicarán á su viuda las utilidades ó pérdidas del arrendamiento despues que aquel falleció?

13 ¿Si habiendo sido mercader el marido prosigue su viuda el mismo negocio ó comercio, se le comunicarán las utilidades y pérdidas que haya en dicho giro ó tráfico?

14 ¿Si muerto el marido se entenderá renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre la viuda y los herederos de aquel por mitad ó á prorata?

15 hasta el 23. Modo de hacer la division de los gananciales entre hijos de dos ó mas matrimonios, ó entre la muger última y los de la anterior.

24 hasta el 28. Casos en que no se comunican los gananciales á los consortes, y observaciones que debe tener presentes el contador en esta materia.

29 ¿Si la muger, disuelto el matrimonio, podrá repetir y cobrar de los deudores y terceros poseedores, sin cesion del marido ó de sus herederos, la mitad de los gananciales y créditos que la tocan?

30 Probando la muger ó sus herederos que el marido enagenó los gananciales con ánimo de defraudarla, ¿qué deberá hacerse?

31 hasta el 33. ¿Si donando el marido ó consumiendo los gananciales en el juego ú otros vicios, tendrá accion la muger contra sus bienes por la mitad de la parte que donó ó disipó.

34 Para la division de gananciales se ha de tener presente la costumbre del pueblo en que se contrajo el matrimonio, con tal que se hallen en el mismo pueblo los bienes que se han de partir; pues de lo contrario se ha de estar á la costumbre de aquel en que se domiciliaren.

1. Deducidos los bienes que el marido y su muger hubieren puesto por fondo en la sociedad conyugal al tiempo de casarse y despues de casados, como tambien las deudas contraidas durante el matrimonio, en la forma y términos explicados en los capítulos anteriores, resulta como utilidad ó incremento de la misma sociedad todo el residuo, y como ganancial ó multiplicado debe comunicarse en los reinos de Castilla, y dividirse por mitad entre los dos consortes, si viven juntos, segun lo ordena la ley 1.ª título 4 libro 10 Nov. Rec. que dice: „Toda cosa que el marido y la muger ganaren ó compraren estando de consuno, háyanlo ambos por medio; y si fuere donadío del rey, y lo diere á ambos, háyanlo marido y muger; y si lo dieren al uno, háyalo solo aquel á quien lo diere."

2. En el capítulo 8 título 2 libro 1.º se trató de los bienes gananciales, reservando para este lugar todo lo relativo á la division de ellos, y ciertas cuestiones que debe tener presentes el contador para el acierto de aquella. Allí se dijo entre otras cosas que es comunicable entre los consortes la estimacion ó valor de

tónces pagaba cada uno en la forma expuesta. En cuanto á los derechos de sacar los títulos y papeles que falten de alguna ó algunas fincas de la herencia, ó de la que se divide entre dos ó mas, digo, que ya haya ó no mejora, deben deducirse del cuerpo del caudal, porque si el testador los hubiera sacado, esto ménos dejaria; y puesto que no lo hizo ni dividió sus bienes de modo que no fuese preciso sacar copias de los de alguna ó algunas fincas para los interesados en ellas, es justo que todos las paguen.

14. Los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensoría, asistencia y trabajo del curador de algun heredero menor, loco, fatuo ó desmemoriado, ó del defensor de ausente, no se comprenden en los referidos; pues estos como peculiares y privativos suyos, los deben satisfacer á mas de los que en el concepto de herederos ó mejorados, si lo fuesen, les tocan: lo cual prevendrá el contador por declaracion, al fin de la particion, para que la tasacion se ejecute en los respectivos términos expuestos, pues así conviene; y en virtud de mandato judicial se practicó en la que de los bienes muy cuantiosos de un grande (en que habia mejora, dote, menores y gananciales) formalicé en la corte, no obstante el abuso de igualdad introducido por la ignorancia, y con mi dictámen se practicó en otras particiones, habiéndose aprobado como justo, racional y equitativo, y así se observa.

CAPITULO VIII.

Del modo de dividir entre un consorte y los herederos del difunto los gananciales adquiridos durante su matrimonio, y miéntras esté la herencia proindiviso.

1 Los gananciales deben dividirse por mitad entre los dos consortes.

2, 3 y 4 Modo de dividir entre estos la estimacion ó el valor de los oficios de escribano y otros vendibles y renunciables que compren durante el matrimonio.

5 ¿Cómo se debe hacer la particion de la finca patrimonial que durante el matrimonio retrae el marido por derecho de sangre, y de la que recupera en virtud del pacto de retroventa?

6 Division de los partos de las siervas dotales de la muger, y de las crias de los animales productivos.

7 ¿Si se han de dividir como gananciales las cosas que los parientes del marido regalan á su muger al tiempo de casarse ó despues; ó los de esta á aquel?

8 y 9 ¿Si habrán de dividirse como gananciales los réditos de censo, usufruto, pension, legado anual ó renta vitalicia que la muger lleva en dote al matrimonio?

10 Si la muger hubiere sido partícipe en la negociacion ó arrendamiento que su difunto marido hubiese contraido con alguno, dividirá con los herederos de este la porcion ó parte que le tocaba.

11 Si entre el socio y los herederos del marido difunto y su viuda se renovó tácita ó expresamente la sociedad, debe corresponder á todos los que negociaron, sea útil ó perjudicial.

12 Habiendo sido el marido arrendador de alcabalas ú otros derechos reales, ¿si se comunicarán á su viuda las utilidades ó pérdidas del arrendamiento despues que aquel falleció?

13 ¿Si habiendo sido mercader el marido prosigue su viuda el mismo negocio ó comercio, se le comunicarán las utilidades y pérdidas que haya en dicho giro ó tráfico?

14 ¿Si muerto el marido se entenderá renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre la viuda y los herederos de aquel por mitad ó á prorata?

15 hasta el 23. Modo de hacer la division de los gananciales entre hijos de dos ó mas matrimonios, ó entre la muger última y los de la anterior.

24 hasta el 28. Casos en que no se comunican los gananciales á los consortes, y observaciones que debe tener presentes el contador en esta materia.

29 ¿Si la muger, disuelto el matrimonio, podrá repetir y cobrar de los deudores y terceros poseedores, sin cesion del marido ó de sus herederos, la mitad de los gananciales y créditos que la tocan?

30 Probando la muger ó sus herederos que el marido enagenó los gananciales con ánimo de defraudarla, ¿qué deberá hacerse?

31 hasta el 33. ¿Si donando el marido ó consumiendo los gananciales en el juego ú otros vicios, tendrá accion la muger contra sus bienes por la mitad de la parte que donó ó disipó.

34 Para la division de gananciales se ha de tener presente la costumbre del pueblo en que se contrajo el matrimonio, con tal que se hallen en el mismo pueblo los bienes que se han de partir; pues de lo contrario se ha de estar á la costumbre de aquel en que se domiciliaren.

1. Deducidos los bienes que el marido y su muger hubieren puesto por fondo en la sociedad conyugal al tiempo de casarse y despues de casados, como tambien las deudas contraidas durante el matrimonio, en la forma y términos explicados en los capítulos anteriores, resulta como utilidad ó incremento de la misma sociedad todo el residuo, y como ganancial ó multiplicado debe comunicarse en los reinos de Castilla, y dividirse por mitad entre los dos consortes, si viven juntos, segun lo ordena la ley 1.ª título 4 libro 10 Nov. Rec. que dice: „Toda cosa que el marido y la muger ganaren ó compraren estando de consuno, háyanlo ambos por medio; y si fuere donadío del rey, y lo diere á ambos, háyanlo marido y muger; y si lo dieren al uno, háyalo solo aquel á quien lo diere."

2. En el capítulo 8 título 2 libro 1.º se trató de los bienes gananciales, reservando para este lugar todo lo relativo á la division de ellos, y ciertas cuestiones que debe tener presentes el contador para el acierto de aquella. Allí se dijo entre otras cosas que es comunicable entre los consortes la estimacion ó valor de

los oficios de escribano y otros vendibles y renunciables que compran durante el matrimonio. Así es que, si la muger fallece con hijos, se vuelve á casar el viudo, muere dejándolos tambien del segundo matrimonio, y existe el oficio al tiempo de su muerte, llevarán los del primero su mitad con su aumento íntrinseco, como parte de herencia materna, y partirán con sus medios hermanos la otra mitad, como herederos todos de un mismo padre: lo cual se practica y debe practicar no solo con esta clase de bienes, sino tambien indistintamente con otros cualesquiera comprados ó adquiridos por ambos durante su sociedad; excepto que los interesados se convengan en lo contrario, como siendo mayores de veinte y cinco años pueden hacerlo. Lo propio milita en el derecho de patronato que adquirió el marido durante el matrimonio por fundacion, dotacion ó construccion de alguna iglesia, pues tambien se comunica á entrambos[1].

3. Supuesto ser comunicable entre los cónyuges la estimacion ó valor de los referidos oficios comprados constante el matrimonio, se duda ¿si habiendo comprado alguno el marido ántes de casarse, pero no pagado enteramente su precio; ó si estando gravado con algun censo, se casa, y despues con el dinero dotal de su muger acaba de pagarle, ó redime el censo, tendrá parte la muger en el mismo oficio por la subrogacion de su dinero con que se acabó de pagar ó redimió el gravámen; como tambien si el aumento ó mayor valor que tenga al tiempo de la disolucion del matrimonio será ganancial, y de consiguiente comunicable?

4. Tocante á lo primero, aunque es indudable que lo que se compra con el dinero dotal se considera dotal, y lo comprado se subroga en el precio dado por ello, segun ya he dicho[2]; sin embargo no sucede así en el presente caso, porque no se compró durante el matrimonio, como lo exige la ley 49 título 5 Partida 5 (*), sino tan solo se pagó lo que se debia, y por la mera solucion no se transfiere el dominio á la muger. En orden á lo segundo, el mayor valor que tenga el oficio no será comunicable, y tocará únicamente á su dueño, porque no se adquirió con el trabajo ni industria de ambos, ni ellos se le dieron, sino al tiempo, ó tal vez ya le tenia cuando le compró, aunque se le hubiese vendido en menor precio; en cuya atencion se le aplicará por aquel en que se le vendió, así como si valiere ménos; pues del mismo modo que cuando el aumento ó mejora sobreviene á una cosa del socio por su naturaleza, por el tiempo ó por otra causa accidental, no se comunica á los demas

1 Matienz. ley 5 tit. 9 lib. 5 R. gl. 4 n. 5.
2 Véase el cap. 4 § 9.
(*) Así lo dan á entender estas palabras: „O si fueren los dineros de la dote de alguna muger, é su marido con voluntad de ella ficiese la compra."

socios, tampoco se debe comunicar este aumento intrínseco á los cónyuges cuando el fundo se hizo de mayor valor por dichos motivos[1]. Lo mismo procede, y creo que se debe practicar cuando consta que uno de los cónyuges llevó á su matrimonio dinero suficiente para comprar algun oficio ó finca, y el otro ninguno, ni bienes con cuyo producto vendiéndolos se pudiese comprar, ó aunque los llevase resulta existir sin vender, y á poco tiempo de casados compra el oficio ó finca, v. gr. por veinte, expresando ser con dicho dinero, y al de la muerte del uno se tasa en sesenta; pues aunque parece que este aumento intrínseco debe agregarse á la sociedad, por haberse comprado el oficio durante ella, tocará solamente al dueño del dinero, porque es visto haberse comprado con él y subrogádose en su lugar; y el otro cónyuge, como que ni le tenia para comprarle, ni puso trabajo en su incremento, á nada tendrá derecho, ni tampoco participará de su decremento, si por solo el tiempo le padeciere, excepto que ambos pacten otra cosa (*).

5. En el párrafo 17 del citado capítulo 10 título 2 libro 1.° se dijo que es comunicable entre los dos consortes el precio de la finca patrimonial que durante el matrimonio retrae el marido por derecho de sangre. En órden á la particion, digo que aun cuando el valor de este fundo retraido se inventarie y considere (segun debe hacerse) como aumento del caudal de ambos para saber á cuánto ascienden las utilidades de la sociedad, no se ha de dividir entre ellos, sino aplicarse íntegro al marido, como dueño, en parte de pago de su mitad de gananciales, y por su muerte á sus herederos, adjudicando á la muger otra cosa por la mitad que le corresponde de su valor; pues á ninguno se debe despojar del dominio de sus bienes conocidos para adjudicarlos al otro sin que preceda su consentimiento, ó que no se le pueda hacer pago de su haber en otros términos. Asimismo se ha de aplicar al marido la finca que recupera en virtud del pacto de retrovendendo (cuyo precio es tambien comunicable, segun se dijo en dicho capítulo 10 párrafo 17), debiendo observar el contador en la adjudicacion, lo expuesto acerca de la retraida por derecho de consanguinidad.

6. Aunque por derecho antiguo no hacia suyos el marido exclusivamente los pactos de las siervas dotales de su muger, ni los de los rebaños ó animales productivos, á ménos que se hiciera res-

1 Matienz. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. gl. 1 n. 88.
(*) Podria decirse que habiéndose comprado el oficio durante el matrimonio, debe ser comunicable el aumento de su valor, pues todo lo que se adquiera con el dinero de un consorte corresponde á la sociedad conyugal, sin atenderse á si el otro cónyuge tenia asimismo dinero, ó á si concurrió con su trabajo á la adquisicion; y dicho aumento viene á ser un fruto, si no inmediato, mediato del precio por que se compró. *Febrero reformado.*

ponsable de su deterioro ó pérdida[1], ni se dividian con él, ántes bien pertenecian á su muger, ya nacieran durante el matrimonio, ó despues del divorcio[2]; no obstante hoy, segun nuestras leyes que estan en uso, los partos de las siervas de cualquiera de los consortes son comunicables á entrambos, porque se consideran como frutos[3]; y así como si la esclava se muere, debe resarcirse su precio de los gananciales, así tambien su parto se debe dividir, porque quien está á la utilidad ó provecho, debe estar tambien al daño, y al contrario. Lo propio milita respecto de los partos ó crias de los animales productivos[4].

7. Acerca del caso en que los parientes del marido regalan á su muger al tiempo de casarse ó despues algunas joyas, vestidos, dinero ú otra cosa, ó por el contrario los de esta á aquel; para saber si estos bienes ó su importe se estimarán por capital del donatario, ó de aquel por cuya contemplacion se dan, ó serán comunicables á entrambos, tendrá presente el contador lo que se dijo en el párrafo 18 del citado capítulo 10 tít. 2 libro 1, á donde me remito.

8. Hay dos opiniones sobre si los réditos de censo, usufruto, pension, legado anual ó renta vitalicia que la muger lleva en dote al matrimonio, son comunicables al marido como frutos conyugales, ó está obligado á restituírselos como bienes dotales, disuelto el matrimonio. La mas corriente es que no lo son: lo primero, porque ya sean constituidos en última voluntad, en cuyo caso son muchos legados anuales, ya en contrato, y entónces es una estipulacion y contrato (*), si el marido los hiciese suyos se consumiria la dote, lo cual resiste el derecho por convenir esten dotadas todas las mugeres para fomento de la sociedad conyugal: lo segundo, porque los frutos que consumen la sustancia de la cosa no pertenecen al marido, y los expresados son de tal naturaleza: lo tercero, porque en el usufruto de todos los bienes se comprenden los frutos é intereses del dinero que se debe, mas no el mismo dinero; y así el marido no podrá usar de dichos réditos y hacerlos suyos sin la obligacion de restituirlos, porque son capital, y consumidos nada queda: y lo cuarto, porque así como llevando la muger en do-

1 L. 1 Cod. *Solut. matrimon.* y 20 tit. 11 part. 4.
2 L. *Si marito* 32 § ff. fin. *Solut. matrim.*
3 L. 7 ff. *De usufruct.* y 5 tit. 4 lib. 10 N. R., y en ella Matienzo gl. 5. Greg. Lop. en la ley 30 tit. 11 part. 4.
4 Siendo ya entre nosotros casi desconocida la servidumbre, rara vez ocurrirá el caso de haber de partir el fruto racional de una sierva, que inhumanamente se consideró en otro tiempo para este y otros efectos civiles como la cria de un animal.

(*) Esta diferencia de ser muchos los legados y uno solo el contrato en el caso de que se habla, no se funda en sólidas razones, sino en sutilezas del derecho romano, ni sirve para dar claridad sino para confundir; y así entre nosotros no hay para que hacer nunca mencion de ella. Atiéndanse las palabras del legado y del contrato, las cosas sobre que estas recaen, y las circunstancias de las personas y sus fines, y no será menester mas para decidir cualquiera duda que ocurra sobre ellos. *Febrero reformado.*

te no estimada una cantera, pedrera ú otra cosa que no crece ni en que renace por su naturaleza lo que se corta ó saca de ella, ni puede haber otro producto (aunque asimismo puede durar algunos años la extraccion), no adquiere el marido las piedras extraidas porque no son frutos, y debe restituir á su muger el importe de ellas, excepto en el caso que expresaré en el capítulo 10 párrafo 14[1]; así tambien si los expresados réditos se consumen, aunque la pension dure muchos años, debe el marido restituirlos como dotales. La opinion contraria es que el marido los hace suyos sin estar obligado á su restitucion, porque se le conceden para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, y que por tanto se comunican entre ambos cónyuges como otros cualesquiera frutos ó reditos, sobre lo cual pueden verse los autores que se citan[2].

9. Mas yo distinguiendo digo, que si los réditos, legado ó pension se concedieron á la muger por ciertos y limitados años, ó por los de la vida del donante, ó por los del marido solamente, debe este restituirlos, ó lo que perciba de ellos, porque en este caso es como una deuda y obligacion de satisfacer anualmente su importe total, y acabado el tiempo de su concesion, nada queda á la muger en propiedad ni usufruto, así como cuando lleva en dote alguna deuda que ha de pagarse á plazos iguales y ciertos; y lo propio milita en el usufruto por tiempo determinado[3]. Pero si la muger tiene derecho á gozarlos toda su vida, nada debe restituirla el marido, porque tal derecho es la propiedad que lleva por dote, y lo que anualmente percibe son frutos, emolumentos y comodidad de aquel derecho inseparable, permanente é inalienable, que viene á ser á semejanza de la propiedad de finca vinculada, de que no puede disponer el poseedor, cuyos frutos son del marido; y aunque este muera, continúa en la muger, y no se constituye de peor condicion que la que tenia ántes de casarse, ni queda indotada para volverse á casar. Solamente en el caso y en los términos propuestos en el lib. 1 tít. 2 cap. 7 pár. 19, estará obligado á restituir los que justamente se pacten, porque es visto haberlos renunciado á favor de la muger y querido privarse de ellos, lo cual no le está prohibido. Lo mismo digo cuando la muger lleva en dote algun empleo que el marido debe servir, y por muerte de este puede ejercer otro con quien se case, como expresé en el párrafo citado. Y cuando se da á la muger un predio en dote para sustentar con sus frutos las cargas matrimoniales, ó se le promete para este efecto cierta cantidad anual, no debe colacionar los frutos ni esta, porque son alimentos, los cuales no son colacionables

1 L. 27 tit. 11 part. 4. Gutier. *De tutel.* part. 3 cap. 35 ns 2 y 6.
2 Garcia *De conyugali acquaestu*, n. 172. Gutier. cap. 35 cit. Spino *Specul. testam.* gl. 13 n. 66.
3 Rodrig. *De annuis reditib.* lib. 1 q. 3 n. 15.

*

como el predio[1]; á ménos que se pacte lo contrario al tiempo de su donacion ó promesa.

10. Por muerte del marido cesa la sociedad de todos sus bienes, ó de cierta negociacion ó arrendamiento que hubiese contraido con alguno; y si la muger era partícipe en ella, dividirá la porcion que tocaba al marido con los herederos de este, segun se hace en la convencional cuando uno de los socios admite en ella á otro sin consentimiento de los consocios, pues este no lo es sino solamente del que le admitió: ya porque la sociedad se contrae con el consentimiento, y como no puede ser mi consocio el que no quise que lo fuese, tampoco puede llamarse así el compañero del mio; ya porque la sociedad de muchos se disuelve con la muerte del uno, y el heredero del socio no sucede en ella; y ya porque no puede contraerse sociedad de modo que pase á los herederos[2]; y si se contrae no valdrá en cuanto á estos, á ménos que la reiteren con su nuevo consentimiento expreso ó tácito[3], ó que sea sociedad de alcabalas ú otras rentas ó derechos públicos, porque esta no espira con la muerte del socio, si al tiempo de contraerla se hizo mencion del heredero, y ántes bien pasa á este, excepto que fallezca el socio, cuya industria se eligió, y su heredero no sea igualmente idóneo para su gobierno y manejo[4].

11. Si entre el socio y herederos del marido difunto y su viuda se renovó tácita ó expresamente la sociedad, debe corresponder á todos lo que hicieron con el nuevo consentimiento, sea útil ó nocivo: aunque no se haya contraido nueva sociedad, ni intervenido consentimiento, se les ha de comunicar despues de la muerte del socio el lucro percibido de la cosa de la anterior, como el fruto del fondo comun, el alquiler de las caballerías comunes, el de las cosas vendidas &c.; pero si el lucro se adquirió de cosa que no era de la sociedad, como si el socio ó su heredero empleó el precio de las vendidas en alguna negociacion, de la cual percibió algun lucro, no se comunicará este. Y el heredero ó muger del socio difunto tiene obligacion de continuar los negocios de la sociedad que empezaron este y su consocio, mas no de principiar otros nuevos.

12. Si el marido era arrendador de alcabalas ú otras rentas ó derechos públicos, y al tiempo de su muerte no habia espirado el de ellas, se deben comunicar á su viuda las utilidades y pérdidas que hay en su arrendamiento despues que falleció.

13. Si habiendo sido mercader el marido prosigue su viuda el mismo negocio ó comercio, se presume que su ánimo mas es de continuar la sociedad que de empezar una nueva negociacion; por lo que las utilidades ó pérdidas que haya en su giro y tráfico se le comunicarán, así como se le camunicarian en vida de su difunto marido.

1 Gutier. *De tutel.* part. 3 cap. 35 n. 7.
2 L. 1 y 10 tit. 10 part. 5.
3 L. 1 y ult. tit. 10 part. 5.
4 Matienz. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. gl. 1 n. 18.

14. Acerca de la cuestion si muerto el marido se entenderá renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente si se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre la viuda y los herederos legítimos por mitad ó á prorata, deberá tener presente el contador lo que se dijo en dicho cap. 10 tít. 2 lib. 1, desde el párrafo 24 hasta el 32 inclusive.

15. Para hacer la division de los gananciales entre hijos de dos ó mas matrimonios, ó entre la muger última y entre los de la anterior, de que hablé algo en el capítulo 4 de este título, desde el párrafo 12 hasta el 17, son precisos dos inventarios, porque realmente son dos liquidaciones y divisiones de diversas herencias: una del primer matrimonio por lo respectivo á la dote de la muger primera si la llevó, bienes que miéntras duró haya heredado por *testamento* y *abintestato*, ó la hayan donado, arras que su marido la haya ofrecido, gananciales que ambos hubiesen adquirido, y legado del quinto ú otro si lo hizo á su marido; y otra del segundo tal vez por iguales derechos. Si hubo mas matrimonios, y existen hijos de todos, mas inventarios y liquidaciones habrá que hacer; y para evitar confusion procuraré explicarlo todo.

16. Constando por los correspondientes inventarios y documentos, ó por probanzas, convenio y confesion de los interesados, qué bienes llevaron ó no el marido y sus mugeres á sus matrimonios, y los que heredaron y ganaron durante su respectiva sociedad, ó su importe, y existiendo caudal para cubrir su total; ninguna dificultad hay en hacer la particion, teniendo presentes para la deduccion de la dote y demas haber de la muger segunda los cuatro casos propuestos en los referidos párrafos 14 hasta el 17, porque lo mismo es partir con ella y con los hijos de la primera que con los de ambas; pues aplicando á los de cada una con arreglo á sus disposiciones el respectivo haber materno por dote, gananciales y demas derechos; deducidos previamente los gastos de sus funerales, entierros, misas y legados que hayan hecho, lo que quede perteneciente al padre comun, se debe dividir entre ellos con igualdad, en caso que á ninguno haya mejorado ó hecho legado, ya haya llevado ó no capital suyo á sus matrimonios y adquirido mas gananciales en uno que en otro, ó todos en el uno y ningunos en el otro. La razon es porque como sus hijos estan reintegrados de la parte de sus madres, y hasta que su padre muere, nada se les debe de legítima paterna, ni tampoco la hay, no se debe hacer mérito, ni atender por lo concerniente á esta al matrimonio en que los adquirió, ni á otra cosa sino á que son bienes que su padre dejó, y que todos son sus herederos con igualdad, ó segun su voluntad arreglada á la ley.

17. Pero no debe perder de vista el contador para graduar el haber paterno, la obligacion y derecho de reserva, de que traté en el capítulo 24 título 2 libro 2, en caso de que la muger primera haya hecho legado del quinto ó de otra cosa ó cantidad á su marido; pues entónces, como por haberse vuelto á casar este perdió su propiedad, y solo le tocó y tuvo el usufruto, debe volver á restituir su importe líquido, y los bienes en que se lo consignó, si existen, á los hijos de ellas: á cuyo fin, si es legado de cosa específica ó de cantidad determinada, se separará y se les aplicará; y si es del quinto, se deducirán de él los gastos de su funeral, misas, entierro, mandas, pias y graciosas, ó su importe; porque este no entró en su poder, y el residuo líquido será para los mismos hijos, y nada para los habidos en la segunda.

18. No procederá esto para con el legado que simplemente le haya hecho la muger segunda, pues se dividirá entre los hijos de ambos matrimonios, porque por haberse conservado viudo, lo hizo suyo como si de otra parte lo hubiera adquirido, y no incurrió en la pena de reservacion; lo que debe tenerse presente, no solo para el caso de que el muerto haya dejado al sobreviviente algun legado, teniendo hijos, sino para el de que le haya hecho donacion en sanidad, ó haya heredado despues por *testamento* ó *abintestato* á uno ó mas hijos.

19. No constando qué bienes llevaron al matrimonio el marido y su primera muger, pero sí los que quedaron por muerte de esta, todos se reputan gananciales, como queda dicho, y así se deben dividir por mitad entre ambos; y aunque el marido ningunos haya llevado al segundo matrimonio, se ha de aplicar á los hijos del primero la mitad de aquellos (hechas de ella las deducciones referidas), por ser perteneciente á su madre, observándose para no perjudicar á la segunda ni á los suyos en su dote, gananciales y demas derechos, lo explicado en el citado capítulo 4 de este título, párrafo 15.

20. Si llevó dote, pero no consta qué bienes quedaron cuando falleció, entónces de cualesquiera que á su marido toquen privativamente por razon de capital ó gananciales, ganados en el matrimonio segundo, se satisfará á los hijos de la primera todo lo que en legal forma acreditaren corresponderla por dote, arras y demas derechos; y el resto de ellos, si los hubiere, se dividirá entre todos los hijos de ambos matrimonios, separando primero la dote y demas que á la segunda toque por los suyos.

21. Aunque los hijos del primer matrimonio pretendan gananciales suponiendo haberlos habido en él, no llevarán ninguno si no es que prueben plena y concluyentemente cuáles y cuántos son, y que

existian al tiempo que murió su madre; porque el que se afianza en la cualidad del tiempo debe probarla como fundamento de su intencion; y sin embargo de que hagan constar que durante dicho matrimonio se compró y adquirió alguna heredad, viña ú otra cosa, no es suficiente esta prueba para que se les abone la mitad de su valor aunque existan, y su padre las lleve al segundo, ni para que se estimen por bienes multiplicados en vida de su madre; porque pudieron haberse comprado con el dinero dotal de esta, ó del capital de aquel, ó haber enagenado algunos suyos de otra especie á dicho fin, como sucede muchas veces; por lo que se conceptuarán fondo de la sociedad primera, y no gananciales de ella: de suerte que para que en caso de existir, se reputen multiplicados en el primer matrimonio, es preciso hagan ver claramente que cuando su madre murió habia ademas bienes bastantes para cubrir todo lo que esta y su padre llevaron á su matrimonio, y las deudas contraidas en él[1].

22. No acreditándose suficientemente en qué matrimonio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, ni los que este lucró miéntras estuvo viudo, se dividirán igualmente entre los hijos de ambos si no mejoró á alguno; y aunque varios autores[2] dicen que se deben dividir á prorata de lo que duró cada matrimonio, lo cual parece equitativo, no me adhiero á su opinion, porque en el poco tiempo de uno se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otro pocos ó ningunos, ó haberse consumido los adquiridos en el anterior, como se experimenta cada dia, segun los negocios, proporciones, gastos, aplicacion, economía y prosperidad ó adversidad que hubiesen tenido, mayormente cuando el padre pudo haberlos gastado todos, pues hasta que muere, ningun hijo tiene derecho á exigir su legítima paterna, ni mas que una probable esperanza de obtenerla, y entónces todos deben ser iguales no habiendo mejora, sin deberse atender al tiempo que duró cada matrimonio, é inferir que adquirió en él los bienes que dejó, sino solamente á cuántos y á que todos son suyos (*). De lo contrario, si v. gr. en el primer matrimonio los habia adquirido todos, nada deberian participar los hijos del segundo, siendo hijos suyos como los otros, y segun la regla del prorateo quedarian privados de su legítima, ó

1 Ayor. *De partit.* part. 3 q. 13 n. fin.
2 Escobar. comput. 9 y otros que cita.
(*) Nada hace al propósito que se acredite ó no lo expuesto, cuando los hijos de dos matrimonios tratan de suceder al padre comun, pues respecto de este es lo mismo que si todos lo fueran de una sola madre; y así Febrero padeció una notable equivocacion. Escobar, á quien cita, solo propone el caso de que habla Febrero en el párrafo siguiente: el caso en que los hijos de dos matrimonios piden como herederos de sus madres los gananciales que les corresponden, cuando no consta cuántos se adquirieron en el primero, y cuántos en el segundo matrimonio; y es de parecer que deben dividirse entre dichos hijos á prorata del tiempo que duró cada uno, y á proporcion de la dote (y demas bienes añado yo) de cada muger: cuya opinion me parece razonable, aunque merece atenderse lo que dice Febrero, núm. cit. *Febrero reformado.*

perjudicados, lo cual era suponer en el padre la obligacion de reservarlos para los de cada uno, y no poder usar libremente de los que en cada matrimonio ó estando viudo habia adquirido; obligacion que ninguna ley le impone, ni le prohibe su uso como dueño de todos.

23. Pero si habiéndose casado el marido, v. gr. dos veces, no formalizó particion, ni aun descripcion de bienes por muerte de la primera muger, de modo que se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios, para dividir entre los hijos de ambos los que tocaron á cada una de sus madres, caso á la verdad que difícilmente puede ofrecerse, es necesario recurrir á pruebas, ó en su defecto á conjeturas prudentes; y así el partidor procurará avenir á los interesados, y si no quisieren, y por escrituras ú otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los existentes, los estimará por gananciales respectivos de ambos, y aplicará á los hijos de cada uno, como adquiridos en tiempo de sus madres, y con arreglo á sus últimas disposiciones, la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca á su padre, en la cual todos son interesados igual é indistintamente. si no mejoró á ninguno. Si nada resultare, se ha de tener en consideracion qué tiempo estuvo casado con cada muger; qué negocios manejó, y que utilidades ó pérdidas tuvo; qué conducta era la de sus mugeres, pues unas disipan los caudales, y otras los conservan ó aumentan; qué enfermedades y contratiempos le sobrevinieron á él ó á sus mugeres, hijos ó hacienda (pues mucho de esto se podrá probar), y hecho un cómputo imparcial y prudente, llamará á los interesados para manifestárselo é instruirles de todo lo que tuvo presente para hacerle. Y si á pesar de esto no se avinieren, lo consultará al juez para que oyéndolos en forma, resuelva y le prescriba reglas fijas que le sirvan de norte y pauta para girar la cuenta, con arreglo á las cuales ha de proceder sin mezclarse en hacer oficio de juez: pues siempre que le ocurra duda que no pueda resolver acerca de los gananciales ó de algun otro particular, y los interesados no se convengan, debe proponérsela para dicho efecto, haya ó no menores. Lo que se ha expuesto en órden á los hijos de dos matrimonios, milita en los de tres ó mas, sea por muerte del padre ó madre comun, segun los casos ocurran.

24. En el mismo capítulo 8 se expresaron los casos en que no se comunican los gananciales, ó pierden los consortes el derecho de percibirlos, y ahora se añadirán algunas observaciones para gobierno del contador. Allí se dijo que cuando uno de los cónyuges comete delito de lesa magestad, nada percibirá de la mitad de gananciales que á no haberle cometido le tocaria. Esta pena solo alcanza al perpetrador del crímen, y de ningun modo al otro consorte, quien no pierde su mitad de gananciales ni los demas bienes suyos[1], en cuya atencion, aun cuando por el delito no se confisquen los bienes, si se condena al agresor en alguna pena pecuniaria, deberá descontársele de su mitad, y aplicarse otro tanto como importe al otro consorte, porque el daño que se causa por dolo ó culpa de uno de los socios no debe tocar á los consocios[2].

25. Tambien se dijo que cuando marido y muger se separan recíprocamente con legítima dispensa, cada uno hace suyo privativamente lo que adquiere despues de la separacion, como tambien cuando voluntariamente se separan votando castidad, y cuando por impotencia ú otro motivo se declara nulo el matrimonio; pero en todos estos casos se deben partir los gananciales adquiridos hasta que se declaró la separacion ó nulidad, porque hasta entónces hubo matrimonio y sociedad legítima entre ellos, y los adquirieron como marido y muger.

26. Aunque es constante que cuando la muger se separa del marido por excesivo rigor de este, se la debe restituir no solo su dote, sino tambien la mitad de los gananciales adquiridos ántes de su separacion, como se dijo en dicho capítulo 8 párrafo 43, se duda si tendrá derecho á los ganados despues de aquella A primera vista parece que no, porque la separacion se hizo á su instancia aunque el marido diese motivo para ella; y por el hecho de no haber querido vivir con él, es visto que tampoco quiso participar de los gananciales. Pero no obstante, la opinion mas comun y segura es que deberá llevar la mitad de los adquiridos posteriormente, pues seria injusto que la muger separada sin delito de su marido y por culpa de este fuese privada del beneficio que la ley le concede, y que la perjudicase su inocencia, sacando por el contrario el marido utilidad de su crímen[3]. Lo mismo procede cuando la muger dió causa al divorcio, pues ambos son correlativos, y lo que se diga del uno ha de decirse de la otra habiendo igual razon.

27. Asimismo se dijo en el indicado capítulo 10 párrafo 35, que cuando la viuda vive escandalosamente pierde los gananciales, que debe restituir á los herederos de su marido; mas no comprende á este la dicha pena de restitucion por su vida licenciosa, en razon de que la deshonestidad no es tan vituperable ni ofensiva en un hombre como en una muger[4]; por lo cual la casada no puede acusar de adúltero á su marido.

28. Otra de las causas por que puede perder la muger el derecho

1 LL. 10 y 11 tit. 4 lib. 10 N. R.
2 LL. 7 y 13 tit. 10 part. 5.
3 Gom. ley 12 de Toro n. 15. Covar. *In epi. tom. de sopons.* part. 2 cap. 7 § 1 n. 6.
4 L. 1 tit. 17 part. 7.

á la mitad de gananciales es por renunciarlos voluntariamente, segun se dijo en el capítulo 8, tantas veces citado, párrafo 35 al 39, en cuyo caso no estará obligada á pagar los deudas del matrimonio; pero si los acepta, y porque advierte luego que no son suficientes para su solucion los renuncia, estará sin embargo obligada á satisfacerlas, pues no se puede apartar del contrato que celebró, mediante á que así los herederos como los acreedores adquirieron derecho á su observancia; aunque si la muger es menor al tiempo de la aceptacion gozará del beneficio de la restitucion[1]. Pero no es esto tan cierto que no haya quien lleve lo contrario, fundándose en que por la mera aceptacion no es visto haberse obligado á dicha satisfaccion mas que en cuanto alcancen los gananciales, y sí únicamente prestado su consentimiento para su admision, si los hubiese; y en que como por la ley solo está obligada á pagar las expresadas deudas cuando quiere percibirlos, no percibiéndolos queda libre, si no es que al tiempo de admitirlos se obligue, ó despues de viuda contraiga expresamente con los acreedores[2].

29. En el párrafo 29 del citado capítulo 10 se dijo que la muger casada durante el matrimonio tiene el dominio y posesion, aunque revocable, de la mitad de los gananciales[3], y que por fallecimiento de su marido se hace dueña absoluta en posesion y propiedad de ella. Pero se duda si la muger, disuelto el matrimonio, podrá repetir y cobrar de los deudores y terceros poseedores, sin cesion del marido ó de sus herederos, la mitad de los gananciales y créditos que le toca. Algunos autores[4] dicen que si se hace mencion juntamente con el marido en el instrumento ó contrato, puede hacerlo; mas no de lo contrario, porque en la sociedad universal ó de todos los bienes no se transfieren los derechos sin la cesion. Pero otros[5], con cuyo parecer me conformo, dicen que no es necesaria la cesion, hágase ó no mencion de la muger en el instrumento, y sean los bienes muebles, raices, derechos, deudas y acciones: lo primero, porque si se hace dueña absoluta de la parte que le corresponde, luego que muere su marido, es superfluo que pida lo que tiene y el derecho le concede; pues por su mitad le competen todos los interdictos ó remedios posesorios: lo segundo, porque cuando la ley divide algo entre varios, no es

1 Gutier. lib. 4 *Pract.* q. 68.
2 Ayor. cap. 8 cit. n. 17.
3 El reformador del Febrero impugna la distincion que hace el autor entre el dominio de la muger y el del marido en los gananciales durante el matrimonio, diciendo que tan irrevocable es el del uno como el del otro; pero lo cierto es que mientras dura el matrimonio, el marido puede trocar, vender y enagenar los gananciales (no siendo los bienes castrenses ó cuasicastrenses, ni procediendo con ánimo de defraudar á la muger); la cual no tiene estas facultades hasta que muere el marido, y puede disponer de su mitad: por consiguiente hay diferencia entre el dominio de uno y otro.
4 Avendañ. *respons.* 20 n. 3. Gutierr. lib. 2. *Pract.* q. 118 ns. 15 y 16.
5 Acev. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. ns. 19, 20 y 21.

necesaria la mutua concesion de unos á otros; y así el uno sin la del otro puede pedir su parte: lo tercero, porque al modo que el socio puede denunciar por su parte la obra nueva, si lo hace á nombre de los consocios, dando la competente caucion[1], podrá exigir tambien los débitos sin cesion: lo cuarto, porque la sociedad convencional se diferencia en muchos casos de la conyugal, como dije en el lib. 1 tit. 2 cap. 8 par. 25; y lo quinto, porque segun una ley de Partida[2], lo que un socio adquiere en la compañía universal se comunica á los demas sin cesion; y siéndolo, como lo es, la conyugal en cuanto al lucro, se debe comunicar tambien sin ella.

30. Aunque el marido puede enagenar durante el matrimonio los bienes gananciales, segun se dijo en el párrafo 20 del cap. 8 tit. 2 lib. 1; sin embargo, probando la muger y sus herederos haberlos enagenado con ánimo de defraudarla, si la enagenacion fuere de cosas que consisten en número, peso ó medida, ó de otros muebles que no existen, deberá el marido ó su heredero satisfacerle su parte de su propio patrimonio, ó imputársela en la suya de gananciales: si hecha excusion en sus bienes, no quedare la muger reintegrada, podrá usar de la accion revocatoria contra el poseedor de ellos, como hecha en fraude suyo; y si la enagenacion fué de cosa que existe, podrá usar tambien de la misma accion su poseedor si hacer la excusion[3].

31. Estan discordes los autores sobre si donando el marido, ó consumiendo los gananciales en juegos ó en otros vicios, tendrá accion la muger contra sus bienes por la mitad de la parte que donó ó disipó. Unos afirman que cesante el dolo expuesto puede enagenarlos, sin que la muger tenga recurso por su mitad[4]: lo primero, porque esta palabra enagenar es tan amplia y general, que comprende todos los contratos, distractos y actos por los cuales se transfieren el dominio útil y el directo[5]: lo segundo porque la ley habla generalmente, sin distinguir si la enagenacion ha de ser por venta, donacion ú otro título oneroso ó lucrativo, y por lo mismo se comprende en ella la donacion, pues la ley se debe entender segun está escrita, sin distincion alguna; y lo tercero (omitiendo otras razones poderosas), porque dicha ley es posterior á las del Fuero, que conceden á la muger la mitad de gananciales, y las corrige; y así en consideracion á que el marido es el que los adquiere (pues las mugeres apénas se pueden mantener decentemente con su honesto trabajo, como lo vemos), le confiere amplias facultades para enagenarlos por cualquier título, sin licencia de su muger como dueño.

32. Otros autores, fundados en la mera y libre administracion

1 L. 2 tit. 32 part. 3 y su gl. 5.
2 L. 6 tit. 10 part. 5.
3 Gom. dicha ley n. 74.
4 Gom. lugar cit. n. 73. Ayor. part. 2 q. 41 n. 46.
5 L. 1 tit. 14 part. 1.

que conceden al marido, son enteramente de contrario sentir en cuanto á hacer donacion de los gananciales; porque el donar es perder y desfalcar el patrimonio, y en la administracion general concedida al marido por la ley con facultad de enagenar, no es visto habérsele dado la de donar; y así no lo puede hacer el que la tiene, á ménos que especialmente se le conceda[1]. Mas tocante á la disipacion en juégos ú otros vicios, no son de opuesto dictámen, porque no lo hace con dolo; fuera de que por evitar discordias y litigios suele no hacerse mérito de ello [2].

33. Y otros conciliando las opiniones y eligiendo un medio, dicen que siendo pequeña la donacion, y hecha por causa justa á parientes, criados ó amigos, valdrá; mas no si es inmoderada, y no hay causa legítima para hacerla, ó si es tal que arruine el patrimonio, ó le desfalque considerablemente[3] (*). Esta opinion, como mas razonable que la negativa, es la que me parece debe seguirse, pues no priva al marido de lo que es suyo, en cuanto se le permite á cualquiera persona prudente; porque aunque cada uno como dueño puede disponer de sus bienes á su voluntad, conviene al estado que no abuse enormemente de esta facultad, y así estan prohibidas justamente la prodigalidad y disipacion[4]. En este concepto se debe entender la afirmativa, dejando al prudente arbitrio del juez (consideradas las circunstancias de la donacion y donatario, la causa para hacerla y el caudal del donante) el regular y moderar aquella, pues de lo pequeño no se debe hacer mérito (**).

34. Cuando no se hizo ningun pacto acerca de los gananciales, se debe tener presente para su division la costumbre del pueblo en que se contrajo el matrimonio[5], con tal que esten en el término del mismo pueblo los bienes que se han de partir; pues no hallándose en él, se ha de estar á la de aquel en que se domiciliaren; y así para participar la muger de la mitad de los que estan en el pueblo de su domicilio, no es menester pactarlo cuando se casa, si allí se comunican los que se lucran, aunque nada se hable de ellos, y se haya casado en donde no son comunicables: de modo que donde se acostumbrare dividir las ganancias allí existentes, se dividirán sin necesidad de pacto; y donde no hubiere tal costumbre, no, como en la ciudad de Córdoba, y en los lugares que comprende su obispado (***).

1 Molin. *De primog.* lib. 5 cap. 10 n. 6.
2 Rodrig. Suar. ley 1 tit. 3 lib. 3 del Fuero Real, vers. *Quaeritur circa hoc.*
3 Molin. lugar cit. desde el n. 65. Garcia *De conyugal, acquaest.* n. 148.
(*) De la donacion moderada y hecha con justo motivo no puede inferirse el ánimo de perjudicar á la muger, como de la excesiva y hecha sin causa legítima. *Febrero reformado.*
4 Matienzo ley 1 tit. 2 lib. 5 R. gl. 1.
(**) Esta sentencia media, que casi concilia la afirmativa y la negativa, es la que sin recelo deben adoptar los jueces y letrados, como mas conforme á razon; y Garcia asegura (*De conjug. aquaest.* n. 65) que la halla muy recibida entre nuestros intérpretes. *Febrero reformado.*
5 L. 24 tit. 11 part. 4.
(***) Esto era por una antigua costumbre ó corruptela; pero en el dia adquieren los gananciales las cordobesas como las demas casadas del reino. (Real provision de 16 de junio de 1801, comunicada en 6 de marzo de 1802, que segun circular de 14 de abril de 1804, comprende aun los matrimonios contraidos ántes de 28 de mayo de 1801, en que se publicó en el consejo dicha real provision, como no se hubiesen disuelto. Pueden verse la ley 13 y su nota, tit. 4 lib. 10 N. R.) Hé aquí el principal fundamento de tan sabia determinacion. Dicha costumbre era injusta y perjudicial al matrimonio: injusta, porque deja sin premio el mérito de las mugeres virtuosas que han cumplido con la obligacion de acrecentar el patrimonio de la familia de que son un agente principal; y perjudicial, porque fomenta la innaccion y el aborrecimiento de los cuidados domésticos, de la economía y prosperidad de las casas cuyo gobierno tienen á su cargo. *Febrero reformado.*
1 Véase el lib. 2 tit. 3 cap. 2 § 16 y sus notas, donde se trató con extension de este punto.
2 Ayor. part. 1 cap. 10.

CAPITULO IX.

Division de las mejoras hechas por los cónyuges en sus bienes libres y vinculados.

1 Las fortalezas ó edificios que hiciere el marido en los pueblos y heredamientos de su mayorazgo, como tambien los reparos y mejoras ejecutadas en ellos, son del propio mayorazgo, y no se consideran como gananciales.
2 y 3 Las mejoras hechas en los bienes libres de marido y muger deben dividirse: ¿y de qué modo?
4 ¿Si tendrá el marido accion para repetir los gastos hechos en las fincas dotales no estimadas?
5 Si hay bienes para cubrir la dote y el capital del marido, y á mas de esto resultan por gananciales los gastos *necesarios y útiles* hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos.
6 y 7 Modo de dividir estas mejoras que se consideran como gananciales.
8 Mejorando el marido los bienes dotales, si manda en su testamento que sus herederos entreguen libremente á su consorte lo que llevó á su poder, sin mas expresion, y hubiere ademas frutos pendientes en ellos, ¿deberán en virtud de esta cláusula entregárselos con los frutos; ó estos y las mejoras habrán de inventariarse y dividirse como gananciales?
9 y 10 Así como el marido puede repetir los gastos útiles y necesarios hechos en las fincas dotales de su muger, ¿podrá practicar lo propio con los que haga en curarla de sus enfermedades y en su funeral?

1. Si el marido hiciere fortalezas en las ciudades, villas y lugares y heredamientos de su mayorazgo: cercas en dichas ciudades y villas: mejoras y reparos en ellas, en sus edificios y en sus casas, son propias del mismo mayorazgo, y en todo debe suceder el llamado, sin estar obligado á dar parte alguna de su valor á la muger, hijos, herederos ni sucesores del que los hizo[1]; así que, las mejoras hechas por el poseedor en algunas fincas de dicho mayorazgo, no se compensarán con los deterioros causados en otras, porque lo voluntario no se compensa con lo preciso y obligatorio.

2. Tratándose de bienes libres de marido y muger mejorados en su matrimonio, dice Ayora[2] que si consisten en tierras que se plantaron de viñas, se dividirán, aplicando en ellas á su dueño el valor

que conceden al marido, son enteramente de contrario sentir en cuanto á hacer donacion de los gananciales; porque el donar es perder y desfalcar el patrimonio, y en la administracion general concedida al marido por la ley con facultad de enagenar, no es visto habérsele dado la de donar; y así no lo puede hacer el que la tiene, á ménos que especialmente se le conceda[1]. Mas tocante á la disipacion en juégos ú otros vicios, no son de opuesto dictámen, porque no lo hace con dolo; fuera de que por evitar discordias y litigios suele no hacerse mérito de ello [2].

33. Y otros conciliando las opiniones y eligiendo un medio, dicen que siendo pequeña la donacion, y hecha por causa justa á parientes, criados ó amigos, valdrá; mas no si es inmoderada, y no hay causa legítima para hacerla, ó si es tal que arruine el patrimonio, ó le desfalque considerablemente[3] (*). Esta opinion, como mas razonable que la negativa, es la que me parece debe seguirse, pues no priva al marido de lo que es suyo, en cuanto se le permite á cualquiera persona prudente; porque aunque cada uno como dueño puede disponer de sus bienes á su voluntad, conviene al estado que no abuse enormemente de esta facultad, y así estan prohibidas justamente la prodigalidad y disipacion[4]. En este concepto se debe entender la afirmativa, dejando al prudente arbitrio del juez (consideradas las circunstancias de la donacion y donatario, la causa para hacerla y el caudal del donante) el regular y moderar aquella, pues de lo pequeño no se debe hacer mérito (**).

34. Cuando no se hizo ningun pacto acerca de los gananciales, se debe tener presente para su division la costumbre del pueblo en que se contrajo el matrimonio[5], con tal que esten en el término del mismo pueblo los bienes que se han de partir; pues no hallándose en él, se ha de estar á la de aquel en que se domiciliaren; y así para participar la muger de la mitad de los que estan en el pueblo de su domicilio, no es menester pactarlo cuando se casa, si allí se comunican los que se lucran, aunque nada se hable de ellos, y se haya casado en donde no son comunicables: de modo que donde se acostumbrare dividir las ganancias allí existentes, se dividirán sin necesidad de pacto; y donde no hubiere tal costumbre, no, como en la ciudad de Córdoba, y en los lugares que comprende su obispado (***).

1 Molin. *De primog.* lib. 5 cap. 10 n. 6.
2 Rodrig. Suar. ley 1 tit. 3 lib. 3 del Fuero Real, vers. *Quaeritur circa hoc.*
3 Molin. lugar cit. desde el n. 65. Garcia *De conyugal, acquaest.* n. 148.
(*) De la donacion moderada y hecha con justo motivo no puede inferirse el ánimo de perjudicar á la muger, como de la excesiva y hecha sin causa legítima. *Febrero reformado.*
4 Matienzo ley 1 tit. 2 lib. 5 R. gl. 1.
(**) Esta sentencia media, que casi concilia la afirmativa y la negativa, es la que sin recelo deben adoptar los jueces y letrados, como mas conforme á razon; y Garcia asegura (*De conjug. aquaest.* n. 65) que la halla muy recibida entre nuestros intérpretes. *Febrero reformado.*
5 L. 24 tit. 11 part. 4.
(***) Esto era por una antigua costumbre ó corruptela; pero en el dia adquieren los gananciales las cordobesas como las demas casadas del reino. (Real provision de 16 de junio de 1801, comunicada en 6 de marzo de 1802, que segun circular de 14 de abril de 1804, comprende aun los matrimonios contraidos ántes de 28 de mayo de 1801, en que se publicó en el consejo dicha real provision, como no se hubiesen disuelto. Pueden verse la ley 13 y su nota, tit. 4 lib. 10 N. R.) Hé aquí el principal fundamento de tan sabia determinacion. Dicha costumbre era injusta y perjudicial al matrimonio: injusta, porque deja sin premio el mérito de las mugeres virtuosas que han cumplido con la obligacion de acrecentar el patrimonio de la familia de que son un agente principal; y perjudicial, porque fomenta la innaccion y el aborrecimiento de los cuidados domésticos, de la economía y prosperidad de las casas cuyo gobierno tienen á su cargo. *Febrero reformado.*
1 Véase el lib. 2 tit. 3 cap. 2 § 16 y sus notas, donde se trató con extension de este punto.
2 Ayor. part. 1 cap. 10.

CAPITULO IX.

Division de las mejoras hechas por los cónyuges en sus bienes libres y vinculados.

1 Las fortalezas ó edificios que hiciere el marido en los pueblos y heredamientos de su mayorazgo, como tambien los reparos y mejoras ejecutadas en ellos, son del propio mayorazgo, y no se consideran como gananciales.
2 y 3 Las mejoras hechas en los bienes libres de marido y muger deben dividirse: ¿y de qué modo?
4 ¿Si tendrá el marido accion para repetir los gastos hechos en las fincas dotales no estimadas?
5 Si hay bienes para cubrir la dote y el capital del marido, y á mas de esto resultan por gananciales los gastos *necesarios y útiles* hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos.
6 y 7 Modo de dividir estas mejoras que se consideran como gananciales.
8 Mejorando el marido los bienes dotales, si manda en su testamento que sus herederos entreguen libremente á su consorte lo que llevó á su poder, sin mas expresion, y hubiere ademas frutos pendientes en ellos, ¿deberán en virtud de esta cláusula entregárselos con los frutos; ó estos y las mejoras habrán de inventariarse y dividirse como gananciales?
9 y 10 Así como el marido puede repetir los gastos útiles y necesarios hechos en las fincas dotales de su muger, ¿podrá practicar lo propio con los que haga en curarla de sus enfermedades y en su funeral?

1. Si el marido hiciere fortalezas en las ciudades, villas y lugares y heredamientos de su mayorazgo: cercas en dichas ciudades y villas: mejoras y reparos en ellas, en sus edificios y en sus casas, son propias del mismo mayorazgo, y en todo debe suceder el llamado, sin estar obligado á dar parte alguna de su valor á la muger, hijos, herederos ni sucesores del que los hizo[1]; así que, las mejoras hechas por el poseedor en algunas fincas de dicho mayorazgo, no se compensarán con los deterioros causados en otras, porque lo voluntario no se compensa con lo preciso y obligatorio.

2. Tratándose de bienes libres de marido y muger mejorados en su matrimonio, dice Ayora[2] que si consisten en tierras que se plantaron de viñas, se dividirán, aplicando en ellas á su dueño el valor

que tenian ántes, y partiendo el mayor que con las mejoras tengan, entre él ylos herederos del otro: v. gr. valia ciento la tierra, y con las viñas vale docientos: llevará el dueño ciento y cincuenta, los ciento por el valor de la tierra, y los cincuenta por mitad de mejoras, como gananciales; y los herederos del otro los cincuenta restantes, tambien en concepto de mejoras, y se amojonará y dividirá la viña. Si es casa, molino ó otro edificio, se aplicará íntegro con el costo de lo fabricado ó mejorado al dueño del suelo en que se hizo, quien, si no le cabe por su mitad de gananciales todo el valor expendido en las mejoras, dará á los otros interesados el exceso en dinero; previniendo que en todo evento se ha de atender á lo que costaron, que es lo que salió del caudal comun, y no á lo que valen al tiempo de la particion, ya sea mas ó ménos. La razon de diferencia en practicar así esta division consiste en que la viña la tiene cómoda, y la casa ó edificio no; y en apoyo de este dictámen se citan las leyes 3 y 9 tit. 4 lib. 3 del Ordenamiento real.

3. Pero si no me engaño se ha equivocado Ayora en la inteligencia de las referidas leyes, pues en mi concepto disponen lo mismo (aunque por diverso estilo) en un caso que en otro en cuanto á la propiedad del fundo, como se reconoce de su contexto; pues la ley 3 dice: *Cuando el marido é la muger ponen viña en tierra que sea de cualquier de ellos, é muriere el uno dellos, cuya fuera la tierra, tome el terrazgo, segun ponen otras viñas en aquel lugar, y el vino pártalo con los fijos del muerto, ó con sus herederos si fijos no hubiere: y esto mismo sea de otras labores cualesquiera que se ficieren en el solar del uno dellos:* y la ley 9 dice: *Si el marido ó la muger facen casa en tierra que sea del marido ó de la muger, é muriere el uno dellos, cuya fuere la raiz, de la meitad de la preciadura á quien heredare su buena, cuanto asmaren que cuesta la fechura, é finque cuya fuere la raiz con las cosas; é si cuya fuere la raiz muriere ante, otrosí los que heredaren su buena, den la meitad de la apreciadura, así como dicho es: é otrosí mandamos que esto mesmo sea de los molinos é de los fornos.* Segun el espíritu de estas leyes, aunque concebidas en estilo diferente, entiendo que ya sea viña, olivar, casa, horno, molino, huerta plantada de arboles, ú otras cosas hechas en el solar de uno de los cónyuges, debe el dueño del suelo llevarlo todo, pagando la mitad del costo de mejoras á los herederos del otro: lo primero, porque este carece de título para pretender parte del fundo; y así se cumple con darle lo que en la mitad de mejoras se invirtió, y á no haberse invertido, existiria en dinero ó en otra especie: lo segundo, porque la ley 3 dice: que el dueño de la tierra tome el terrazgo y parta el vino con los herederos del muerto; esto es decir, que lleve la heredad (como que es suya) y la mitad de las cepas, y satisfaga al cónyuge la otra mitad de

estas; pues á no ser este su espíritu, madaría que los dos partiesen la tierra á proporcion con las cepas ó vino, y no que el dueño tomase el terrazgo y partiese el vino con los herederos del muerto; y si no quiere decir esto, ¿qué es *tomar el terrazgo* sino llevarlo? No alcanzo que sea otra cosa; porque llevar la tierra, y dar parte de ella al otro, implica, pues ya no se verifica llevar sino parte, y las cepas sin tierra no sirven para fructificar sino para el fuego. Por otra parte, aunque la ley mandara clara y expresamente lo contrario, era preciso probar que estaba en uso, y entónces solo en el pueblo en que lo estuviese deberia observarse, porque segun la 1.ª de Toro no tienen vigor de tales las del fuero, sino en donde y en lo que son usadas y guardadas; y así no me queda duda que se debe practicar la division en los términos propuestos, excepto que haya costumbre contraria, ó los interesados se convengan en lo que dice Ayora, ó no pueda hacerse de otro modo.

4. Haciendo el marido gastos necesarios en las fincas dotales no estimadas, v. gr. porque amenaza ruina la casa dotal sin su culpa; si la dote consiste en especie y cantidad juntamente, y no hubiere gananciales, se disminuye la dote en la cantidad de los gastos: quiero decir, que tanto ménos tendrá la muger que percibir en dinero del que llevó en dote, y su marido que restituirle, cuanto importen los gastos hechos en la casa. Si consiste solamente en especie, no la disminuyen; pero el marido puede retener por via de prenda la finca en que los hizo, hasta que se los pague su heredero, porque una vez que no hay gananciales, es visto haberlos hecho de su capital, y debe ser reintegrado por su muger, en cuyo beneficio se invirtieron, pues á no estar casada, tendria que buscar dinero para evitar la ruina, ó pereceria la finca, y mejor es usar de la retencion que de la accion; bien que Garcia[1] impugna la retencion de las dotales. Si los gastos son *útiles* (v. gr. si en la casa se aumentó algun cuarto, ó mejoró la habitacion), y hechos con consentimiento de la muger, ó siendo rica esta, aunque no lo prestase, los puede recuperar de ella el marido por la accion de *mandato*, ó como voluntario procurador[2]; pero si son *voluntarios* no tiene derecho á su repeticion, y sí únicamente á que la muger los quite de su finca, con tal que de quitarlos no se siga detrimento á esta, de modo que decaiga del estado que tenia cuando la llevó, pues si se le causa, no está obligado á ello, y los perderá el marido compensándolos con los frutos percibidos[3]. Tampoco tiene accion á repe-

1 *De expens.* cap. 13 n. 57, fundándose en la ley única. Cod. *De rei uxor. actione.* § *Sed nequae ob impensam.*
2 L. *Domum.* Cod. *De reivindicat.*
3 L. fin. tit. 11 part. 4. L. del ff. *De impens. in rebus dotalib. fact.* Gom. en la 50 de Toro n. 51. Garcia *De expens.* cap. 13 n. 49.

tir los gastos hechos en la recoleccion de frutos ó en su conservacion, excepto que restituya los mismos frutos[1].

5. Si hay bienes para cubrir la dote y capital del marido, y á mas de esto resultan por gananciales los gastos *necesarios y útiles* hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos, y el marido percibirá su parte en la forma expuesta en el párrafo anterior. Y aunque parece que este debe compensar su importe con sus frutos, y hacerlos de estos, no será así, porque los frutos le estan concedidos para soportar las cargas matrimoniales; por lo que solo está obligado á hacer de ellos los reparos menores que conduzcan á la conservacion de la finca, mas no los mayores que por caso fortuito acaecen y son precisos; pues estos, como que se hacen por la perpetua utilidad y subsistencia de la finca, son de cuenta de la muger, en quien permanece el dominio de ella, y el incremento ó decremento eventual es de su cuenta: y así le competen ademas de los frutos[2]; pues siempre que estos se perciben, no por derecho de posesion, sino de dominio, cesa su compensacion con las expensas y mejoras hechas en la cosa: es así que el marido las percibe por todos derechos; luego no debe compensarlos[3]. Es de notar que si el marido restituye toda la dote sin deducir las expensas referidas, hechas en los predios dotales, puede repetirlas como pagadas indebidamente y con error[4].

6. Mas para que el contador no se confunda en el modo de dividir estas mejoras que son gananciales, le instruiré con los ejemplos siguientes. Siendo útiles debe agregar el importe de su valor al caudal efectivo partible, como que son incremento verdadero de él, y no considerar la finca por el mero precio en que la muger la llevó, y aplicársela con ellas, ó por el todo de su tasa (la cual debe hacerse con distincion de lo que vale la finca sin ellas, y luego lo que ellas valen), dejando de entregarla otras cosas, y adjudicándolas á su marido en pago de su mitad: v. gr. vale la finca veinte mil reales, y las mejoras útiles hechas en ella diez mil, por lo que se tasó en treinta mil; y ademas hay de gananciales en otras cosas otros diez mil, que en todo componen cuarenta mil. En este caso se aplica á la muger su finca en los treinta mil: los veinte mil porque los valia, y los diez mil por las mejoras hechas en ella y mitad de gananciales que hay; y al marido se adjudican los bienes restantes ganados por la otra mitad. Si hubiere mas gananciales se la darán en otros bienes para complemento de su parte; pero si no

1 Garcia dicho cap. 13 n. 57.
2 L. fin. tit. 11 part. 4.
3 Glos. verb. *Superfluum*, al fin in leg. *Emptor.* ff. *De reivindicat.* Greg. Lop. en la ley 41 tit. 28 part. 3 gl. 5. Covar. lib. 1. *Var.* cap. 8 n. 4 al fin. Garcia dicho cap. 13 n. fin. Gom. en la ley 46 de Toro n. 3.
4 L. *Quod dicitur.* ff. *De impens. in reb. dotalib. fact.* Baez. *De decim.* cap. 11 n. 11. Gutier. *De tutel.* part. 3 cap. 20 n. 16.

hay mas gananciales que las mejoras, la muger pagará á su marido ó á sus herederos la mitad de estas en dinero, buscándolo si no lo tiene, ó retendrán aquellos la finca para su reintegro con sus frutos.

7. Si las mejoras son *necesarias* se ha de distinguir: ó hay mas gananciales que lo que importan, ó no. Si los hay, para que se pueda hacer pago al marido de su mitad, se pone su total por caudal, como si real y efectivamente existiera, y luego se hace la misma aplicacion que cuando son útiles, y al marido se adjudican los demas bienes. Si no hay mas gananciales, se aplica su mitad á la muger en el valor de la finca, y al marido la otra mitad en otra cosa dotal: v. gr. importan las mejoras diez mil, y la finca dotal vale veinte mil; se da á la muger por treinta mil: los veinte mil que valia, los cinco mil por su mitad de gananciales, y los otros cinco mil por la mitad que toca á su marido, y ella deja de tomar en otra cosa dotal; pero si no hay otra cosa dotal que se pueda adjudicar al marido en pago de su mitad de mejoras, entónces es preciso que la muger reintegre con dinero á su marido ó á sus herederos de su mitad, y en su defecto pueden retener estos la misma alhaja hasta que con sus frutos se hagan pago de lo que les toca; pues á no haber expendido su dinero en repararla, lo tendrá en especie, ó en otras cosas, y la muger hubiera perdido su finca dotal. Para graduar de mayores ó menores los gastos ó reparos hechos en las fincas dotales, se ha de atender al fin con que se ejecutaron, y á lo que en cada una expendió el marido, y no á lo que importan los hechos en repetidas ocasiones: por lo que si en una finca dotal hizo muchos en distintos años, ó en uno diversos en varias fincas, que juntos componen una suma crecidísima, se deberán reputar por menores todos, y compensarse con los frutos, sin embargo de la considerable cantidad á que unidos ascienden, porque cada reparo de por sí es de corta cantidad, y hecho únicamente para conservacion, uso y produccion de la finca, y no para su perpetua duracion y subsistencia; y aunque sumados importan mucho, no obsta, porque para su compensacion percibió muchos frutos de las fincas dotales, que está obligado á reparar y conservar con ellos, y nada expendió de su privativo caudal ni del adquirido de otra parte.

8. Mejorando el marido los bienes dotales, y mandando en su testamento *que sus herederos entreguen libremente á su muger los que llevó á su poder*, sin mas expresion; si estos bienes estan mejorados por aumentos hechos en ellos, ó por haberlos librado de las cargas á que estaban afectos, y á mas de esto hay frutos pendientes en ellos, ¿se duda si en virtud de esta cláusula deberán entregárselos con los frutos, ó si estos y las mejoras y cargas se deberán inventariar y poner por gananciales y dividirse? Parece que sin embargo de

la palabra *libremente*, se han poner por gananciales, como lucrados durante el matrimonio, y dividirse entre ambos cónyuges, respecto de no haber hecho mencion de las mejoras, cargas y frutos, mayormente sabiendo que estos estaban pendientes, y aquellos se habian hecho y redimido, y que todo es comunicable á entrambos, pues si hubiese querido beneficiar á su muger, lo hubiera expresado. Mas no obstante debe decirse lo contrario, con la distincion de que si los herederos no son forzosos, los ha de llevar íntegros la muger con los frutos pendientes, sin descuento de mejoras ni cargas, porque de todo es visto haber querido el testador hacer la donacion y legado, como pudo; y esto quiso decir el testador en la palabra libremente: y si son legítimos ó forzosos se le descontará solamente el exceso á lo que pudo disponer en beneficio de ellos, que es el quinto ó tercio: todo lo cual se entiende deducidas previamente sus deudas, pues hasta que se deducen no hay herencia. Si no mandó mas que restituirla la dote que llevó á su poder, podrán sus herederos descontarla, y cobrar el importe de las mejoras hechas en sus bienes dotales, porque es visto no haber querido legárselas ni beneficiarla con ellas.

9. Así como el marido puede repetir los gastos útiles y necesarios hechos en las fincas dotales de su muger, y retener estas hasta que se reintegre de aquellos, ¿podrá practicar lo propio con los que haga en curarla sus enfermedades y en su funeral? Para resolver esta cuestion respondo del modo siguiente: El marido, haya traido mucha, poca ó ninguna dote su muger, debe curarle sus enfermedades, sufriendo esta carga como una de las matrimoniales, porque es su compañera; recibe de ella servicios, obsequios y beneficios; se expuso á todo cuando se casó; y en fin, porque en el nombre de alimentos no solo se comprenden el vestido, la comida y habitacion, sino tambien las medicinas y todo lo que es necesario para vivir: por lo que carece de accion para repetir de su suegro los gastos que hizo en su curacion, y para retener el todo ó parte de la dote por via de compensacion de ellos, mayormente si él tuvo la culpa de las enfermedades. Sin embargo, dicen algunos autores, que no habiendo sido culpado, si la última que su muger padeció fué crónica, prolija y grave; no alcanzan los frutos de su dote, por ser tenue, para el reintegro de los gastos causados en ella, y el marido protesta que los hace con ánimo de exigirlos y no por piedad ni afecto conyugal, podrá hacerlo, y compensarlos con su dote en caso de no haber gananciales, á la manera que la madre que alimenta á su hijo, y protesta que no lo hace por afecto sino con intencion de cobrar de los herederos de su marido los alimentos que le da; y aun añaden que no es necesaria la protesta, por-

que la dote es patrimonio de la muger, y esta miéntras se halla enferma no sirve ni obsequia á su marido, el cual es deudor suyo, y jamas se presume que el deudor gasta con el ánimo de donar. Pero á pesar de estos fundamentos me inclino á lo contrario, que es lo que siempre he visto practicar, por las razones expuestas. Por otra parte, cuando el marido es pobre y la muger rica, debe alimentarle esta como socia conyugal.

10. Si la muger es pobre y su marido rico, debe por su honor enterrarla conforme á su calidad; pero teniendo dote no está obligado á ello, y puede exigir del padre ó persona á quien la ha de restituir, los gastos hechos en su funeral; pues una vez muerta su muger, no tiene que sufrir cargas de matrimonio que ya no hay; y si el padre es pobre, impútese á sí mismo el marido dichos gastos, puesto que los hizo sabiendo su pobreza.

CAPITULO X.

De la division de los frutos pendientes en los bienes de marido y muger, disuelto el matrimonio, sean libres ó vinculados, háyanlos llevado á este, ó adquirido durante él, uno de los dos consortes.

1 Lo que se ha dicho de ser comunicables los frutos, como gananciales, no solo se entiende de los percibidos, sino tambien de los que al tiempo del fallecimiento del consorte estan pendientes y manifiestos.

2 Acerca de los frutos no manifiestos, ¿qué distincion deberá hacerse?

3 Estando la tierra barbechada y no sembrada, cumple su dueño con dar al otro consorte la mitad de los barbechos, beneficio y gastos hechos hasta entónces, y hace suyos enteramente los frutos que luego nazcan en ella.

4 ¿Qué se observará si los frutos fueren de rebaños ó animales libres de cualquiera de los cónyuges?

5, 6 y 7 Si la muger hubiere llevado al matrimonio una finca ó mas con frutos á la vista, y muriere ántes que se recojan, ¿cómo habrá de hacerse la division de ellos?

8 Si el marido, ántes de contraer matrimonio, hubiere percibido frutos del predio de la esposa, aumentan estos su dote; pero si la hubiere vestido y mantenido miéntras se verificaba la boda, hará suyos los frutos percibidos.

9 ¿Qué deberá hacerse si el marido ó la muger hubieren llevado al matrimonio, ó heredado durante él alguna finca con frutos sazonados y próximos á su recoleccion?

10 Si los frutos estuviesen solo manifiestos en la finca que heredó el marido ó la muger durante el matrimonio, ¿qué deberá hacerse?

11 Si la heredad, sea de marido ó muger, estuviere arrendada, y al tiempo de fallecer su dueño, ó el otro consorte, tuviere frutos pendientes, sembrados y beneficiados á costa del arrendador, ¿qué deberá practicarse?

12 hasta el 15. ¿Cómo deberá hacerse la division cuando los frutos pendientes que se han de partir son

la palabra *libremente*, se han poner por gananciales, como lucrados durante el matrimonio, y dividirse entre ambos cónyuges, respecto de no haber hecho mencion de las mejoras, cargas y frutos, mayormente sabiendo que estos estaban pendientes, y aquellos se habian hecho y redimido, y que todo es comunicable á entrambos, pues si hubiese querido beneficiar á su muger, lo hubiera expresado. Mas no obstante debe decirse lo contrario, con la distincion de que si los herederos no son forzosos, los ha de llevar íntegros la muger con los frutos pendientes, sin descuento de mejoras ni cargas, porque de todo es visto haber querido el testador hacer la donacion y legado, como pudo; y esto quiso decir el testador en la palabra libremente: y si son legítimos ó forzosos se le descontará solamente el exceso á lo que pudo disponer en beneficio de ellos, que es el quinto ó tercio: todo lo cual se entiende deducidas previamente sus deudas, pues hasta que se deducen no hay herencia. Si no mandó mas que restituirla la dote que llevó á su poder, podrán sus herederos descontarla, y cobrar el importe de las mejoras hechas en sus bienes dotales, porque es visto no haber querido legárselas ni beneficiarla con ellas.

9. Así como el marido puede repetir los gastos útiles y necesarios hechos en las fincas dotales de su muger, y retener estas hasta que se reintegre de aquellos, ¿podrá practicar lo propio con los que haga en curarla sus enfermedades y en su funeral? Para resolver esta cuestion respondo del modo siguiente: El marido, haya traido mucha, poca ó ninguna dote su muger, debe curarle sus enfermedades, sufriendo esta carga como una de las matrimoniales, porque es su compañera; recibe de ella servicios, obsequios y beneficios; se expuso á todo cuando se casó; y en fin, porque en el nombre de alimentos no solo se comprenden el vestido, la comida y habitacion, sino tambien las medicinas y todo lo que es necesario para vivir: por lo que carece de accion para repetir de su suegro los gastos que hizo en su curacion, y para retener el todo ó parte de la dote por via de compensacion de ellos, mayormente si él tuvo la culpa de las enfermedades. Sin embargo, dicen algunos autores, que no habiendo sido culpado, si la última que su muger padeció fué crónica, prolija y grave; no alcanzan los frutos de su dote, por ser tenue, para el reintegro de los gastos causados en ella, y el marido protesta que los hace con ánimo de exigirlos y no por piedad ni afecto conyugal, podrá hacerlo, y compensarlos con su dote en caso de no haber gananciales, á la manera que la madre que alimenta á su hijo, y protesta que no lo hace por afecto sino con intencion de cobrar de los herederos de su marido los alimentos que le da; y aun añaden que no es necesaria la protesta, por-

que la dote es patrimonio de la muger, y esta miéntras se halla enferma no sirve ni obsequia á su marido, el cual es deudor suyo, y jamas se presume que el deudor gasta con el ánimo de donar. Pero á pesar de estos fundamentos me inclino á lo contrario, que es lo que siempre he visto practicar, por las razones expuestas. Por otra parte, cuando el marido es pobre y la muger rica, debe alimentarle esta como socia conyugal.

10. Si la muger es pobre y su marido rico, debe por su honor enterrarla conforme á su calidad; pero teniendo dote no está obligado á ello, y puede exigir del padre ó persona á quien la ha de restituir, los gastos hechos en su funeral; pues una vez muerta su muger, no tiene que sufrir cargas de matrimonio que ya no hay; y si el padre es pobre, impútese á sí mismo el marido dichos gastos, puesto que los hizo sabiendo su pobreza.

CAPITULO X.

De la division de los frutos pendientes en los bienes de marido y muger, disuelto el matrimonio, sean libres ó vinculados, háyanlos llevado á este, ó adquirido durante él, uno de los dos consortes.

1 Lo que se ha dicho de ser comunicables los frutos, como gananciales, no solo se entiende de los percibidos, sino tambien de los que al tiempo del fallecimiento del consorte estan pendientes y manifiestos.

2 Acerca de los frutos no manifiestos, ¿qué distincion deberá hacerse?

3 Estando la tierra barbechada y no sembrada, cumple su dueño con dar al otro consorte la mitad de los barbechos, beneficio y gastos hechos hasta entónces, y hace suyos enteramente los frutos que luego nazcan en ella.

4 ¿Qué se observará si los frutos fueren de rebaños ó animales libres de cualquiera de los cónyuges?

5, 6 y 7 Si la muger hubiere llevado al matrimonio una finca ó mas con frutos á la vista, y muriere ántes que se recojan, ¿cómo habrá de hacerse la division de ellos?

8 Si el marido, ántes de contraer matrimonio, hubiere percibido frutos del predio de la esposa, aumentan estos su dote; pero si la hubiere vestido y mantenido miéntras se verificaba la boda, hará suyos los frutos percibidos.

9 ¿Qué deberá hacerse si el marido ó la muger hubieren llevado al matrimonio, ó heredado durante él alguna finca con frutos sazonados y próximos á su recoleccion?

10 Si los frutos estuviesen solo manifiestos en la finca que heredó el marido ó la muger durante el matrimonio, ¿qué deberá hacerse?

11 Si la heredad, sea de marido ó muger, estuviere arrendada, y al tiempo de fallecer su dueño, ó el otro consorte, tuviere frutos pendientes, sembrados y beneficiados á costa del arrendador, ¿qué deberá practicarse?

12 hasta el 15. ¿Cómo deberá hacerse la division cuando los frutos pendientes que se han de partir son

de bienes vinculados ó de mayorazgo?

16 El marido no adquiere el tesoro que encuentre en la finca dotal.

17 ¿Qué deberá hacerse en órden á las canteras ó pedreras del fundo dotal?

1. Lo que se ha dicho repetidas veces de pertenecer por mitad al marido y muger los frutos[1] de los bienes de ambos, no habiendo renunciado los gananciales, no solo procede cuando muere alguno de los cónyuges, acabados de percibir, sino tambien cuando al tiempo de su fallecimiento estan manifiestos y pendientes en los bienes comunes ó en los libres propios del uno, aunque sean dotales, si el fundo es viña, huerta con árboles, olivar, monte alto, castañar ú otra finca que produce naturalmente sin cultivo ni industria. Así lo dispone la ley 10 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real que está en uso, y dice al principio: *Porque acaesce muchas veces que ante que los frutos son cogidos de las heredades, ó muriere el marido ó muriere la muger, establecemos que si los frutos parescen en la heredad á la sazon de la muerte, que se partan por medio entre el vivo é los herederos del muerto.*

2. Pero si los frutos no estan manifiestos en dicho tiempo, se ha de distinguir: siendo de árboles, viñas, olivos y otros semejantes, en que no es necesario hacer siembra para su produccion, pertenecen privativamente al dueño del fundo de los árboles, cepas, olivos ó cosas que los producen, segun lo ordena dicha ley del Fuero: *E si no aparecen, haya los frutos cuya fuere la raiz, é dé las misiones que fueren fechas en la labor al que la labró, y esto sea si la labor fuere viña ó árboles.* Y si fuere tierra y estuviere sembrada, se partirán por mitad los frutos que nazcan despues, aunque no esten manifiestos, como tambien lo dice la misma ley: *Cá si fuere tierra, é fuere sembrada, maguer que no aparezca el fruto á la sazon de la muerte, pártase por medio cuando ende hubiere.* La razon de diferencia consiste en que en los árboles, viñas, olivos, &c. obra mas la naturaleza que el trabajo é industria, y como el cónyuge no le tuvo, ó fué leve, no adquirió derecho á ellos, sino solamente á la mitad de gastos suplidos en ambos en caso de haberse hecho alguna labor; y en la tierra que se siembra, son indispensables industria, semilla y expensas para que fructifique, y como al tiempo de la muerte ya el cónyuge

1 Hay dos especies de frutos, unos se llaman propia y adecuadamente *naturales*, y son los que producen los predios rústicos, como tierras, viñas &c., sean ó no necesarios el trabajo y la industria para su produccion; y otros se llaman impropiamente frutos, y con propiedad *réditos* ó *rentas*, porque no son producidos naturalmente, y dependen de la convencion, industria y disposiciones humanas, como los fletes, los alquileres de casas, tabernas y otros predios urbanos, y de otras cosas que se arriendan y alquilan, y los reditos de juros, censos ú otros efectos, acciones y derechos semejantes.

habia puesto su trabajo, empleado su caudal, y hecho cuanto habia que hacer para la produccion, debe llevar la mitad de frutos, aunque no esten á la vista, y esperar para dividirlos á su recoleccion.

3. Estando la tierra barbechada y no sembrada, cumple su dueño en pagar al otro cónyuge la mitad de los barbechos, beneficio y gastos hechos hasta entónces, y hace suyos enteramente los frutos que luego siembre y nazcan en ella, segun lo manda asimismo la citada ley al fin: *E si no fuere sembrada é fuere barbecho, el que no ha nada en la heredad haya la meitad de las misiones* (expensas) *que fueren fechas en el barbecho.* Así que el importe de los barbechos se pone por caudal, se aplica su total al dueño del fundo en cuenta de su haber, y al otro se da otra cosa en pago de la mitad que le corresponde en ellos[1].

4. Si los frutos son de rebaños ó animales libres de cualquiera de los cónyuges, aunque la ley del Fuero nada habla acerca de ellos, se comunicarán como industriales, á entrambos en iguales términos por la misma razon, aun cuando no esten nacidos, si existen en los vientres de sus madres; pues para su produccion mas obran la solicitud, trabajo é industria, que la naturaleza[2]. En cuanto á la lana de rebaño ó cabaña lanar, si está próxima á esquilarse ó crecida, se expresarán los gastos de esquileo, y demas que se hagan en la manutencion del ganado despues de la muerte de uno de los cónyuges: se bajarán del caudal, y el residuo será lo líquido comunicable y partible entre ambos; y si la lana no está crecida en términos que se puede estimar justificadamente, cederá á beneficio del dueño de la cabaña, de cuya cuenta será la manutencion de esta desde el dia de la muerte del uno de los cónyuges, y no de su testamentaría, pues lo poco se reputa por nada; bien que lo mejor es prorratear su valor para evitar escrúpulos. Todo lo expuesto es corriente en la práctica, por hallarse en uso en los reinos de Castilla la ley del Fuero inserta.

5. Pero si la muger lleva á su matrimonio un fundo ó mas con frutos á la vista, y muere ántes que se recojan, acerca de lo cual varian los intérpretes por no haber hablado de ello dicha ley, se han de distinguir dos casos para mayor claridad. El primero es cuando se hizo de los frutos aprecio que causó venta, y entónces los adquiere el marido en virtud de la obligacion que otorgó de responder de su valor, siendo por consiguiente de su cuenta y riesgo su incremento y decremento. Y el segundo es cuando se entregaron simplemente al marido sin apreciar, en cuyo caso debe atenderse á si

1 Ayor. part. 1 cap. 9 n. 1. Gom. ley 53 de Toro n. 71.

2 Gom. lug. cit. al fin. Montalv. ley del Fuero inserta.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la muger aceptó los gananciales ó los renunció. Si los aceptó, se ha de dividir el valor de los frutos entre los herederos y su marido en esta forma: á los herederos se les ha de aplicar sin descuento, como parte integral de la finca dotal, el que se regule y considere tenian en el dia en que se casó: del aumento que hayan adquirido desde este hasta la recoleccion (á cuyo tiempo se ha de esperar como oportuno para su verdadera regulacion y liquidacion) se han de deducir los gastos ocasionados; y de lo líquido dar al marido la mitad de lo que se estime haberse aumentado hasta el fallecimiento, como lucrada durante su matrimonio, la cual le corresponde, no por razon de dominio que tenga en el fundo, ni por la industria ni expensas en su siembra y cultivo, sino por razon de las cargas que sufrió miéntras estuvo casado; y la otra mitad y el mayor valor que desde la disolucion del matrimonio hasta la recoleccion conste tener, será para la muger ó sus herederos, porque con el fallecimiento espiró la sociedad, y por no haber empleado el marido ningun trabajo ni hecho gastos en la siembra ni labores del fundo, ni ser suyo este, carece de accion al incremento que desde su muerte tengan los frutos, como igualmente á lo que valian cuando se casó[1] (*). Lo mismo se ha de observar por la propia razon si el matrimonio se disuelve por fallecimiento del marido. Y si la muger renuncia los gananciales, como cesa la razon de sociedad, no se ha de dividir por mitad el aumento líquido sino con atencion al tiempo que duró el matrimonio: y así se aplicará al marido lo que importe, sea mucho mas ó ménos que la mitad, dividiéndole, bajados gastos de recoleccion y demas, en tantas partes, cuantos dias, meses ó semanas pasaron desde el de la boda hasta la cosecha, y dando al marido las correspondientes segun el tiempo que sostuvo las cargas matrimoniales; y el residuo será para la muger. Este modo de hacer la division

1 Escobar comp. 19 ns. 6, 7 y 8.

(*) Engáñanse Ayora, Escobar y demas jurisconsultos nuestros en decir que la ley del Fuero inserta guarda silencio sobre el caso propuesto en este párrafo, y así se cansan inútilmente en resolverle, dando lugar á la variedad de opiniones que hay acerca de su decision, y que es tan comun entre ellos. Dicha ley habla en general, y de consiguiente trata de todos los casos que pueden comprenderse bajo su generalidad: de consiguiente habla del presente caso, y se deberá decidir conforme á ella, y no por el derecho comun, como quiere el citado Escobar. En la ley no se lée una sola palabra que le excluya, y por tanto tienen aquí lugar aquellos dos axiomas de jurisprudencia: *La ley que habla generalmente, generalmente se debe entender: cuando la ley no distingue, ni nosotros debemos distinguir*; pues estos axiomas lo son únicamente en la teórica, y no en la práctica de nuestros intérpretes; en su fantasía, y no fuera de ella. Si durante el matrimonio no hizo el marido en la finca dotal ningunas expensas ni labores, esta fué una casualidad de que no se ha de hacer mérito, y por la que no debemos separarnos de una ley. Y por otra parte, ¿quién quita que constante el matrimonio las hiciese el marido, cuando continuamente son necesarias hasta la recoleccion de los frutos? Al ménos tendria cuidado de estos y del fundo, como que se le habian entregado para sostener las cargas matrimoniales, si no hubo necesidad de otra cosa. No obstante, si el error de los comentadores ha motivado que no se siga la ley del Fuero en el caso de que se trata, no deberémos estar á élla, porque las leyes del Fuero solo se tienen por leyes cuando estan en observancia. Esta nota ha de tenerse presente en algunos de los párrafos próximos. *Febrero reformado.*

en estos dos casos, es el mas justificado y conforme á nuestras leyes, y así se debe entender respecto al segundo la ley 26 tit. 11 Part. 4, que dice: *E porque podria acaescer duda sobre los frutos de la dote que es dada al marido sin apreciamiento, cuyos deben ser los de aquel año en que se departe el matrimonio, querémosle aquí mostrar. E decimos que los deben departir de esta manera: que debe el marido tomar tanta parte de los frutos de la dote del postrimero año, cuantos meses é cuantas semanas duró el matrimonio en aquel año; é todos los otros deben fincar en salvo á la muger, é á sus herederos si ella finasse, sacadas las despensas de aquel año, que fizo el marido en labrar la cosa que le era dada en dote. E este año se debe comenzar á contar desde el dia que se cumplió el matrimonio por palabra de presente, é fué entregada la dote al marido, cuando acaesciese que en aquel mismo año que fuera fecho el casamiento se departiese. E la parte sobredicha que dijimos que debe haber el marido fasta el dia que fué departido el matrimonio, entiéndese tambien de los frutos que fuessen ya cogidos al dia del divorcio como los que fincassen por coger adelante en ese mismo año. Esso mismo seria si fuesse la dote de tal natura que llevase dos vegadas en el año fruto, ó si fuesse atal que en tres años non diesse mas de un fruto.*

6. En consecuencia de lo expuesto, si la muger que renunció los gananciales trajo á su matrimonio bienes raices, falleció sin dejar descendientes, v. gr. á los cuatro meses de casada, y en su testamento instituyó herederos á sus padres, legando á su marido con arreglo á la ley 6 de Toro el tercio de sus bienes y los frutos de los dotales estaban á la vista, mas no maduros cuando murió; se dividirán á prorata del tiempo que duró su matrimonio; y así el marido como tal llevará la parte correspondiente á los cuatro meses, que hizo íntegramente suya por no adquirir gananciales su muger. En órden á las dos terceras partes de frutos de los ocho meses restantes, ni aun como legatario del tercio de los bienes de su muger llevará el de ellas, porque en el legado del tercio, quinto ó de otra cuota no se comprenden los frutos desde la muerte del testador, sino desde el tiempo de la demora de los herederos[1]; pues por ignorarse si se dará su cuota al legatario en dinero, ó si en bienes de la herencia, cuáles serán estos, no adquiere ningun dominio, que es el título para la adquisicion de frutos, como sucede en los legados específicos[2].

7. Mas para la deduccion de esta tercera parte legada, se han de considerar y valuar no solo los bienes muebles y raices que la muger dejó, sino tambien el aumento que estos recibieron con los frutos,

1 Parlad. differ. 131 n. 13.

2 Ayor. *De part.* part. 2 q. 39.

en el estado que se hallen al tiempo de su muerte; y despues de bajado y separado lo que corresponde al marido como tal por razon de frutos, atendido el tiempo de su matrimonio, se agregará el resto de estos al valor de los bienes, y hecho un cuerpo se sacará el tercio legado para aplicársele del mismo modo que si todos fueran bienes muebles ó raices, y no hubiese frutos[1].

8. Cuando el marido ántes de contraer matrimonio percibió frutos del predio de la esposa, aumentan estos su dote, y aunque vivan juntos no tocan al marido; pero si la vistió y mantuvo miéntras tardó en efectuarse la boda, porque no tenia la edad competente para casarse, ó por otro motivo, ó se anularon los esponsales y no se efectuó el matrimonio, hace suyos los frutos percibidos, en compensacion de los gastos hechos en mantenerla[2].

9. Llevando el marido al matrimonio, heredando durante este, ó donándole algun fundo con frutos sazonados y próximos á su recoleccion, aumentan estos su capital: por lo que si falleciere la muger ántes que se cojan, corresponderán enteramente á su marido: y lo propio sucederá á su muger, si el fundo es suyo por haberle llevado inestimado en dote, ó heredado durante el matrimonio con frutos en estado de cogerse, porque como estan pendientes, son una misma cosa con él, considerado su estado actual; y no en otros términos. Y si el dueño del fundo falleciere acabada de hacer la recoleccion, se observará lo mismo, sacando de su total valor la mitad de las expensas hechas en aquella para el otro cónyuge, por haberlas suplido de su caudal, y lo líquido será para el dueño del fundo. La razon por que estos frutos no han de dividirse igualmente, como los de mas, es la de no haberse sembrado ni cultivado á costa de la compañía, ni nacido ni crecido durante ella, que es el motivo de conceder la ley la mitad de ellos.

10. Pero si los frutos estuviesen solamente manifiestos en el fundo que heredó el marido ó su muger, constante el matrimonio, ó llevó á este, y sin haber repudiado los gananciales falleciere cualquiera de ellos despues de su recoleccion, de lo cual no habla la ley del Fuero; el dueño del fundo llevará el valor que se estime tenian cuando le heredó ó llevó al matrimonio sin descuento, y el aumento que tuvieron hasta la cosecha se dividirá por mitad, deducidas de aquel las expensas de cogerlos, por haberse ganado y acrecentado durante la sociedad conyugal[3]. Y si del fundo de la muger se hizo aprecio que causó venta, como que los frutos se estimaron con él, y se transfirió el dominio de todo al marido, los hará suyos[4].

1 Ayor. part. 1 cap. 9 ns. 2 y 3.
2 L. 28 tit. 11 part. 4
3 Ayor. cap. 9 cit. ns. 2 y 3. Escobar. comp. 19 n. 6.
4 Escob. lug. cit. n. 5 vers. *Quod ad veritatem.*

11. Si el fundo, sea del marido ó de su muger, estuviese arrendado, y al tiempo de fallecer su dueño ó el otro cónyuge tuviese frutos pendientes, sembrados y beneficiados á costa del arrendatario, se dividirá la renta que este debe pagar á prorata del tiempo que en aquel año natural duró el matrimonio, y lo restante será únicamente para el dueño del fundo, ó para sus herederos, porque el otro consorte no puso ningun trabajo en su siembra, cultivo ni beneficio, ni hizo gasto en ellos. Por ejemplo, murió en fin de enero, y la renta que el arredatario paga anualmente son mil y doscientos reales. En este caso el dueño llevará toda la renta que se devengue desde 1.° de febrero hasta Santa María de agosto de aquel año en que se coge la mies y se promete el pago; y la vencida desde Santa María de agosto del anterior en que empezó el año natural hasta fin de enero, se dividirá por mitad entre ambos cónyuges como socios. Si el arrendamiento fuere de viñas, olivares ú otras cosas semejantes, se girará la cuenta contando desde la última cosecha hasta el dia del fallecimiento del cónyuge. Así lo practican, como es justo, los partidores inteligentes.

12. Siendo vinculados ó de mayorazgo los bienes cuyos frutos pendientes se han de partir, debe distinguirse: si estando ya casados recae en cualquiera de ellos el mayorazgo, y los frutos estan próximos á su recoleccion, corresponde al que entra á poseerle lo líquido que le toque en la particion con los herederos del último poseedor, deducidas las expensas, sin que tenga á ello el otro cónyuge el menor derecho, porque como no se adquirió á costa del trabajo de ambos, ni se aumentó durante la compañía por hallase ya sazonados, no versa la razon y motivo de la ley para su division por mitad; pero si no estuvieren en tal disposicion, llevará la mitad de lo que toque al cónyuge sucesor por el incremento que hayan tenido, pues lo que valian hasta el dia inclusive que falleció el último poseedor toca á sus herederos, y el aumento desde allí en adelante al sucesor ó á su testamentaría, si muere ántes que se dividan, bajándose y pagándose proporcionalmete, así por este y su muger, como por la testamentaría del último poseedor, los gastos hechos en labores, siembra, recoleccion y demas, aplicando su importe á quien le hubiese desembolsado; de suerte que si el sucesor y su muger hicieron solamente los de recoleccion y demas, y el último poseedor todos los restantes, ha de exigir cada uno ante todas cosas del total los suyos, y el residuo líquido es lo partible y proporcionalmente comunicable á la testamentaría del último poseedor, al sucesor y á su muger.

13. Si muere el marido dejando frutos pendientes y manifiestos en los bienes del mayorazgo que poseia y que labraba por sí, tocará á su muger la mitad de lo líquido de ellos, al correspondiente tiempo

que su marido vivió y tuvo el dominio y posesion de sus fincas; pues lo demas hasta su recoleccion es del sucesor, que aunque sea hijo único del poseedor, se reputa como extraño para el caso, porque no adquiere el mayorazgo por derecho hereditario, como los bienes libres.

14. Si la muger es la que fallece, y el mayorazgo es del marido, toca á sus herederos por su representacion la mitad de lo líquido de sus frutos pendientes y manifiestos, de cualquier clase que sean, como sembrados y nacidos durante la sociedad y á costa de ambos. Lo mismo procede en los hijos de animales que existen en los vientres de sus madres, y en los frutos sembrados y nacidos, segun se expuso en el párrafo 4, porque milita la misma razon, y la ley habla generalmente; sin que se atienda á si vivió ó no hasta su cosecha, porque como el dominio de los bienes queda en el marido, y de consiguiente en la sociedad, la ley del Fuero le concede la mitad, cuando se hallan pendientes, y han sido sembrados por ambos en sus bienes, esten á la vista ó no, sin distincion de libres ó vinculados; y como aquí no hay translacion de dominio á un tercero, como en el caso anterior, lo mismo es que sean de una clase que de otra; pero si el fundo estuviere solamente barbechado ó cultivado al tiempo de la disolucion del matrimonio, no percibirán los herederos de la muger mas que la mitad de las expensas hechas en sus labores, y el marido tomará la otra mitad con su fundo y frutos que nazcan de lo que siembre, como sucede cuando es libre, como se dijo en el párrafo 5. Lo propio debe observarse para con el marido en los casos propuestos, cuando fallece ántes ó despues de su muger, y el mayorazgo es de esta; pues como correlativos se gobiernan en cuanto á los gananciales y sus frutos por una regla, exceptuando los casos expresados en este capítulo, y en el anterior, en los que hay razon de disparidad: todo lo cual he visto practicar como legal y justo, aunque no tratado en ningun autor con esta prolijidad ni distincion.

15. Y si los bienes fructíferos del mayorazgo estan arrendados, se dividirán las rentas á prorata del tiempo que vivió el difunto, y no mas, muera primero ó despues su poseedor; y el difunto no llevará mas que la mitad de las devengadas en su vida, porque no puso trabajo ni hizo gastos en sus labores ni siembra, como en los casos anteriores, segun dije en el párrafo 13, hablando de los bienes libres. Lo propio milita por la misma razon siendo alquileres de casas, réditos de censos ú otros derechos semejantes. Por lo concerniente á las rentas de bienes fructíferos, se ha de contar el año natural de cosecha á cosecha, y por lo respectivo á las de censos, juros, casas y demas efectos y consignaciones, se ha de atender al plazo en que cumple el contrato, y se deben satisfacer por las razones que se expondrán en el capítulo 12 título siguiente, que es lo que practican los partidores inteligentes.

16. No adquiere el marido el tesoro que encuentra en el fundo dotal, ya porque no es parte de este, y ya porque, segun la ley 3 tít. 22 lib. 10 Nov. Rec. que deroga la 45 tít. 28 Part. 3, los tesoros pertenecen al soberano, y únicamente se ha de dar en premio la cuarta parte al hallador que dé cuenta á la justicia, como debe hacerlo. Mas para esto es indispensable que se ignore á quién corresponde el tesoro; pues si por algun papel ó instrumento puesto con él se acredita quién le escondió, será de sus herederos, á quienes no se podrá oponer la excepcion de prescripcion, porque la cosa clama siempre por su dueño en cualquier parte que esté; y no habiéndolos, le llevará el fisco como bienes vacantes.

17. Por lo tocante á las canteras ó pedreras del fundo dotal, si no estan abiertas al tiempo del casamiento, y son de tal naturaleza que crecen y renacen, como parece las hay en Francia y en Ásia, tocará al marido el producto de las piedras que corte y extraiga de aquellas, porque son frutos, aun cuando el fundo sea estéril, y no produzca ninguna otra cosa; y lo mismo será aunque las piedras no renazcan, si por su extraccion se hace el fundo mas util y fructífero que lo era ántes, de modo que se puede cultivar y destinar á otra cosa mejor[1]; pues si no sucede así, pertenece á la muger el producto líquido de las piedras que se extraigan, aumentará su dote, y no le adquirirá el marido, mediante á que no reputándose fruto, por no renacer ni poderse compensar con otra utilidad del fundo, no se le puede conceder para que sostenga las cargas de su matrimonio[2]. Pero si cuando este se contrajo estaba abierta la cantera ó vena, corresponderá al marido, porque es visto habérsele dado en dote de su muger con este ánimo, excepto que conste expresamente lo contrario de su voluntad; pues cuando alguna cosa que está destinada á cierto uso se da para que se disfrute, se entiende darse para el que siempre tuvo[3]. Lo propio milita en los minerales y otras cosas que no renacen.

1 Molin. *De primog.* lib. 1 cap. 23, ns. 8 y 9. Garcia cap. 22 cit. n. 48.
2 Gutierr. lug. cit. ns. 17 y 18.
3 Gutier. cap. 25 cit. ns. 14 y 15.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPITULO XI.

¿Se ha de pagar á los hijos de los bienes gananciales la dote y capital que les dieren sus padres? ¿Si por muerte de alguno de estos deberán colacionar aquellos todo lo percibido, ó solamente su mitad; y si mejorando el padre á un hijo en el tercio de los bienes, y en finca lucrada durante el matrimonio, valdrá esta mejora en el todo, ó solo en la mitad correspondiente al mejorante?

1 La dote y donacion *propter nuptias* se pagan de los bienes gananciales, si los hubiere; y faltando estos, ¿quién las deberá satisfacer?

2 Los hijos é hijas á quienes sus padres juntos dieren capital ó dotaron, no deben por muerte de uno de estos colacionar con sus hermanos mas que la mitad de dicha dote ó capital.

3 Lo mismo procede si habiendo gananciales y estando los bienes sin partir, da ú ofrece la madre viuda dote á una hija, ó capital á un hijo de su matrimonio.

4 Igualmente si el padre solo dió ó prometió dote á su hija, ó capital á su hijo, habiendo gananciales, muerto aquel, deberá el hijo ó hija colacionar solo la mitad.

5 Cuando no hay mas que un hijo ó hija que viene á partir con su madre, y el padre solo le dió dote ó capital de los gananciales, no colacionará la mitad sino que se quedará con todo lo que su padre le entregó, y luego partirá igualmente con su madre los demas gananciales que haya, percibiendo tambien enteramente el capital de su padre, si le llevó.

6 Si mejorando el padre á un hijo en el tercio de sus bienes, y en finca lucrada durante su matrimonio, que le entrega, ¿valdrá esta mejora en el todo, ó solo en la mitad correspondiente al mejorante?

1. Aunque la madre no está obligada á dotar de sus bienes dotales ni parafernales á sus hijos, así ella como su marido deben pagar con los multiplicados durante su matrimonio á la hija de entrambos la dote, y al hijo el capital que juntos les ofrecieron; y á pesar de que no se especificase cuando se entregó la dote de qué bienes se habia satisfecho, se entiende de los gananciales. Esto mismo se dijo en el lib. 1 tit. 2 cap. 5 en que se trata de la dote, y allí verá el partidor quién tiene obligacion de dotar, cómo deberá satisfacerse la dote cuando no hubiere ganancialds, y otras cuestiones que debe tener presentes, y se omiten aquí por evitar repeticiones.

2. Los hijos é hijas á quienes sus padres juntos dieron capital ó dotaron, no deben por muerte del uno colacionar con sus hermanos mas que la mitad del capital ó dote que les dieron; pues cuando fallezca el otro, y se trate de partir sus bienes, se ha de llevar á colacion la otra mitad[1] (*).

1 Así lo ordena expresamente la ley 24 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real, que está en uso.

(*) En los capítulos 5 y 6 del título siguiente se trata especialmente de la colacion.

3. Lo mismo procede si habiendo gananciales, y estando los bienes sin partir, da ú ofrece la madre viuda dote á una hija, ó capital á un hijo de su matrimonio, sin expresar de qué bienes; pues como se entiende hacerse de los de ambos, segun se ha dicho, cuando se haga la particion colacionará la mitad por la parte que le corresponde de su padre, y la otra mitad cuando se dividia la herencia de su madre; pues por el hecho de no haber expresado cosa alguna, y no deber ignorar aquella la obligacion que tiene, habiendo gananciales es visto que quiso se le contase solamente la mitad en parte de su legítima paterna, y anticiparle la otra mitad, porque la tuviese en cuenta de la materna, y la colacionase cuando se dividiesen sus bienes, como lo he visto declarado en juicio; pero si habiendo dotado padre y madre á una hija, ó dado capital á un hijo, falleciere despues la madre, y el padre durante la comunion del caudal entre él y sus hijos diere alguna cantidad al hijo ó hija dotados, deberán colacionarla toda cuando se efectúe la particion; porque como ya estan colocados, y ha cumplido el padre con la obligacion que tenia, se entiende habérsela entregado á cuenta de la legítima materna, á la que ya tenian adquirido derecho por el fallecimiento de su madre, aunque nada se exprese, excepto que al tiempo de la entrega se pacte otra cosa, lo cual he practicado, y se ha aprobado judicialmente.

4. Igualmente si el padre solo dió ó prometió dote á su hija, ó capital á su hijo, habiendo gananciales y cabiendo en ellos, muerto aquel, deberán el hijo ó hija colacionar solamente la mitad, y la otra mitad cuando se trate de la division de los bienes maternos.

5. Cuando no hay mas que un hijo ó hija que vienen á partir con su madre, y el padre solo le dió dote ó capital de los gananciales, en vista de las razones ya expuestas, no colacionará la mitad, sino que ántes bien se quedará con todo lo que su padre le entregó, y luego partirá igualmente con su madre los demas gananciales que haya, percibiendo enteramente tambien el capital de su padre, si le llevó.

6. Dúdase si mejorando el padre á un hijo en el tercio de sus bienes y en finca lucrada durante su matrimonio, que le entrega, valdrá esta mejora en el todo ó solamente en la mitad correspondiente al mejorante. Ayora resuelve esta duda en la parte 2.ª cuestion 41, distinguiendo de este modo. Si el padre hizo la mejora en su testamento ú otra última voluntad, valdrá solamente en la mitad, porque surte su efecto disuelto el matrimonio, en cuyo tiempo adquiere la muger dominio perfecto é irrevocable en la suya, por lo que es visto que no quiso mejorar sino en sus bienes propios; y esto es indudable. Si la mejora se hizo en contrato, ha de atenderse á si fué con ánimo de defraudar á su muger ó no: si le tuvo, no le

perjudicará en su mitad, con cuyo dictámen me conformo; y si no le tuvo (lo cual es presumible, mayormente siendo el mejorado hijo de ambos), dice el citado autor que si el marido dejó otros bienes con que reintegrarla de su mitad, valdrá dicha mejora del tercio; y que si no los dejó, podrá repetir la muger su mitad del hijo ó hija mejorados, ó del que posea la cosa comun en que su marido consignó el tercio. Yo dudo de esta opinion en los términos absolutos con que se sienta, por las razones que manifesté en otra parte; y digo que le competirá dicha repeticion solamente en el exceso de la parte que despues de deducida su legítima importe la mejora, ya se hubiese hecho esta en finca raiz, ya en dinero, ya en alhajas ó cosas muebles adquiridas constante el matrimonio, y entregadas, porque no puede ser mejorada la hija en contrato ni por el uno ni por la otra, ni la madre está obligada á mejorar al hijo, pues de lo contrario seria ilusoria la facultad que la ley 53 de Toro concede al marido para dotar y dar capital á sus hijos de los gananciales: la dote y capital se dan en cuenta de legítima y no como mejora, para que los hijos se establezcan ó pongan en el estado: el padre está autorizado para hacer tales donaciones sin que necesite el consentimiento de su muger; y esta tiene la misma obligacion de hacerlas de ellos. Así pues hasta en lo que importe la legítima valdrá la donacion de que se trata, y el hijo únicamente estará obligado á reintegrar á su madre del exceso, ó esta podrá repetir por él contra los bienes de su marido: y solo colacionará por muerte del padre la mitad de lo que importe lo recibido; pues el que se llama mejora ó capital no altera la sustancia, y si el exceso á su legítima, para cuya donacion de los gananciales no le da facultad la ley, que no debe ampliarse á lo que no expresa en perjuicio de la madre. Pero si el hijo es del matrimonio anterior del marido, tendrá lugar la opinion de Ayora siempre que la donacion no sea inmoderada. Lo mismo y con mayor razon creo debe practicarse cuando marido y muger dieron capital, ó dotaron algun hijo ó hija, y despues de casados les dió ó prestó el padre solo alguna cantidad; pues deberá imputárseles esta íntegra en parte de legítima paterna, y no la mitad solamente: porque como la madre no estuvo obligada á mas que á dotarlos, lo que despues les dió ó prestó su padre es deuda á favor del caudal que se les debe cargar en cuenta del haber paterno, y no defraudar á su madre ni privarla de su mitad, que no les dió ni tuvo obligacion de dársela ni prestársela con pretexto de beneficiarlos ó mejorarlos, porque ya se hallaban en estado, segun lo he visto declarar.

CAPITULO XII.

Deduccion de las arras, ó joyas y vestidos que el novio da ú ofrece á la novia.

1 Cantidad que puede darse ú ofrecerse en arras.
2 La décima parte que el novio da ú ofrece por via de arras, puede consignarla ó en finca determinada, ó en el total de los bienes que tiene y tuviere en adelante, ó en los mejores y mas bien parados que tenga. ¿Cómo deberá el contador aplicar su importe en cada uno de estos casos?
3 Si el novio ofrece á la novia en las capitulaciones el quinto de sus bienes para que le haya por via de arras, donacion por casamiento, ó como mas le convenga ó haya lugar en derecho, le percibirá todo la muger, esto es, su mitad, que es la décima, por razon de arras, y la otra mitad como parte y legado del quinto.
4 Para la deduccion de las arras del primer matrimonio del marido, se ha de mirar si este las dió ú ofreció á su esposa. Si se las dió por aumento de dote, y ella las incorporó en su carta dotal, se han de deducir del cuerpo del caudal al propio tiempo que la dote. Si no las incorporó en el contrato dotal, pero las llevó al matrimonio como caudal suyo, y consta que se emplearon en sostener las cargas matrimoniales, se deducirán como bienes suyos despues de la dote, del mismo modo que los parafernales ó hereditarios.
5 Si solamente se las prometió, sea en el mismo contrato dotal ó en otro separado, se ha de distinguir si hay gananciales, y si la muger los renuncia ó no. Modo de hacer la deduccion en estos casos.
6 Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez la muger, se la debe aplicar solamente el usufruto de las arras y no su propiedad, porque esta toca á los hijos del marido, y debe reservársela.
7 Siendo viudo el marido, se ha de mirar si tiene ó no hijos ú otros descendientes legítimos del anterior ó anteriores matrimonios. ¿De dónde han de deducirse las arras en uno y otro caso?
8 Si el marido viudo con hijos ú otros descendientes legítimos ofrece cantidad determinada ó indeterminada en arras al tiempo de casarse á su futura esposa, y en disposicion última la lega el quinto íntegro, solamente tendrá derecho á este viviendo alguno de los hijos ó descendientes que cuando se casó tenia su marido, importe mas ó ménos que la cantidad prometida al tiempo de la boda.
9 Si uno se casa muchas veces, y ofrece en arras á todas sus mugeres la décima parte de sus bienes, ¿cómo ha de entenderse esta?

1. En el libro 1.° título 2.° capítulo 9.° donde se trató de las arras, se dijo que en los reinos de Castilla, donde estan en observancia las leyes del Fuero real, ningun novio puede dar ni ofrecer á la novia soltera por via de arras ó donacion por razon de casamiento mas que la décima parte líquida y efectiva, deducidas las deudas, de los bienes libres que tiene cuando se casa; bien que en los pueblos y provincias donde no rigen dichas leyes del Fuero, se observarán las suyas sobre la cantidad que puede dar ú ofrecer con

título de arras el novio á la novia, tenga bienes libres ó vinculados, ó ningunos, cuando se casa, ó el uso ó costumbre que haya, ó lo que los contrayentes pacten en las capitulaciones, aunque estas se otorguen fuera de dichos paises, si se casan para irse á vivir á ellos.

2. Puede el novio consignar dicha décima parte que ofrece ó da por via de arras, en finca ó alhaja determinada que la importe, ó en el total de los que tiene ó tuviere en adelante indistintamente, ó en los mejores y mas bien parados que tenga. En el primero de estos casos la aplicará su importe el contador en la misma finca ó alhaja, con su hipoteca especial consignada: en el segundo hará la aplicacion en cualesquiera bienes de la herencia, porque en todos se las ofreció indistintamente; por lo que si deja deudas á su favor, se la aplicará en ellas lo que proporcionalmente le corresponda de buenas, malas y medianas, que es á lo que en este caso tiene derecho, y no á que todo su importe sea de lo florido. En el tercer caso hará la aplicacion en los bienes mejores y mas exequibles, que son el dinero, plata y oro por su intrínseco valor, bienes raices, y derechos perpetuos y redituables, y á falta de ellos en los mas útiles; pues esto significan las palabras, *mejores y mas bien parados*, como á instancia mia se ha declarado. Lo propio milita en el padre ó madre del novio, pues tampoco puede dar á la novia en arras mas que el diezmo de lo que herede de ellos su hijo; y así se observa. Nótese que dicha ley del Fuero no puede renunciarse, como se dijo en el capítulo 7; y así el contador nó ha de abonar el exceso de dicha décima, debiendo reducirse á esta, ya sea de los bienes que tenga entónces, ó de los que tenia al tiempo de hacer su oferta, segun se hubiere hecho esta.

3. Si el novio ofrece á la novia en las capitulaciones el quinto de sus bienes *para que le haya por via de arras, donacion por casamiento, ó como mas le convenga ó haya lugar en derecho*, y fallece abintestato ántes que aquella, con hijos, ó sin ellos, ó bajo de testamento, sin renovar la oferta en el exceso de la décima; aunque parece que el quinto se deberá restringir á esta, y que en el exceso será nula la oferta por la prohibicion de las leyes del Fuero, no obstante le percibirá todo la muger: su mitad, que es la décima por razon de arras, con arreglo á la ley del Fuero, y la otra mitad como parte y legado del quinto: en primer lugar, porque el novio puede usar de las facultades que la ley del Fuero citada y la 28 de Toro le conceden, y en hacerlo no contraviene á ellas, ni á nadie grava ni injuria: en segundo lugar, porque dicha ley 28 le permite disponer en contrato ó en disposicion última del quinto, sin prescribir en qué contrato ha de ser, ni prohibir que sea en el de casamiento; y así en cualquiera puede donarle, pues lo que no está prohibido se entiende permitido, y cuando la ley no distingue, no debemos distinguir: y en tercer lugar, porque su voluntad se conforma en esta parte con las leyes referidas, por los distintos fines á que se dirigen, y por la expresion amplia de la oferta *ó como mas haya lugar en derecho*: en cuya atencion debe conciliarse con ellas en todo lo que no se opongan. Así que si muriendo con testamento deja legados que consuman toda la décima, y tenia hijos cuando se casó, se aplicará á la viuda una décima por razon de arras, y la otra décima se prorateará entre ella y los legatarios, si no la revocó, bajando previamente los gastos funerarios, misas y demas sufragios; y si murió abintestato, la llevará toda, deducidos estos. Si no tenia hijos al tiempo de casarse, ó aunque los tuviese, si durante su vida murieron sin sucesion, llevará la viuda la décima; y del quinto íntegro de los bienes se bajarán los legados y gastos referidos, y el residuo de aquel será para ella; pues á falta de descendientes legítimos, puede ofrecer la décima entera á la novia, y disponer despues del quinto, lo cual le está prohibido cuando los tiene al tiempo de casarse; bien que si los dichos gastos y legados no consumen en este caso la mitad del quinto, será el sobrante de esta mitad para los herederos, porque la viuda no tiene derecho á mas que á la otra mitad que se le ofreció en el contrato dotal, y es visto que en nada mas quiso beneficiarla su marido; por lo que el partidor no debe ampliar su voluntad á otra cosa que á lo que en vida y muerte manifestó expresamente: y si consumen la mitad entera, y parte de la otra mitad, deberá contentarse con el residuo de esta. Mas para evitar disputas necias, se dirá en la oferta: „que se le hace del quinto para que lo perciba todo: la mitad, que es la décima, por via de arras y donacion por casamiento, con arreglo á la ley del Fuero; y la otra mitad, en caso de no revocarla, como donacion de parte de dicho quinto, segun se lo permite la 28 de Toro, ó como mas le convenga y haya lugar en derecho, para que no se invalide en cosa ni parte alguna.» Lo mismo procede en el tercio, teniendo ascendientes, segun la ley 6 de Toro, porque militan las propias razones (*).

4. Para la deduccion de las arras del primer matrimonio del marido, se ha de mirar si este las dió ú ofreció á su esposa. Si las dió por aumento de dote, y ella las incorporó en este concepto en su carta dotal con los demas bienes suyos indistintamente, entónces

(*) La donacion del quinto, aunque se haga con las palabras insertas, y pueda de consiguiente revocarse su mitad, se dirige en cierto modo á eludir lo dispuesto en las leyes 1 y 5 tit. 2 lib. 5 R., ó 6 y 7 tit. 3 lib. 10 N. Las facultades que concede la ley 28 de Toro, deben interpretarse sin perjuicio de dichas leyes, que ponen tasa á las donaciones de los novios, y anulan *todos* los contratos, pactos ó promesas que de otra manera se hicieren. *Febrero reformado.*

como que son dote y no arras, porque pasaron á su dominio, y se mezclaron y confundieron con la misma dote, cuyos privilegios gozan enteramente, se han de deducir del cuerpo del caudal al propio tiempo que esta sin diferencia alguna. Si no las incorporó en el contrato dotal, pero las llevó al matrimonio como caudal suyo, y consta que se emplearon en sostener las cargas matrimoniales, ó en otra cosa útil á la sociedad conyugal, se deducirán como bienes suyos despues de la dote, del mismo modo que los parafernales y hereditarios; pues se hizo dueña de ellos con la entrega, y por haberlas empleado en el matrimonio, se deben deducir ántes que los gananciales, como parte del fondo puesto en la sociedad. Habiéndolas consumido en usos propios y agenos de esta, no tendrá derecho á su deduccion ni abono, como se ha dicho en otra parte de los bienes parafernales, cuando no los entrega á su marido.

5. Si solamente se las prometió, sea en el mismo contrato dotal ó en otro separado, se ha de distinguir si hay gananciales, y si la muger los renuncia ó no: si no los hay, se han de bajar del caudal propio del marido hasta en la décima y no mas, como una de las deudas contra este: si los hay, y la muger los renuncia, lo mismo es sacarlas del cuerpo de la herencia despues de la dote, que del caudal restante, sin distincion de si son ó no del capital del marido; pues entónces todo es de él, y no se le hace agravio, por no pagársele de sus propios bienes llevados al matrimonio, ni de su parte de gananciales, porque no los quiere. Pero si los acepta, despues de bajar la dote, bienes parafernales, deudas del matrimonio, capital del marido y la mitad de gananciales que le tocan, se une la otra mitad de estos al capital del marido, y hechas un cuerpo estas dos partidas, se deduce de su total hasta en la décima el importe de las arras y no mas, aunque la oferta exceda á esta, como deuda contra él, y el residuo líquido es el legítimo haber del marido. Luego se unen la dote, arras, mitad de gananciales y demas derechos pertenecientes á la muger, y lo que sumen es lo que le tocará, caso que su marido nada le haya legado; porque si le legó algo, esto mas debe llevar, no excediendo del quinto si tiene descendientes legítimos, ó del tercio, si ascendientes; pues bajándose las arras ántes de dividirse los gananciales, se les satisfará de estos la mitad de su importe, y como deuda contra su marido debe salir de sus propios bienes, no del total de aquellos, cuya mitad íntegra le conceden las leyes[1]. Pero aunque le haya legado el quinto ú otra cuota, no se debe deducir ántes que las arras, sino del residuo, bajadas estas, porque son deuda contra su caudal, que debe separarse primero co-

1 Ayor. *De partit.* cap. 7 n. 16.

mo cosa agena, y de lo que quede, deducidas las mismas, se ha de sacar el quinto, pues de lo contrario se le daria este de caudal que no era de su marido, sino en parte suyo, en lo cual se le perjudicaba.

6. Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez la muger, se le debe aplicar solamente el usufruto de las arras, y no su propiedad, porque esta toca á los hijos del marido, y debe reservársela[1]; y aun cuando no lo esté, debe contener su adjudicacion el aditamento: „de que en caso de volverse á casar dentro ó fuera dél año de su viudedad, deberá reservar su propiedad á los herederos del primer marido, segun lo mandan las leyes.» Lo tendrá presente el partidor; pues por carecer de esta expresion las adjudicaciones, suelen los herederos del marido no usar de su derecho, de que estan ignorantes, y quedan perjudicados.

7. Siendo viudo el marido, se ha de mirar si tiene ó no hijos ú otros descendientes legítimos del anterior ó anteriores matrimonios. Si no los tiene, se observará lo propio que siendo soltero, sin diferencia, pues uno y otro pueden ofrecer á la novia arras, ó en su defecto hacerla otra donacion cuando se casan, y luego legarle el quinto, porque como al tiempo de casarse nadie tiene adquirido derecho á sus bienes, se les permite donar de ellos la parte que quisieren, con tal que no exceda de lo prefinido por las leyes; en cuya atencion se estimará su importe por caudal suyo, y como deuda contra este se deducirá de su total, y el quinto del residuo no padecerá diminucion, ni las arras se imputarán en él, por no ser visto haberlas ofrecido á su novia con ánimo de perjudicar á los hijos que tuviere, y sí con el de manifestar á su madre el afecto que le profesaba, y estimularla á que se esmerase en su cuidado y crianza, por cuya razon los que nazcan no revocarán la oferta de ellas. Y si tiene hijos se han de deducir las arras del quinto de sus bienes, que es de lo que le permite disponer en vida y muerte la ley 28 de Toro, teniendo descendientes legítimos; y si ascendientes, del tercio, segun la 6 tambien de Toro, y no del cuerpo de su propio caudal; y así hasta en su importe se compensará el quinto ó el tercio con ellas[2]. Todo esto se debe observar y observa, aunque Ayora dice[3] que no se sacarán del quinto, si segun la costumbre de la tierra no pudo el marido dejar de darlas, á lo ménos sin desdoro suyo, pues no se le causa ninguno por no darlas ni ofrecerlas, ni está obligado á ello por ningun título[4] (*). Lo propio milita en las joyas ó preseas y vestidos por la misma razon.

1 L. 25 tit. 13 part. 5. Ayor. lug. cit. n. 21.
2 Gutier. lib. 3. *Pract.* q. 43. Parlad. diff. 125 n. 13.
3 Part. 2 q. fin. n. 56.
4 Castill. *De usufruct.* cap. 46 n. 12. Tello ley 16 de Toro n. 8.
(*) A mi me parece razonable la opinion de Ayora; pues en el caso de que habla, las ar-

8. De lo expuesto se deduce que si el marido viudo con hijos ú otros descendientes legítimos, ofrece cantidad determinada ó indeterminada en arras al tiempo de casarse á su futura esposa, aunque sea con título de remuneracion, y en disposicion última le lega el quinto íntegro, solamente tendrá derecho á este viviendo algunos de los hijos ó descendientes que cuando se casó tenia su marido, importe mas ó ménos que la cantidad prometida al tiempo de la boda: en primer lugar, porque cuando hizo la oferta estaba privado de disponer de mas que de su quinto en vida y muerte, por prohibírselo expresamente la ley 28 de Toro, teniendo descendientes legítimos: en segundo lugar, porque con permitírsele uno y otro, no se violaria dicha ley, que es posterior á todas las del Fuero, sino que con pretexto de la donacion, y por beneficiar á la madrasta, defraudaria en la décima ó cantidad prometida á sus descendientes legítimos, quienes ántes que se volviese á casar tenian adquirido derecho á sus bienes, excepto el quinto; y si se casaba muchas veces, apénas les quedaria herencia: en tercer lugar, porque las leyes del Fuero que corrige la citada de Toro, estan en títulos posteriores al que trata de las arras, aunque en un mismo libro; y así corregidas aquellas, se entiende estarlo tambien las anteriores, excepto en lo que dejen subsistir, y se observe; y en cuarto lugar, porque no obsta alegar que no se entienden corregidas, por darse y ofrecerse las arras en contrato oneroso, y ser los legados y donaciones puramente voluntarios y lucrativos; pues solo es oneroso para el marido, de cuya voluntad depende el darlas ó no. Lo propio milita en el tercio teniendo descendientes legítimos.

9. Si casándose el marido muchas veces ofrece en arras á todas sus mugeres la décima parte de sus bienes, segun puede hacerlo, ha de ser aquella de los que por muerte de cada una le tocaban, y percibiria á haberse hecho particion; y no constando á cuánto ascendian, como que son créditos de una naturaleza y privilegio, el primero en tiempo lo será en derecho, de suerte que los hijos de la primera sacarán la décima de todo lo que deje; los de la segunda la del residuo, y así irán descendiendo. Por ejemplo, si dejó cien mil reales líquidos, llevarán los de la primera diez mil, que son la décima de ellos: de los noventa mil que quedan sacarán su décima los de la segunda, &c. Si á alguna ó á algunas ofreció cantidad determinada, se ha de mirar si cabe ó no, y asimismo si la consignó en sus bienes presentes y futuros, ó solamente en los presentes: si no cabe, se le

ras no son una donacion del novio, sino una deuda suya, aun dudo caso que no se le pueda apremiar á satisfacerla, siempre que de no hacerlo se le siga algun desdoro, porque esto entre personas de honor puede reputarse un motivo necesario. Contra el parecer de Ayora nada objeta Febrero, por cuanto aquel habla en un supuesto; y este, léjos de hablar bajo de el, le niega sin fundamento. *Febrero reformado.*

abonará lo que quepa, y no mas; y si cabia en los que tenia cuando la ofreció, y no en los que deja, se le ha de abonar el total, con tal que no se grave la legítima de los hijos anteriores; pues en perjuicio de estos no pudo ofrecer ni donar mas que el quinto. Pero esto se limita en la primera muger; pues si cabia la cantidad ofrecida en la décima de los que poseia al tiempo de casarse, como entónces nadie tenia adquirido derecho á ellos, se debe deducir íntegra, y abonársele como deuda contra el caudal de su padre.

CAPITULO XIII.

¿De dónde deberán deducirse el luto de la viuda y de los herederos del difunto, el vestido ordinario de aquella, y el lecho cotidiano que pertenece al viudo ó á la viuda?

1 Los herederos del difunto deben dar el vestido de luto á la viuda; pero este derecho no corresponde al viudo: razon de esta diferencia.
2 No habiendo costumbre ó mandato expreso del testador en contrario, se debe bajar el importe del luto ordinario del cuerpo de su caudal propio como deuda contra él, y no del inventariado.
3 Los herederos deben costear sus lutos de su propio haber, y no del cuerpo del caudal inventariado.
4 ¿Qué se entiende por vestido ordinario de la viuda? ¿y cómo debe hacerse la aplicacion de su importe?
5 El lecho cotidiano corresponde á la viuda, é igualmente al marido, quedando viudo.
6 ¿Qué se entiende por lecho cotidiano?
7 y 8. ¿De dónde deberá deducirse el lecho cotidiano?
9 y 10. ¿Si habiendo deudas contraidas en el matrimonio, ó ántes por el marido, y ningunos gananciales, tendrá derecho la viuda al lecho con preferencia á los acreedores?
11 y 12. ¿Si en cualquier tiempo que el viudo ó la viuda se case, deberá restituirse el lecho á los herederos del muerto, ó podrá gozar de su usufruto miéntras viva?
13 El lecho debe inventariarse y valuarse con separacion de las cosas de que se compone, para aplicarlas con distincion y claridad, y no dinero por ellas.

1. Tres puntos, aunque de corta entidad, que no han tratado los autores como corresponde, son de los que voy á hablar en este capítulo; á saber: del luto de la viuda y herederos del difunto: del vestido ordinario de aquella; y del lecho cotidiano del viudo ó viuda. En cuanto al luto debo decir que por razon de alimentos deben los herederos del marido dar, segun su calidad y haberes, á la viuda el ordinario ó cotidiano, ó lo que le cueste si lo hizo á sus expensas, á mas de su dote, bienes parafernales y mitad de gananciales que por derecho le tocan; pues por alimentos no solo se entienden la comida y habitacion, sino tambien el vestido,

8. De lo expuesto se deduce que si el marido viudo con hijos ú otros descendientes legítimos, ofrece cantidad determinada ó indeterminada en arras al tiempo de casarse á su futura esposa, aunque sea con título de remuneracion, y en disposicion última le lega el quinto íntegro, solamente tendrá derecho á este viviendo algunos de los hijos ó descendientes que cuando se casó tenia su marido, importe mas ó ménos que la cantidad prometida al tiempo de la boda: en primer lugar, porque cuando hizo la oferta estaba privado de disponer de mas que de su quinto en vida y muerte, por prohibírselo expresamente la ley 28 de Toro, teniendo descendientes legítimos: en segundo lugar, porque con permitírsele uno y otro, no se violaria dicha ley, que es posterior á todas las del Fuero, sino que con pretexto de la donacion, y por beneficiar á la madrasta, defraudaria en la décima ó cantidad prometida á sus descendientes legítimos, quienes ántes que se volviese á casar tenian adquirido derecho á sus bienes, excepto el quinto; y si se casaba muchas veces, apénas les quedaria herencia: en tercer lugar, porque las leyes del Fuero que corrige la citada de Toro, estan en títulos posteriores al que trata de las arras, aunque en un mismo libro; y así corregidas aquellas, se entiende estarlo tambien las anteriores, excepto en lo que dejen subsistir, y se observe; y en cuarto lugar, porque no obsta alegar que no se entienden corregidas, por darse y ofrecerse las arras en contrato oneroso, y ser los legados y donaciones puramente voluntarios y lucrativos; pues solo es oneroso para el marido, de cuya voluntad depende el darlas ó no. Lo propio milita en el tercio teniendo descendientes legítimos.

9. Si casándose el marido muchas veces ofrece en arras á todas sus mugeres la décima parte de sus bienes, segun puede hacerlo, ha de ser aquella de los que por muerte de cada una le tocaban, y percibiria á haberse hecho particion; y no constando á cuánto ascendian, como que son créditos de una naturaleza y privilegio, el primero en tiempo lo será en derecho, de suerte que los hijos de la primera sacarán la décima de todo lo que deje; los de la segunda la del residuo, y así irán descendiendo. Por ejemplo, si dejó cien mil reales líquidos, llevarán los de la primera diez mil, que son la décima de ellos: de los noventa mil que quedan sacarán su décima los de la segunda, &c. Si á alguna ó á algunas ofreció cantidad determinada, se ha de mirar si cabe ó no, y asimismo si la consignó en sus bienes presentes y futuros, ó solamente en los presentes: si no cabe, se le

ras no son una donacion del novio, sino una deuda suya, aun dudo caso que no se le pueda apremiar á satisfacerla, siempre que de no hacerlo se le siga algun desdoro, porque esto entre personas de honor puede reputarse un motivo necesario. Contra el parecer de Ayora nada objeta Febrero, por cuanto aquel habla en un supuesto; y este, léjos de hablar bajo de el, le niega sin fundamento. *Febrero reformado.*

abonará lo que quepa, y no mas; y si cabia en los que tenia cuando la ofreció, y no en los que deja, se le ha de abonar el total, con tal que no se grave la legítima de los hijos anteriores; pues en perjuicio de estos no pudo ofrecer ni donar mas que el quinto. Pero esto se limita en la primera muger; pues si cabia la cantidad ofrecida en la décima de los que poseia al tiempo de casarse, como entónces nadie tenia adquirido derecho á ellos, se debe deducir íntegra, y abonársele como deuda contra el caudal de su padre.

CAPITULO XIII.

¿De dónde deberán deducirse el luto de la viuda y de los herederos del difunto, el vestido ordinario de aquella, y el lecho cotidiano que pertenece al viudo ó á la viuda?

1 Los herederos del difunto deben dar el vestido de luto á la viuda; pero este derecho no corresponde al viudo: razon de esta diferencia.
2 No habiendo costumbre ó mandato expreso del testador en contrario, se debe bajar el importe del luto ordinario del cuerpo de su caudal propio como deuda contra él, y no del inventariado.
3 Los herederos deben costear sus lutos de su propio haber, y no del cuerpo del caudal inventariado.
4 ¿Qué se entiende por vestido ordinario de la viuda? ¿y cómo debe hacerse la aplicacion de su importe?
5 El lecho cotidiano corresponde á la viuda, é igualmente al marido, quedando viudo.
6 ¿Qué se entiende por lecho cotidiano?
7 y 8. ¿De dónde deberá deducirse el lecho cotidiano?
9 y 10. ¿Si habiendo deudas contraidas en el matrimonio, ó ántes por el marido, y ningunos gananciales, tendrá derecho la viuda al lecho con preferencia á los acreedores?
11 y 12. ¿Si en cualquier tiempo que el viudo ó la viuda se case, deberá restituirse el lecho á los herederos del muerto, ó podrá gozar de su usufruto miéntras viva?
13 El lecho debe inventariarse y valuarse con separacion de las cosas de que se compone, para aplicarlas con distincion y claridad, y no dinero por ellas.

1. Tres puntos, aunque de corta entidad, que no han tratado los autores como corresponde, son de los que voy á hablar en este capítulo; á saber: del luto de la viuda y herederos del difunto: del vestido ordinario de aquella; y del lecho cotidiano del viudo ó viuda. En cuanto al luto debo decir que por razon de alimentos deben los herederos del marido dar, segun su calidad y haberes, á la viuda el ordinario ó cotidiano, ó lo que le cueste si lo hizo á sus expensas, á mas de su dote, bienes parafernales y mitad de gananciales que por derecho le tocan; pues por alimentos no solo se entienden la comida y habitacion, sino tambien el vestido,

curacion y otras cosas necesarias; y porque aun cuando esté vestida, aquel trage no es el que le corresponde á su estado de viudez. Pero esto se entiende, habiendo costumbre en el pueblo de que las viudas traigan luto, porque de lo contrario no puede pretenderle; y si habiéndola se casare, dentro del año de su viudedad, y el luto fuere apreciable (pues si es de poco valor, no se debe hacer mérito de él), estará obligada á restituirle en pena á los herederos del marido en el estado en que se halle, así como el usufrutuario de bienes que se deterioran ó envejecen con el uso, porque le disfrutó legítimamente el tiempo que permaneció viuda. Pasado el año, no tendrá dicha obligacion, sea vil ó precioso el luto, porque cumplió con el fin para que se le dieron los herederos, y no incurrio en pena, por no estarle prohibido el casarse. Al marido no se debe luto, porque no tiene derecho á ser alimentado de los bienes de su muger difunta, ni se considera triste y desamparado como esta, en cuya atencion solo se le abonará habiendo costumbre de dársele.

2. Algunos autores dicen que este luto ó su valor se ha de deducir del quinto, siendo los herederos descendientes legítimos, y no del cuerpo del caudal ó haber del difunto, ya para que no se disminuya la legítima de los hijos, y ya porque se entiende comprendido en los gastos funerarios; pero á la verdad este fundamento es muy débil, y como tal no me convence: en primer lugar, porque ninguna ley lo manda: en segundo, porque del quinto se deben deducir solamente los gastos del funeral, misas y legados pios y graciosos, segun la ley 30 de Toro; y el luto no toca al funeral, ni es del caso para él, ni necesario que se dé ni traiga, ni está comprendido entre las cosas que la ley citada ordena se deduzcan del quinto, ni otra alguna le tiene por tal: y en tercer lugar, porque la costumbre de dar luto á las viudas la establecieron los herederos del marido, y por este hecho se impusieron el gravámen y la obligacion de dársele de su caudal, como parte de alimentos, y no del que la ley dejó al testador. que es el quinto, obligacion que tenian aun ántes de formarse la ley 28 de Toro, en que sin comparacion era mucho menor su legítima, y mayor la libertad de los padres acerca de sus bienes; y así no se les defrauda ni disminuye su legítima, porque el luto, donde hay costumbre de traerle, es deuda contra ellos. A vista de estas razones tengo por seguro que no habiendo costumbre ó mandato expreso del testador en contrario, disponga ó no del quinto, se debe bajar el importe del luto ordinario del cuerpo de su caudal propio, como deuda contra él, y no del inventariado, porque entónces pagaria la viuda la mitad; ni tampoco del quinto. De este dictámen son Castillo, Tello, Fernandez y otros, y es el que he seguido en las varias particiones que he hecho, y se ha aprobado judicialmente. De esta suerte sale del mismo quinto la quinta parte, como deuda, y no su total de las cuatro partes de la herencia.

3. Por lo concerniente á los lutos de los herederos, no hay duda que si quieren traerlos, deben costearlos de su propio haber, segun se acostumbra, y nò del cuerpo del caudal inventariado, porque entónces pagaria indebidamente la viuda la mitad de su costo; ni del quinto de el del difunto, porque se quedan con ellos, sirven solamente para su ostentacion ó decoro, y ceden en su propia utilidad, pues miéntras los gastan ahorran otros trages, no hay ley que los precise á hacerlos, y solo se traen por costumbre; no son necesarios para el entierro del cadáver ni alivio del difunto, ni la ley 30 de Toro hace mencion de ellos. Con este motivo no pasaré en silencio, que por bando publicado en la corte en 14 de mayo de 1763, en observancia de la ley 2 tít. 13 lib. 6 Nov. Rec., y del auto 4 c. p. 41 tít. 12 lib. 7, solamente se permite traer lutos á los parientes del difunto en los grados próximos de consaguinidad y afinidad, que son: por padre ó madre, hermano ó hermana, abuelo ó abuela ú otro ascendiente, suegro ó suegra, marido ó muger, ó el heredero, aunque no sea pariente del muerto; y se prohibe darlos á los criados y familia de este, y á los de sus hijos, yernos, hermanos, parientes y herederos, de suerte que á ninguno de la familia se deben dar, ni ellos deben ponérselos.

4. El vestido ordinario de la viuda no se debe inventariar, segun dije en el párrafo 18, capítulo 1.° del título anterior; pero esto ha de entenderse con la distincion siguiente: si la muger llevó dote, y le incorporó en su carta dotal, debe tasársele y aplicársele en cuenta de aquella, haya ó no gananciales, porque es parte suya; y si no le incorporó, como es regular, ó no consta, no se ha de valuar ni hacer mérito de él, porque así como entró vestida en poder de su marido y esto mas llevó, debe quedarlo por su muerte, sea mejor ó peor el que llevó, porque cada uno en su tiempo se tiene por ordinario, atendidos el estado, calidad y facultades de la muger cuando soltera, y las del marido cuando casado. Asimismo, aunque no lleve dote, ni haya gananciales, se le debe dejar, porque como he dicho, entró vestida en poder de su marido, y es parte de los alimentos que debia darla; y lo propio se ha de decir en este caso de los demas vestidos de su uso, con tal que no excedan del quinto, si el difunto dejó descendientes legítimos, ó del tercio, si ascendientes, légueselos ó no. Por vestido ordinario se entiende aquel con que la muger salia diariamente á la calle con decencia, segun su clase y las facultades de su marido; lo cual debe dejarse al arbitrio del juez, y así lo he visto practicar y practicado. Los vestidos preciosos de que solo usaba la mu-

ger en dias de lucimiento, y cuya graduacion se debe dejar tambien al juez, teniendo en consideracion la calidad y el caudal del marido, y la costumbre del pais entre personas iguales en el todo, por lo que no se puede dar regla fija, deben quedar á beneficio del caudal de su marido, y luego se le aplicarán en cuenta de su haber, porque estos no se comprenden en los alimentos que debia darle, y no debe resistirse á tomarlos en parte de pago, excepto que los hubiesen comprado con lo que se le dió por razon de alfileres, en cuyo caso se observará lo dicho en el citado párrafo 18, capítulo 1.° del título anterior.

5. Por lo respectivo al lecho cotidiano, este corresponde á la viuda, é igualmente al marido quedando viudo, por concederle á entrambos la ley 6 tít. 6 lib. 3 del Fuero Real, que está en uso en las mas partes de los reinos de Castilla, y dice: *Si el marido ó la muger muriere, el lecho que habian cuotidiano, finque al vivo, é si casare, tórnenlo á particion con los herederos del muerto.* Por tanto, aunque el marido hubiese legado al otro cónyuge el quinto ó el tercio, se le debe abonar y entregar el lecho, porque se lo concede la ley y no el testador, es deuda contra los bienes de este á falta de gananciales, y ha de ser el mismo, y no otro por él, ni su valor. Pero el abono del lecho se ha de hacer cuando se inventarió, pues si se omitió inventariarle, es visto haberse quedado con él el viudo, y la ley no le concede mas que uno, que es el que usaban cotidianamente ambos consortes.

6. Por lecho cotidiano ú ordinario no solo se entiende la tarima ó el catre, sino tambien los colchones y gergon, cuatro sábanas, cuatro almohadas, colcha, manta y una colgadura, si la usaban; sobre lo cual se ha de atender á las facultades y calidad de las personas, y especialmente á la costumbre del pueblo, que así en órden á darse al viudo ó viuda, como á lo que ha de contener, es la que rige, mayormente acerca del uso de las leyes del Fuero. Mas cuando el marido lega la cama á su muger, solo se entiende dejada la correspondiente á su estado de viuda, y no el lecho precioso, por no convenir este á ella, y deberse entender é interpretar las palabras del testador, segun la condicion de la persona á quien se dirigen su voluntad y disposicion.

7. Con motivo de esta ley se ofrecen tres dificultades. La primera, de dónde se ha de deducir el lecho que concede al viudo ó viuda; y satisfaciendo á ella, digo: que si hay gananciales en el matrimonio, se debe sacar del total de estos ántes que se proceda á su repartimiento entre ellos, porque era comun á los dos cónyuges, y ambos lo usaban; ó del cuerpo del caudal comun, que es lo mismo, puesto que contribuyen por mitad y hay gananciales, en cuyo caso el viudo paga la mitad que es suya, como que sale de ellos, y así en

el de volverse á casar solo deberá restituir la otra mitad á los herederos del muerto. Si no hay gananciales, pero sí costumbre en el pueblo de que aun no habiéndolos le lleve el otro cónyuge, como sucede en la corte, se ha de deducir del capital propio del difunto; y en este caso si se volviese á casar le restituirá íntegro: lo cual practican los partidores inteligentes.

8. Algunos, fundados en que es donacion, dicen: que habiendo descendientes legítimos debe sacarse del quinto; pero yo no me adhiero á su dictámen: en primer lugar, por no mandarlo dicha ley ni otra ninguna, ni distinguir de herederos legítimos ni extraños: en segundo lugar, por no estar comprendido entre las cosas que la 30 de Toro manda se deduzcan de él: en tercer lugar, porque es un derecho que la ley concede contra los bienes del difunto al otro cónyuge no habiendo gananciales, y un gravámen recíproco que por el hecho de casarse les impone, del cual no puede eximirse ninguno de ellos; y por tanto no podrá prohibir que lo lleve el otro cónyuge en donde hay costumbre de llevarle, porque nadie puede hacer que las leyes no tengan fuerza contra lo que disponen; y en cuarto lugar, porque si se debiera deducir del quinto, lo expresaria la ley mandando que se devolviese al legatario de él, y léjos de mandarlo ordena que el otro cónyuge le vuelva á particion con los herederos del muerto: de lo cual se infiere que ha de sacarse de la herencia de estos adonde ha de volver, y no del quinto; pues de lo contrario resultaria que los herederos se lucraban en detrimento del legatario de este.

9. La segunda dificultad es: si habiendo deudas contraidas en el matrimonio ó ántes por el marido, y ningunos gananciales, tendrá derecho la viuda al lecho con preferencia á los acreedores; sobre lo cual ha de distinguirse: si es el mismo que la muger llevó á su matrimonio, debe ser preferida á todos los de su marido, porque son bienes dotales, que no están sujetos á la responsabilidad de las deudas de él, aunque al tiempo de casarse se hayan estimado, pues por el aprecio no perdieron la naturaleza ni privilegio de dotales. Si el lecho es de los bienes propios del marido, tambien ha de distinguirse: ó los acreedores tienen hipoteca especial en aquellos de que se compone el lecho, ó no: si la tienen, serán preferidos, porque son acreedores por causa onerosa, la muger le pretende por causa lucrativa, y la obligacion sigue á la hipoteca, como inseparable de ella hasta que se liberta; y si solo la tienen general, tácita ó expresa, parece que la muger debe ser preferida como anterior en tiempo, porque al punto que se casa adquiere derecho á él para el caso de vivir mas que su marido, y en la obligacion general no se incluye lo que verosímilmente ninguno obligaria: ademas de que la ley[1] exceptúa

1 L. 5 tit. 13 part. 5.

expresamente el lecho con otras varias cosas, y no se comprende en aquella; pero como la muger le solicita por causa lucrativa, y los acreedores por causa onerosa; como es únicamente deuda legal entre ella y su marido en caso de tener este bienes, y no necesaria hasta que el marido muere; y al tiempo de su muerte ya estan contraidas las onerosas, deben ser preferidos á ella, pues los acreedores por causa onerosa se prefieren á los que los son por causa lucrativa; bien que no falta quien diga lo contrario, fundándolo en que es deuda legal absolutamente, y no donacion, sin embargo de estar la ley en el título de las herencias, y de que cuando una materia se comprende bajo de un título ó rúbrica, se debe juzgar ser de la propia naturaleza que esta.

10. Si se adquirió el lecho constante el matrimonio, porque todos los bienes son gananciales en él, asimismo se ha de distinguir: ó las deudas se contrajeron durante la sociedad conyugal, ó el marido las tenia contraidas cuando se casó: si se contrajeron por ambos, se preferirán los acreedores á la muger, porque aunque no suene en la obligacion, se entiende obligada, y puede ser reconvenida en lo que le toque de ellos[1], pues no los hay hasta que se pagan las de la sociedad; y si el marido las contrajo ántes de casarse, sacará la muger la mitad del lecho con la de los gananciales, porque solo está obligada á satisfacer la mitad de las contraidas durante el matrimonio[2].

11. La tercera y última dificultad es, si en cualquier tiempo que el viudo ó viuda se casase, deberá restituir el lecho á los herederos del muerto, ó podrá gozar de su usufruto miéntras viva. Yo soy de parecer que, cásese dentro ó despues del año de su viudedad, debe restituir á los herederos del difunto el lecho que hubo de él, si su total se dedujo de sus propios bienes por no haber gananciales, ó su mitad, si por haberlos se bajó de ellos[3]; cuya restitucion debe hacer en el estado que tenga al tiempo de contraer segundas nupcias, sin responder de su deterioro, porque ínterin no le contrajo le usufrutuó legítimamente, y el usufrutuario de bienes que se envejecen con el uso, cumple con volverlos segun se hallan cuando espira el usufruto, y así debe constituir la fianza.

12 Sin embargo, algunos autores afirman que los viudos pueden disfrutar el lecho cotidiano durante su vida, aunque se casen en el año de su viudedad, y que en este solo caso estan obligados á reservar el todo ó su mitad, segun de donde se haya deducido, para los herederos del muerto; pero esta opinion no debe adoptarse: en primer lugar, porque no estamos en caso alguno de los que la ley 15 de Toro y otras de Partida que cité en su lugar prescriben para la reserva-

1 L. 9 tit. 4 lib. 10 N.
2 L. 10 tit. 20 lib. 3 del Fuero Real, y 207 del Estilo.
3 L. del Fuero inserta.

cion, y son: cuando el marido ó la muger se donan ó legan algo, ó suceden abintestato á alguno de sus hijos; pues aquí nada se legan ni donan, ni lo adquieren uno del otro por voluntad del difunto, sino por disposicion de la ley, ni de sus hijos, por haber muerto abintestato, ni por otro motivo: y en segundo lugar, porque dichas leyes ordenan la reservacion de lo que hubo un cónyuge del otro por contrato lucrativo; y la del Fuero inserta, tan léjos está de ordenarla, que ántes por el contrario manda expresa y literalmente que el que se vuelva á casar restituya el lecho, sin que haya diferencia en si el viudo se casa ó no dentro del año de su viudedad, ni en que los herederos sean legítimos ó extraños; porque la ley habla absolutamente, sin distinguir de tiempos ni de herederos, y así ni nosotros debemos hacerlo. Prevendrá esto el partidor en la adjudicacion y suposicion correspondiente para dejar ileso el derecho de los herederos, y para que el viudo ó vida no pueda alegar ignorancia; y le advierto que si al tiempo de hacer la particion está casado otra vez, no se le debe abonar el lecho, porque no subsiste la causa de su concesion: tiene ya otro, y la ley no concede dos lechos, por cuya razon se ejecutorió así años pasados justamente por el consejo, con arreglo al espíritu de la ley.

13. Algunos partidores para aplicar el lecho al viudo ó viuda hacen un cómputo, y le adjudican en dinero ó en otros bienes lo que juzgan que vale, con atencion á la calidad y caudal de ambos; pero este es un error craso, y el lecho debe inventariarse y valuarse con separacion de las cosas de que se compone, para aplicarlas luego con distincion y claridad, y no dinero por ellas: lo uno, porque la ley no concede tal facultad, y ántes bien manda que el viudo lleve el mi mo lecho que tenia, y no su importe ni otras cosas por él; y lo otro, porque si llega el caso de su restitucion por volverse á casar, cumple con restituirle en el estado en que se halle, y habiéndosele entregado en dinero ó en otra especie, mal puede conocerse cuánta cantidad ménos ha de restituir, porque no se tienen presentes las cosas de que ha de hacerse la restitucion, ni el deterioro que padecieron con el uso. Así lo he practicado siempre, porque es justo, como lo dicta la misma razon, y debe observarse, no pactando lo contrario los interesados, y no habiendo motivo que lo impida. Otros partidores entregan los bienes de que se compone el lecho sin tasarlos ni inventariarlos; lo cual es igual ó mayor error por las razones expuestas, y por el perjuicio que se puede causar á los acreedores del marido, si el lecho se aplica de sus bienes ó de los gananciales á su viuda, y los que dejó no alcanzan para reintegrarles de sus créditos. Si el marido lega á su muger algun lecho fuera del que le corresponde por la ley, y tiene hijos, se practicará tambien lo que he

dicho, para que si se volviese á casar, le restituya cuando fallezca en el estado en que se halle; pues en este caso puede disfrutarle miéntras viva, por ser un legado voluntario.

CAPITULO XIV.

¿Si los herederos del marido estarán obligados á dar alimentos á su viuda miéntras se hace la particion, y de dónde habrán de deducirse?

1 Cuando la viuda queda embarazada, se la deben dar alimentos á costa de los bienes propios del marido.
2 Precauciones que ha establecido la ley para evitar supercherías en este punto.
3 No habiendo quedado embarazada la muger, pero sí con hijos en su casa y poder, permaneciendo todos juntos, y gastando sin cuenta ni razon del cuerpo del caudal inventariado, se ha de deducir de este lo gastado por todos en sus alimentos.
4 Si no hubiere quedado embarazada ni con hijos en su compañía, ¿se le deberán los alimentos?
5, 6 y 7 Si habiendo llevado dote la muger, ¿se la deberá alimentar miéntras se la entrega?
8 En los casos en que la muger tiene derecho á ser alimentada por los herederos de su marido, ha de trabajar y estar en la casa de estos.
9 Pasado el año prefinido para restituir la dote, no estarán obligados los herederos del marido á dar alimentos á su viuda.
10 Aunque la muger haya llevado dote, si los frutos de esta no alcanzan para alimentarla, únicamente deben darle los alimentos los herederos de su marido hasta en el importe de sus frutos, y no mas.
11 Aunque habiendo gananciales en el matrimonio y no dote, no deben los herederos contribuir de su propio caudal á la viuda con alimentos algunos durante la comunion del caudal comun, tendrá accion á pedirles la anticipacion de ellos á cuenta del haber que le corresponda por su mitad de gananciales.
12 Si estando ausentes los herederos del marido su viuda vende algunos bienes de este y cobra las deudas que tenia á su favor, y luego los herederos aprobando dicha venta y cobranza le hacen cargo de todo lo percibido, pretendiendo que lo reciba en parte de pago de su dote, puede ella resistirlo, solicitando que sea en cuenta de los alimentos que la corresponden miéntras se la entrega dicha dote.

---

1. Estan discordes los autores acerca de si los herederos del marido deben dar los alimentos á su viuda miéntras se hace la division de la herencia, y se le entrega su haber; y para aclarar este punto, no explicado en mi concepto con todo el discernimiento que exige, distinguiré de casos. Cuando la viuda quedó embarazada, aunque sea rica, es indisputable que se le deben los alimentos correspondientes á las facultades del difunto y circunstancias de ambos, porque es visto darse al póstumo, á quien deben alimentar los padres; y así, tenga ella ó no bienes de que vivir, y si trajo dote, restitúyasele ó no, se le debe contribuir con ellos de los bienes propios del difunto. Lo mismo se ha de decir, haya ó no gananciales, porque aunque la madre tiene igual obligacion que el padre de alimentar á sus hijos, especialmente en el tiempo de la lactancia, esto solo es en el caso de ser aquel pobre[1]; y si se sacasen dichos alimentos del cuerpo del caudal comun, habiendo gananciales, se le perjudicaria en la mitad que no debe pagar. Pero á la madre del póstumo extraño, instituido heredero, no se le deben alimentos como á la del legítimo; excepto que no tenga de que vivir, ó que el testador mande que, esté ó no indigente, se le contribuya con ellos, y dé la posesion de los bienes ó herencia que deja á su hijo.

2. Y porque algunas mugeres dicen que estan en cinta de sus difuntos maridos, no estándolo; para que los parientes que deben heredarlos no sean perjudicados en caso de no haber tal embarazo, ha establecido las precauciones, órden y modo de evitar todo engaño, una ley[2] que dice: *Mugeres y ha algunas, que despues que sus maridos son muertos, dicen que son preñadas de ellos: é porque en los grandes heredamientos que fincan* (quedan) *despues de muerte de los omes ricos podria acaescer que se trabajarian* (intentarian) *las mugeres de facer engaño en los partos, mostrando fijos agenos, diziendo que eran suyos; por ende* (por tanto) *mostraron los sabios antiguos manera cierta porque se puedan los omes guardar desto. E dijeron que cuando la muger dijese que fincaba preñada de su marido, que lo debe facer saber á los parientes mas propincuos de él, diciéndoles de como era preñada de su marido. E esto debe facer dos veces en cada mes, desde el tiempo que su marido fuesse muerto, fasta que ellos envien catar* (ver ó examinar) *si es preñada ó non. E si por aventra los parientes dubdaren de esto, deben enviar cinco buenas mugeres, que sean libres, que le caten* (registren) *el vientre, de manera que non la tengan* (toquen) *contra su voluntad; é de si, puedan enviar quien la guarde, si quisieren. E la guarda de esta muger debe ser de esta guisa* (manera): *Cá el juez de aquel logar, do esto acaesciere, si parientes del muerto lo demandaren, debe catar* (buscar) *casa de alguna buena dueña* (señora ó muger principal casada) *é honesta, en que more esta muger fasta que para. E ella morando en casa de esta buena dueña, cuando asmare* (creyese) *que debe parir, débelo facer saber á los parientes del finado, treinta dias ántes que encarezca, porque ellos envien otra vez algunas buenas mugeres é honestas, que le caten el vientre. E en aquella casa do oviere á parir, non debe haber mas de una entrada, é si mas tuviere débenlas cerrar; é á la puerta de aquella casa, do está la muger que dicen que es preñada, pueden poner los parientes del finado tres omes*

1 Véase el cap. 3 lib. 1 § 3 y 4.
2 La 17 tit. 6 part. 6.

dicho, para que si se volviese á casar, le restituya cuando fallezca en el estado en que se halle; pues en este caso puede disfrutarle miéntras viva, por ser un legado voluntario.

CAPITULO XIV.

¿Si los herederos del marido estarán obligados á dar alimentos á su viuda miéntras se hace la particion, y de dónde habrán de deducirse?

1 Cuando la viuda queda embarazada, se la deben dar alimentos á costa de los bienes propios del marido.
2 Precauciones que ha establecido la ley para evitar supercherías en este punto.
3 No habiendo quedado embarazada la muger, pero sí con hijos en su casa y poder, permaneciendo todos juntos, y gastando sin cuenta ni razon del cuerpo del caudal inventariado, se ha de deducir de este lo gastado por todos en sus alimentos.
4 Si no hubiere quedado embarazada ni con hijos en su compañía, ¿se le deberán los alimentos?
5, 6 y 7 Si habiendo llevado dote la muger, ¿se la deberá alimentar miéntras se la entrega?
8 En los casos en que la muger tiene derecho á ser alimentada por los herederos de su marido, ha de trabajar y estar en la casa de estos.
9 Pasado el año prefinido para restituir la dote, no estarán obligados los herederos del marido á dar alimentos á su viuda.
10 Aunque la muger haya llevado dote, si los frutos de esta no alcanzan para alimentarla, únicamente deben darle los alimentos los herederos de su marido hasta en el importe de sus frutos, y no mas.
11 Aunque habiendo gananciales en el matrimonio y no dote, no deben los herederos contribuir de su propio caudal á la viuda con alimentos algunos durante la comunion del caudal comun, tendrá accion á pedirles la anticipacion de ellos á cuenta del haber que le corresponda por su mitad de gananciales.
12 Si estando ausentes los herederos del marido su viuda vende algunos bienes de este y cobra las deudas que tenia á su favor, y luego los herederos aprobando dicha venta y cobranza le hacen cargo de todo lo percibido, pretendiendo que lo reciba en parte de pago de su dote, puede ella resistirlo, solicitando que sea en cuenta de los alimentos que la corresponden miéntras se la entrega dicha dote.

---

1. Estan discordes los autores acerca de si los herederos del marido deben dar los alimentos á su viuda miéntras se hace la division de la herencia, y se le entrega su haber; y para aclarar este punto, no explicado en mi concepto con todo el discernimiento que exige, distinguiré de casos. Cuando la viuda quedó embarazada, aunque sea rica, es indisputable que se le deben los alimentos correspondientes á las facultades del difunto y circunstancias de ambos, porque es visto darse al póstumo, á quien deben alimentar los padres; y así, tenga ella ó no bienes de que vivir, y si trajo dote, restitúyasele ó no, se le debe contribuir con ellos de los bienes propios del difunto. Lo mismo se ha de decir, haya ó no gananciales, porque aunque la madre tiene igual obligacion que el padre de alimentar á sus hijos, especialmente en el tiempo de la lactancia, esto solo es en el caso de ser aquel pobre[1]; y si se sacasen dichos alimentos del cuerpo del caudal comun, habiendo gananciales, se le perjudicaria en la mitad que no debe pagar. Pero á la madre del póstumo extraño, instituido heredero, no se le deben alimentos como á la del legítimo; excepto que no tenga de que vivir, ó que el testador mande que, esté ó no indigente, se le contribuya con ellos, y dé la posesion de los bienes ó herencia que deja á su hijo.

2. Y porque algunas mugeres dicen que estan en cinta de sus difuntos maridos, no estándolo; para que los parientes que deben heredarlos no sean perjudicados en caso de no haber tal embarazo, ha establecido las precauciones, órden y modo de evitar todo engaño, una ley[2] que dice: *Mugeres y ha algunas, que despues que sus maridos son muertos, dicen que son preñadas de ellos: é porque en los grandes heredamientos que fincan* (quedan) *despues de muerte de los omes ricos podria acaescer que se trabajarian* (intentarian) *las mugeres de facer engaño en los partos, mostrando fijos agenos, diziendo que eran suyos; por ende* (por tanto) *mostraron los sabios antiguos manera cierta porque se puedan los omes guardar desto. E dijeron que cuando la muger dijese que fincaba preñada de su marido, que lo debe facer saber á los parientes mas propincuos de él, diciéndoles de como era preñada de su marido. E esto debe facer dos veces en cada mes, desde el tiempo que su marido fuesse muerto, fasta que ellos envien catar* (ver ó examinar) *si es preñada ó non. E si por aventra los parientes dubdaren de esto, deben enviar cinco buenas mugeres, que sean libres, que le caten* (registren) *el vientre, de manera que non la tengan* (toquen) *contra su voluntad; é de si, puedan enviar quien la guarde, si quisieren. E la guarda de esta muger debe ser de esta guisa* (manera): *Cá el juez de aquel logar, do esto acaesciere, si parientes del muerto lo demandaren, debe catar* (buscar) *casa de alguna buena dueña* (señora ó muger principal casada) *é honesta, en que more esta muger fasta que para. E ella morando en casa de esta buena dueña, cuando asmare* (creyese) *que debe parir, débelo facer saber á los parientes del finado, treinta dias ántes que encarezca, porque ellos envien otra vez algunas buenas mugeres é honestas, que le caten el vientre. E en aquella casa do oviere á parir, non debe haber mas de una entrada, é si mas tuviere débenlas cerrar; é á la puerta de aquella casa, do está la muger que dicen que es preñada, pueden poner los parientes del finado tres omes*

1 Véase el cap. 3 lib. 1 § 3 y 4.
2 La 17 tit. 6 part. 6.

é tres mugeres libres, é hayan ellos dos compañeros, é ellas dos compañeras, que la guarden. E cada que oviere esta muger á salir de aquella casa á otra que sea dentro de aquella morada, para entrar en baño ó para otra cosa cualquier que sea menester, deben catar (mirar) *aquellas que la guardan, toda la casa, do quier que entrare, ó el logar do se quisiere bañar, de guisa non sea dentro otra muger que fuere preñada, ó algun niño ascondido, ó otra cosa alguna, en que pudiesen recibir engaño. E cuando algun ome ó muger quisiere entrar á ella, débenla escodriñar de manera que en su entrada, otrosí, non pueda ser fecho engaño. Otrosí decimos, que sintiendo la muger en sí misma tales señales, porque entendiesse que era cerca el parto, débelo aun facer saber á los parientes otra vez, que la envien á catar é guardar. E cuando fuere cuitada por razon del parto* (molestada con los dolores del parto), *non debe estar en aquella casa do ella está. ome ninguno; mas pueden estar hi* (allí) *fasta diez mugeres buenas, que sean libres, é fasta de seis sirvientas, que non sea ninguna dellas preñada, é dos otras mugeres sabidoras, que non sean usadas* (esten acostumbradas) *de ayudar á la muger cuando encaesce* (pare). *E deben arder en aquella casa cada noche tres lumbres, fasta que para, porque non pueda ser fecho algund engaño ascondidamente. E cuando la criatura fuese nacida débenla mostrar á los parientes del marido, si la quisieren ver. E seyendo guardadas estas cosas en la muger, de que fuere dubda si era preñada ó non, heredará el fijo que naciere della despues de la muerte de su marido, los bienes dél. E si esta muger sobredicha, de que fuere dubda si era preñada ó non, non se quisiere dejar catar el vientre, ó non quisiere que la guardassen, assi como sobre dicho es, ó en otra manera que fuese guisada* (razonable), *é usada en el logar do vive, maguer* (aunque) *pariesse é viviesse el fijo, non le entregarian de los bienes del muerto, á ménos de ser probado que la criatura naciera della en tiempo que pudiera ser fijo ó fija de su marido.* Pero debe tenerse presente que todas las precauciones de esta ley no son necesarias, y así se estará á la costumbre que haya en el pueblo, como ella misma lo insinúa.

3. No habiendo quedado preñada la muger, pero sí con hijos en su casa y poder, sean mayores ó menores, y permaneciendo todos juntos comiendo y gastando sin cuenta ni razon del cuerpo del caudal inventariado, se ha de deducir de esto lo gastado y consumido por todos en sus alimentos.

4. Si no quedó embarazada ni con hijos en su compañía, se ha de distinguir si trajo dote y hay gananciales ó no: si no trajo dote ni hay gananciales, como que no tiene comunion con los herederos del difunto, ni que percibir de la herencia, no deben alimentarla; y aun cuando haya gananciales, no se le deberán dar alimentos y los gastos que haga en estos, se le descontarán de la parte que le corresponde en aquellos, pues no estando preñada se ha de mantener de lo

suyo; bien que si en la buena fe de estar en cinta hubiere hecho algunos en alimentarse, no se le han de exigir, porque siempre que entre el que da alimentos y el alimentario media alguna conexion por razon de parentesco, amistad ó caridad, no ha lugar á la repeticion de los alimentos dados Lo propio se ha de decir de los hechos dentro de los nueve dias siguientes al fallecimiento del marido, quede ó no preñada, por ser costumbre inconcusa contribuirle con ellos.

5. En órden á si habiendo traido dote se la debe alimentar miéntras se le entrega, de cuyo punto trata latamente Garcia[1], ha de suponerse como incontrovertible que los herederos del marido, ó este, muriendo ántes su muger, tienen obligacion, segun derecho[2], de volver incontinenti la dote que consiste en bienes raices, por lo que no corresponden sus frutos sino á ella, ó á los suyos; y dentro del año siguiente al del fallecimiento la que consiste en muebles, semovientes y dinero; bien que si el marido es pobre, solo está obligado á restituirla como buenamente pueda, quedándole los competentes alimentos, ni debe ser preso por ello, en cuyos términos se ha de constituir su obligacion á devolverla; pero si en el contrato total se limita el término para su restitucion, se ha de estar á lo pactado.

6. Esto supuesto, soy de parecer que los herederos del marido deben alimentar á su viuda de los bienes propios de aquel (y no de los comunes, como algunos dicen, porque entónces se le pagaba la mitad de lo suyo), durante el tiempo prefinido por la ley ó los contrayentes para la restitucion de su dote, consista esta en bienes raices, ó en muebles semovientes ó dinero, si los retienen, y no se los entregan: en primer lugar, prescindiendo de que lo dicta la humanidad, por el lucro cesante ó daño emergente, y por estarse utilizando los herederos, y reteniendo bienes que saben no son suyos ni les tocan por título alguno como al marido, en cuya atencion deben restituirlos con los frutos á la muger; aunque los alimentos no se deban á los herederos de ella, por ser su privilegio meramente personal, y así si la muger es la que fallece, no tiene derecho á pedirlos: y en segundo lugar, porque disuelto el matrimonio conserva la dote los privilegios que durante él tenia, hasta que se restituya; y como el marido estaba obligado á alimentar á la muger miéntras vivió, lo estan tambien sus herederos que le representan, ínterin no hagan la restitucion: lo cual procede, aunque se la constituya depositaria de todos los bienes de la herencia, miéntras se evacue la particion; pues sin embargo de que tiene en su poder su dote y todo cuanto le puede corresponder, no le tiene libremente como suyo, sino como obligacion de responder de ello, y así no hay tradicion con libre dominio, cual se requiere para que se entienda restituida y entregada su dote.

1 *De expens.* cap. 8 n. 29 &c. y 37. | 2 L. 31 tit. 11 part. 4.

7. Pero no obstante, lo expuesto tiene varias limitaciones: la primera es cuando la muger tiene otros bienes con que alimentarse, porque cuando la ley manda á alguno que dé alimentos á otro, no debe hacerlo si tiene bienes, oficio ú otra cosa con que poder vivir sin desdoro suyo, segun se infiere de la ley 6 tit. 19 Part. 4 y su glos. 5 (*). La segunda es cuando el marido ó sus herederos no quieren gozar del beneficio de la dilacion anual, y entregan incontinenti la dote, porque entónces cesa la causa de la contribucion alimentaria; pero no basta su oferta verbal, sino que ha de ser real y efectiva la entrega: la tercera limitacion es respectiva á los alimentos pasados, los cuales no puede pretender, á ménos que habiéndolos pedido á los herederos y tardado estos en dárselos, haya tenido que pedir prestado para alimentarse durante esta demora: la cuarta es, cuando la muger quiere compensar sus alimentos con los frutos de sus bienes dotales, sean muebles, semovientes ó inmuebles, percibidos por los herederos: en cuyo caso si los frutos exceden á los alimentos, deberán darle el exceso; y por el contrario si estos importan mas, deben dárselos y quedarse con los frutos, sin que haya lugar á ninguna repeticion por el exceso; y la quinta limitacion es cuando se le comunican los gananciales durante la comunion del caudal por alguna de las causas expresadas en el cap. 8 tit. 2 lib. 1, parraf. 29 y 30, porque la ley no se los concede, y cederia en detrimento notable de los herederos, en cuya atencion debe contentarse con su mitad de utilidades, y no pedir alimentos algunos, excepto que quede en cinta.

8. Pero es de notar que los casos en que la muger tiene derecho á ser alimentada por los herederos de su marido, ha de trabajar y estar en la casa de estos, porque cuando por disposicion de la ley se deben alimentos á alguno, debe trabajar en la del que tiene obligacion de dárselos; aunque esto se ha de entender si cómoda y honestamente puede vivir con ellos, pues no pudiendo hacerlo, se los han de dar en la parte en que habite; bien que puede permanecer en la casa en que viva con el difunto hasta que se le entregue su dote, y una vez que se halle legítimamente en posesion de ella, por estar hipotecados todos sus bienes á su restitucion, puede retenerla y debe ser amparada; pues á quien se da la accion, con mayor motivo debe darse la excepcion.

9. Pasado el año prefinido para restituir la dote, no estan obligados los herederos del marido á dar alimentos á su viuda, porque tiene facultad para compelerlos judicialmente á su devolucion; y si

(*) Las palabras de la ley que hacen al propósito son estas: *Otrosí, cuando el fijo oviesse de lo suyo, en que pudiese vivir, ó oviesse tal menester, porque pudiesse guarescer* (socorrerse) *usando dél sin mal estanca de sí; entonce, non es tenudo el padre de pensar dél. Eso mismo decimos del fijo, que debe facer contra su padre.* Febrero reformado.

no lo hace, échese á sí misma la culpa de su morosidad en no usar de su derecho, aunque si habiéndosela perdido tardan en entregársela, puede pretender los intereses de dote retardada por culpa de ellos.

10. Sin embargo de que la muger haya llevado dote, si los frutos de esta no alcanzan para alimentarla, únicamente deben darle alimentos los herederos de su marido hasta en el importe de sus frutos, y no mas; pues aunque si viviera el marido la alimentaria enteramente, trajese poca ó mucha dote, ó ninguna, esta obligacion es meramente personal, que no comprende á sus herederos sino en cuanto alcancen los frutos de los bienes que la retienen, excepto que esté embarazada; y así ninguna ley se la impone, por no militar en ellos la razon que en el marido.

11. Aunque como se ha dicho en el párrafo 4, habiendo gananciales en el matrimonio y no dote, no deben los herederos contribuir de su propio caudal á la viuda con alimentos algunos durante la comunion del caudal comun; tendrá accion á pedirles le anticipen lo necesario para mantenerse miéntras se efectúa la particion, á cuenta del 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 voluntand lo que á tí 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 fuera 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, miéntras 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 al precio que valgan á la sazon, y no el que tenia 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 legitimados ó ilegítimos 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. ¿Cuándo habrá ó no lugar á la eviccion 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.

1 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.

2 Cuando el testador divida entre estos ó aquellos su hacienda, debe el juez seguir su voluntad, no perjudicando á los hijos en su legítima.

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 el juez.

4 El juez debe hacer la adjudicacion en una ó mas cosas íntegras á cada heredero, y no dejarlas proindiviso entre todos.

5 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.

6 El padre puede revocar la particion que hubiere hecho entre sus hijos, si no expresó que queria que fuese irrevocable.

7 ¿Cuándo tendrá ó no lugar el derecho de acrecer en la legítima de los hijos?

8 Los ascendientes, teniendo descendientes legítimos, no pueden disponer mas que de un quinto de sus bienes libres en vida y muerte.

9 Las donaciones pequeñas que hubiere hecho el padre en vida, como á pobres, criados &c., no deben computarse en parte de dicho quinto.

10 Donando el testador un quinto á un descendiente, y legando otro quinto á otro descendiente, valdrán entrambos si no dispone del tercio.

11 Lo mismo procede cuando deja un quinto por su alma ó á favor del extraño, y otro á un descendiente legítimo.

12 ¿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?

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, nombrándole, el mismo quinto que legó al primero, no habrá dos quintos, sino uno para entrambos legatarios.

1. 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 abintestato[1].

2. Puede dividir su hacienda el testador entre sus herederos legítimos ó extraños[2], y el juez debe seguir su voluntad, no perjudicando á los legítimos en su legítima[3], 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 é ello, por no ser presumible que nadie mire mejor que un padre por el bien de sus hijos[4].

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 el juez[5]; 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, ántes bien se debe dejar á arbitrio del juez la aplicacion y pago[6].

4. Pero el juez debe hacer la aplicacion en una ó mas cosas íntegras 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

1 L. *Inter filios.* Cod. *Familiae erciscundae*, ley *Lege*, Cod. y ley 1 ff *De legitim. haeredib.*, y ley *Ut liberis.* Cod. *De collationib.*

2 L. 9 tit. 15 part. 6.

3 Acerca de la legítima de los hijos véase el lib. 2 tit. 2 cap. 3 § 14 y siguientes.

4 En órden 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 Velasc. *De partit.* cap. 18 n. 15 al 22.

5 Velasc. *De partit.* dicho cap. 18.

6 Velasc. en el mismo cap. n. 3, 4 y 23.

*

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 2.° del título anterior, párrafos 11 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 sí en los demas bienes de que se le permite disponer[1].

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 órden 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 casos: 1.° 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: 2.° si fueren instituidos juntamente con algunos extraños, y todos los hijos repudiaren sus partes, ó faltaren por algun motivo, tambien es indudable que estas se acrecen á los extraños: 3.° cuando siendo institudos juntamente con extraños repudia alguno de los hijos su legítima, ó no la percibe por otra causa, se acrecerá solamente á los hijos: 4.° 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 de mas de la hacienda es legítima de los hijos. Ahora explicaré

1 L. *Quoniam in priorib.* Cod. *De inoffic. testam.* Guerreir. *De divis.* lib 1 cap. 1 n. 36. Ayor. part. 1 cap. 5 n. 14.

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 &c. no es debe, segun 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 atarian demasiado las manos al padre, dueño de sus bienes, y aun se le retrairia 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: ademas de que no hay ley que se lo prohiba; pero si dichas donaciones importan una cantidad considerable, se computarán 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 legítima de los hijos[1]; lo cual deberá graduar el juez prudente, atendidos los haberes del donante y demas circunstancias.

10. Donando el testador un quinto á un descendiente legítimo, 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 ménos 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 ménos, 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 entónces el quinto es parte de este[2].

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 legítimo; 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 descendiente teniendo descendientes legítimos; pues se deducirá el quinto, y como tal valdrá hasta en su im-

1 Gutier. lib. 2 *Pract.* q. 62. 2 Ayor. part. 2 q. 8.

porte, 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 inútil[1].

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 llevaban mayor porcion, y por consiguiente se gravaria á estos en su legítima[2]; pero no obstante, yo tengo por cierta la opinion afirmativa, segun indiqué, aunque de paso, en el capítulo 18 título 2 libro 2 párrafo 81. Las razones en que me fundo son: 1.ª 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 2.ª porque seria demasiado violento limitar y minorar el quinto en el caso de que tuviese cinco ó mas hijos el testador, 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 partes 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 padres[3]. 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, si no es que el testador mande otra cosa, ó se colija de su voluntad.

1 L. 7 tit. 12 lib. 3 del Fuero.
2 Escobar. comput. 3.
3 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 entónces 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.

1 Cuáles se llaman gastos funerales: estos deben deducirse del quinto cuando el testador tiene descendientes legítimos.
2 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?
3 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.
4 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.
5 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.
6 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.
7 Si teniendo el testador descendientes legítimos lega el usufruto 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 usufrutuario del quinto.
8 ¿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?
9 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?
10 y 11 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?
12 ¿Si el donatario á quien el testador entregó irrevocablemente el quinto en vida, estará obligado á pagar el importe de las misas, aniversarios, limosnas, legados y demas que aquel mandase distribuir?
13 Habiendo mejorado el padre en el tercio y quinto de sus bienes á un hijo, edificado ó comprado despues una capilla para su entierro y el de su familia, dotándola con renta y con el cargo de que anual y perpetuamente se celebrase en ella cierto número de misas, señalando bienes para esta renta, ¿deberán deducirse del quinto ó del cuerpo de la herencia los gastos de la capilla y la carga de las misas?
14 Legando el testador á su muger ó un hijo el quinto de sus bienes, y consignándole en cierta cantidad que le valia, ¿deberán deducirse del valor de ella los gastos del funeral misas y legados pios y graciosos?
15 Si el padre, condenado en vida á dar

porte, 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 inútil[1].

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 llevaban mayor porcion, y por consiguiente se gravaria á estos en su legítima[2]; pero no obstante, yo tengo por cierta la opinion afirmativa, segun indiqué, aunque de paso, en el capítulo 18 título 2 libro 2 párrafo 81. Las razones en que me fundo son: 1.ª 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 2.ª porque seria demasiado violento limitar y minorar el quinto en el caso de que tuviese cinco ó mas hijos el testador, 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 partes 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 padres[3]. 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, si no es que el testador mande otra cosa, ó se colija de su voluntad.

1 L. 7 tit. 12 lib. 3 del Fuero.
2 Escobar. comput. 3.
3 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 entónces 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.

1 Cuáles se llaman gastos funerales: estos deben deducirse del quinto cuando el testador tiene descendientes legítimos.
2 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?
3 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.
4 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.
5 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.
6 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.
7 Si teniendo el testador descendientes legítimos lega el usufruto 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 usufrutuario del quinto.
8 ¿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?
9 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?
10 y 11 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?
12 ¿Si el donatario á quien el testador entregó irrevocablemente el quinto en vida, estará obligado á pagar el importe de las misas, aniversarios, limosnas, legados y demas que aquel mandase distribuir?
13 Habiendo mejorado el padre en el tercio y quinto de sus bienes á un hijo, edificado ó comprado despues una capilla para su entierro y el de su familia, dotándola con renta y con el cargo de que anual y perpetuamente se celebrase en ella cierto número de misas, señalando bienes para esta renta, ¿deberán deducirse del quinto ó del cuerpo de la herencia los gastos de la capilla y la carga de las misas?
14 Legando el testador á su muger ó un hijo el quinto de sus bienes, y consignándole en cierta cantidad que le valia, ¿deberán deducirse del valor de ella los gastos del funeral misas y legados pios y graciosos?
15 Si el padre, condenado en vida á dar

alimentos á un hijo natural miéntras viviere, dejare hijos legítimos, y á uno de estos, ó á un extraño legase el quinto ó dispusiese de él por su alma, ¿deberán deducirse dichos alimentos del cuerpo de su caudal, ó habrá de pagarlos el legatario del quinto?

1. Llámanse gastos funerales los que se hacen para el entierro del cadáver, y estos deben ser moderados, atendidas las circunstancias y facultades del difunto[1]; pues si son excesivos y se hacen por vanidad, como si manda que se le haga algun mausoleo ó monumento ú otras cosas semejantes, no siendo cuantioso y proporcionado para ello su patrimonio, no se debe cumplir su voluntad. Los gastos funerales se deben deducir del quinto de su hacienda, teniendo descendientes legítimos, como lo ordena la ley 30 de Toro, que es la 9 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec., y dice: „La cera y misas y gastos del enterramiento, se saquen con las otras mandas graciosas, del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario." Si manda expender ménos de lo justo y equitativo, debe observarse su voluntad; y si se expendiere mas de lo que señaló, se sacará del cuerpo de su hacienda y no del quinto. Tambien se deben bajar de este los gastos ó derechos de visitar el testamento, aunque la ley no habla de ellos, porque como accesorios siguen la naturaleza de los del funeral y misas; y una vez que se utiliza del quinto el sujeto á quien se lega, y que es de su obligacion el satisfacer las mandas, misas, funeral, y en suma las demas obligaciones piadosas que le prescribió el testador, es consiguiente que deba tambien pagar todos los gastos que se causen en declarar que cumplió su voluntad, pues es visto que le gravó con su satisfaccion; y así lo he practicado, y se ha aprobado judicialmente. Pero los de la misa de novenario y cabo de año que los herederos hagan por sí, deben pagarlos, y no han de sacarse del quinto, porque los hacen por su voluntad, y no son concernientes al entierro, ni la ley inserta habla de ellos: excepto que el testador mande hacerlos, en cuyo caso se tendrán por funerarios, y se deducirán del quinto.

2. Si consta que un ascendiente, teniendo descendientes legítimos, mandó celebrar en vida algunas misas, parece que debe deducirse su importe del cuerpo del caudal y no del quinto, como el de las dejadas en disposicion última: lo uno, porque es gasto hecho en vida, y cada uno como dueño de sus bienes puede expenderlos y hacer lo que quiera de ellos: lo otro, porque si los hijos á quienes su padre redimió del cautiverio no estan obligados á colacionar

1 L. 12 tit. 13 part. 1.

con sus hermanos lo expendido en su rescate, como se dirá en el capítulo 8, ni se imputará á su padre en el quinto por ser obra de piedad, mucho mas justo y pio es que no se impute en él lo que expendió en beneficio de su alma ó de la de sus difuntos; y lo otro, porque una vez que la ley 30 de Toro, que prefine de dónde se deben sacar los gastos funerarios, incluye entre ellos las misas, es visto hablar de las que el testador deja mandadas en su última disposicion, y no de las celebradas en su vida; ó que por hallarse consumido el importe de su limosna, y no estar en su caudal, no se debe hacer mérito de ellas. Pero sin embargo diré que siendo crecido el gasto hecho en la celebracion de misas se debe deducir del quinto: en primer lugar, porque el testador que tiene descendientes legítimos, no puede gastar, dar ni disponer por su alma ni á favor de otro de mas que del quinto en vida y muerte, por prohibírselo expresamente la ley 28 de Toro: en segundo lugar, porque de la propia clase son las misas celebradas en vida que las mandadas celebrar para despues de la muerte, y todas sirven igualmente de sufragio á quien las manda decir, ó á la persona á quien quiere aliviar, en cuya atencion se debe hacer de las unas el mismo juicio que de las otras, sin atender al tiempo en que se celebran; y en tercer lugar, porque la citada ley 30 habla indistinta y generalmente, y quienes la establecieron, aunque no ignoraban que muchos lo hacen en vida y aun asisten á sus exequias, léjos de exceptuar el caso de que se habla, ordenaron que, aun cuando el testador mande lo contrario, se deduzcan del quinto: por lo que á vista de prohibicion tan clara, absoluta y terminante no debemos exceptuarle, mayormente no habiendo razon poderosa para ello, y estando resuelto que la ley que habla con generalidad se debe entender con la misma, aunque en un caso milite mayor razon que en otro; y que mediante á no poder haber leyes para todos (*), se decidan los que no esten expresamente decididos por las que determinan los que regularmente acontecen, pues es visto estan comprendidos en ellas, á cuya consecuencia la ley 30 no tuvo necesidad de especificar el presente, y como regularmente se mandan decir las misas para despues de la muerte, las incluyó por esto entre los gastos funerarios; de suerte que el practicar lo contrario será contravenir á ella y á la 28, perjudicar gravemente á los herederos legítimos, y

(*) Aunque no se puedan establecer leyes para todos los casos, pueden crearse leyes que sin hablar de ellos ó proponerlos, los comprenden y abrazan todos: quiero decir, leyes que establezcan principios sólidos y reglas generales bien meditadas, por las cuales se decidan cuantos casos ocurran; y así debieran ser todas las leyes, prohibiéndose por otra parte toda interpretacion; pues yo estoy persuadido enteramente con los buenos políticos, de que los inconvenientes que resulten de seguir lo literal de semejantes leyes, son mucho menores que los que ocasiona la funesta libertad de buscar el espíritu de la ley, espíritu que varia segun el modo de pensar ó los caprichos de cada uno. *Febrero reformado.*

dar al testador mas facultad que la que le concede. Por tanto, si la cantidad expendida en vida por el difunto es considerable atendido su caudal, lo que debe regular el juez, se ha de bajar é imputar en el quinto, deje ó no misas en su última disposicion, para que sus descendientes no sean perjudicados en sus legítimas, agregándola al cuerpo de la hacienda, como si realmente existiera, deduciéndola luego del quinto, como si mandara celebrar las misas en su testamento, y aplicándola en vacío, como gastada, al legatario de él si le hubiere; y si los gastos de misas dichas en vida y los de su funeral excedieren al importe del quinto, se quedarán sin cosa alguna los legatarios, los descendientes pagarán el exceso, que se les desfalcará de sus legítimas como consumido, haciendo la cuenta de que este ménos caudal dejó su ascendiente. Pero si la cantidad expendida fué corta, no se debe hacer aprecio de ella por las razones expuestas en el párrafo 9 del capítulo anterior. Y si constare haberse expendido por via de restitucion, como suelen tener que hacerla algunos traficantes que no hacen memoria de los intereses excesivos que llevaron, ni á quienes perjudicaron, tampoco se debe hacer aprecio de su importe, porque este no era caudal suyo, ni se debió inventariar. Tendrá presente todo esto el partidor, pues así lo resolví y se aprobó en la particion que hice de los bienes de Manuela Redondo en el año de 1788 por la escribanía numeraria de la corte, que ejerce D. José Perez del Haya; y los autores no tocaron como debieron este punto con la solidez y distincion que exige, dando lugar á que muchos titubeen y cometan absurdos en su resolucion.

3. Careciendo el testador de descendientes legítimos, y testando entre extraños ó parientes, se deben deducir todos los referidos gastos del cuerpo de su propio caudal, no mandando expresamente lo contrario, por ser visto que quiso gravarlos con ellos á proporcion de su haber. Igualmente se deben bajar de él (aunque tenga descendientes, si no ordena otra cosa) los derechos de la apertura, publicacion y reduccion á escritura pública de su testamento y codicilo cerrados, y copia original que se saque de ellos, y los del nuncupativo que haga el comisario en virtud de su poder: lo primero, porque de ninguno de ellos habla la ley inserta, y así no se pueden considerar comprendidos en ella; y lo segundo, porque no son concernientes al entierro, sino á saber su voluntad para cumplirla, lo cual incumbe principalmente á sus herederos, y no al legatario del quinto solo. Así lo he practicado, y se ha aprobado judicialmente, y lo prevengo al partidor porque no tocan los autores este punto, y muchos por esta causa dudan acerca de él.

4. Pero haya dejado ó no descendientes legítimos el testador,

y por no tenerlos instituido á extraños, ó teniéndolos á ellos mismos, nunca se deben deducir los gastos funerarios del cuerpo del caudal inventariado, ni del de los gananciales, si dejó muger, ó esta marido: en primer lugar, porque teniendo bienes cualquiera de los cónyuges, debe enterrarse, y han de hacérsele los sufragios á su costa, por ser deuda suya contraida por el hecho de nacer; y en segundo lugar, porque con deducirse de los gananciales se perjudica al otro cónyuge en la mitad, y no siendo, como no es, deuda contraida durante el matrimonio con motivo de la sociedad conyugal, no se debe deducir de ellos, como cuando lo es. No obsta decir que los gastos funerarios son preferidos á todas las deudas que el difunto contrajo miéntras vivió, y que así con mayor razon se deben bajar de los gananciales, pues esto se entiende cuando no tiene bienes suficientes propios para reintegrar á todos sus acreedores, y disputan sobre prelacion, en cuyo caso es forzoso que se graduen por el tiempo y por el privilegio; mas no en el presente en que se trata de perjuicio de tercero, que no es deudor ni está obligado, y el que lo es tiene bienes bastantes, no solo para costear los referidos gastos, sino tambien para que se le herede. Tendrálo presente el partidor, pues muchos ignorantes practican lo contrario, y en el modo de hacer estas y otras deducciones causan imponderables perjuicios á los interesados en las herencias.

5. Si la herencia fuere tan corta ó 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 otro cónyuge, por ser preferidos á estas, á la mejora y á todas las deudas del difunto, porque aquel no está obligado á enterrarle cuando este dejó con que pagarlos; en cuyo caso serán nulos enteramente los legados que haya hecho á extraños, no la mejora del tercio dejada á alguno de sus descendientes, pues pagará este tambien á proporcion de su haber lo que falta para el completo de dichos gastos. La cuenta se hace separando el importe del quinto, bajando el exceso de ellos del residuo de la herencia, deduciendo de lo que quede la mejora, y luego partiendo el remanente como legítimas entre los herederos, con lo cual satisface cada uno á prorata el exceso de los gastos del quinto; ó bajándolos todos del cuerpo del caudal líquido del difunto, y con esto hay ménos cuentas y números que hacer.

6. Legando el testador en testamento ó en otra disposicion última dos quintos á dos hijos ó descendientes suyos, valdrán; y aunque parece que los gastos funerarios se deducirán del segundo quinto con los legados, porque el nombrado primero se conceptúa mas predilecto, y como tal el quinto que le legó se ha de reputar parte de tercio, lo cierto es que de ambos quintos deberán deducirse los ex-

presados gastos, y los legados por mitad, en cuanto quepan, y no excedan de la quinta parte líquida del caudal del testador; porque siempre se presume que el afecto del padre á sus hijos es igual, y que quiso guardar igualdad entre ellos: ademas de que en duda, la condicion puesta al uno, se entiende repetida en la persona del otro; por lo que habiéndoles dejado en una misma disposicion igual porcion, es visto haber querido que sufriesen igualmente el gravámen. Lo propio milita cuando en un contrato les dona los dos quintos, pues hay la misma razon.

7. Si teniendo el testador descendientes legítimos lega el usufruto del quinto á su muger ó á un extraño, y á sus descendientes la propiedad de los bienes que le importan, pagarán éstos los gastos de su funeral, misas y legados específicos que hizo, y no el usufrutuario del quinto; porque como su usufruto no equivale á la propiedad, si grava al usufrutuario con la satisfaccion de ellos, y vive poco tiempo, tendrá que suplirlos de su propio caudal, y en vez de ser beneficiado, segun quiso el testador, será perjudicado.

8. Instituyendo herederos el testador á sus hermanos, por no tenerlos forzosos, dejando el quinto de sus bienes á un hijo natural ó espurio, haciendo algunos legados, y mandando que los paguen sus herederos, ó no disponiendo cosa alguna acerca de ellos ni de su funeral, parece que se deben deducir del quinto los legados y gastos funerarios, segun la ley 30 de Toro; pero no obstante, siendo genéricos los legados, los deberán satisfacer los herederos, y no el hijo legatario del quinto, porque dicha ley se entiende, segun se ha sentado, cuando los herederos son descendientes legítimos, en cuyo perjuicio solo puede el testador disponer del quinto, no cuando no lo son, porque entónces el hijo natural es capaz de heredarlo todo, queriendo dejárselo el testador, segun la ley 10 de Toro, y de justicia se le deben los alimentos; en cuya atencion únicamente se deducirán del quinto los legados específicos, porque estos en cuanto á su importe derogan el legado general de aquel[1]; mas los genéricos y gastos de funeral y misas serán de cuenta de los herederos. Y las deudas del testador se han de bajar ante todas cosas del cuerpo de su caudal, porque hasta que se deduce y separa todo su importe no hay herencia, legados ni quinto; excepto que mande lo contrario, si tiene para pagar y deja que heredar, en cuyo caso será visto quiere que el quinto sea mayor, que del residuo del caudal paguen los herederos sus deudas, y que su herencia sea menor.

1 No hay razon de diferencia en el caso propuesto entre los legados genéricos y específicos, pues el fundamento porque los hermanos deben satisfacer los primeros despues de deducido el quinto, tiene tambien lugar respecto á los segundos; y así no se deducirán de este ni se derogarán, como dice el autor siguiendo á Ayora. *Febrero reformado.* Cuáles sean los legados genericos y especificos se dijo en el lib. 2 tit. 2 cap. 18 § 2.

9. Haciendo el padre donacion de un quinto en contrato irrevocable á un hijo, y de otro en disposicion última á otro hijo, parece que deben deducirse del segundo los legados, misas y gastos funerarios, aunque el padre mande que se deduzcan del primero, segun afirma Ayora, fundándose en que el donante no puede, sin consentimiento del donatario, imponer condicion ni gravámen en la donacion pura é irrevocable despues de hecha: en que el primer quinto, atendida la cualidad de las personas, se entiende haber sido donado en lugar del tercio, no constando expresamente lo contrario de la voluntad del donante, quien así como lo donó á su descendiente, pudo haberle donado la cuarta, tercera ó sexta parte; y en que no entendiéndose de esta manera se gravaria demasiado, porque se privaba de la facultad de testar y legar, la que es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su testamento, como mas propio y adecuado, disponiendo en uso de ella del segundo quinto, único patrimonio suyo libre, que teniendo descendientes legítimos le concede la ley 28 de Toro, del cual manda la 30 se deduzcan. Del mismo dictámen son Gutierrez y Acevedo, y al mismo me inclino, no por la razon que da Ayora de que el testador quedaria intestable, pues aunque no haya mas que un quinto, y le entregue irrevocablemente en vida al legatario, siempre se revoca en cuanto al funeral, como el mismo Ayora sienta en la cuestion 14, y no se llama intestable el que puede disponer de sus bienes, aunque sea solamente entre ciertas personas; sino por las demas que expone, y porque por el hecho de hacer legados en su última disposicion, y no ignorar que habiendo descendientes se deben deducir del quinto, y que el primero como irrevocable no puede gravarse en nada despues de la tradicion, ni revocarse mas que en lo tocante al funeral, como ni tampoco que puede mejorarse en el tercio á cualquiera de sus descendientes; es visto haber querido usar de la facultad que le concede la ley, y por consiguiente que el primero se reputase parte del tercio, y el segundo quinto verdadero; bien que si cuando hizo la donacion, mandó que de su quinto se dedujese todo, como pudo hacerlo, se deducirá de él y no del segundo, estimándose este parte del tercio, y no verdadero quinto.

10. Si el testador dispuso del quinto en donacion ú otro contrato irrevocable á favor de hijo suyo ó de extraño, ó hizo alguna donacion que, segun la ley 26 de Toro, deba imputarse en el quinto, se duda, por no expresarlo la ley, de dónde se han de sacar los gastos necesarios de su funeral y misas, y los legados; si del quinto donado irrevocablemente, ó del cuerpo de la hacienda del donante; para cuya perfecta inteligencia deben suponerse dos casos. El primero es cuando la cosa donada no se entregó al donatario, y entónces se deben bajar del quinto los gastos funerarios, ya porque el donatario es

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

acreedor, y aquellos se prefieren segun derecho á todos los acreedores por privilegiados que sean[1], y ya porque el difunto no dejó mas bienes, puesto que los demas son legítima de sus hijos, que no puede gravarse. El segundo caso es cuando se le entregó el quinto, y aunque parece que entónces se deberán deducir las expensas funerarias de los bienes del difunto, porque una vez que el quinto se ha donado irrevocablemente en vida, y entregado su importe al donatario, se hizo del patrimonio de éste, y no conserva ya el nombre, ni surte efecto de quinto, como tambien porque la donacion perfecta no puede revocarse por ninguna razon sin causa legal, ni aun por las referidas expensas, pues estas se equiparan á los legados gratuitos, los cuales es constante que no revocan la donacion válida precedente; es cierto no obstante que aquellas se deben deducir del quinto y no de los demas bienes, así como cuando no se entregó al donatario: en primer lugar, porque los pactos privados no pueden prevalecer ó derogar las leyes, y como segun la 30 de Toro se han de sacar del quinto, y no del cuerpo de la herencia dichos gastos, aunque el testador mande lo contrario, debe satisfacerlos el legatario del quinto, habiendo descendientes, ya se le legue, ya se le done ó entregue irrevocablemente, pues la ley no distingue: en segundo lugar, porque el donatario posée los bienes con este gravámen que les impone la ley en cualquiera parte que se hallen; y en tercer lugar, porque si el acreedor por contrato oneroso le sufre, puesto que su crédito se pospone á los expresados gastos, con mayor razon debe sufrirle el que lo es por contrato lucrativo.

11. Aunque este donatario ó legatario extraño, á quien se entregó el quinto, esté obligado á la satisfaccion de los gastos funerarios, puede compeler el juez por algun motivo justo á los herederos extraños á suplirlos en el ínterin, para que no se dilate el dar sepultura al cadáver, y si lo hiciesen, tienen accion á repetirlos luego del donatario; mas habiéndolos hecho espontáneamente sin preceder el apremio, no podrán repetirlos, porque es visto haberlos hecho por piedad, excepto que protesten su repeticion[2]. Los herederos legítimos, aun cuando los suplan sin ser compelidos ni hacer protesta, podrán exigirlos del donatario, pues en duda se presume haberlos suplido con este ánimo, mediante á que no es de creer quisiesen consentir en la lesion ó diminucion de sus legítimas (*).

1 LL. 12 tit. 13 part. 1 y 30 al fin tit. 13 part. 5.

2 L. 12 tit. 13 part. 1.

(*) El reformador de Febrero impugna aquí la doctrina del autor, diciendo deberse presumir de los herederos legítimos mas bien que de los extraños el que hagan dichos gastos funerarios por piedad, á causa de su parentesco con el difunto, y del afecto que es regular le profesasen, interesándose ademas en hacerlos el pundonor de los mismos. Y si de los herederos legítimos, añade, se puede decir que no es presumible quisiesen consentir en la diminucion de sus legítimas, tambien podrá decirse de los herederos extraños no ser presumible que consintiesen en la diminucion de sus partes hereditarias, haciendo unos gastos que no les pertenecian. Pero el adicionador de Febrero sostiene la opinion de este contra el reformador, diciendo que aunque en los herederos extraños pudiera igualmente presumirse esta falta de consentimiento, es muy de notar la razon que versa en uno y otro caso, pues los legítimos heredan lo que de antemano era suyo, como condueños con el padre, y los otros nada tendrian si el testador no los hubiera agraciado con la institucion; por consiguiente nada se les quita ni se les perjudica, respecto que hacen dichos gastos con lo mismo que heredan, en agradecimiento sin duda de haber sido instituidos, y por piedad. Esta reflexion es muy atinada, y no puede negarse que hay en este caso una notable diferencia entre el heredero extraño y el legítimo. Cuando aquel hace dichos gastos voluntariamente sin protestar que su intencion es repetirlos, parece clara su intencion de hacerlos como un obsequio piadoso en agradecimiento á haber sido nombrado heredero, pues que sin este nombramiento ningun derecho tenia á los bienes del difunto. No así los herederos legítimos, quienes no por voluntad del testador sino por ministerio de la ley adquieren su legítima, la cual no puede ser gravada ó disminuida; por consiguiente en este caso la presuncion es contraria, quiero decir, se debe favorecer á la legítima para no gravarla, pues tal es el espíritu de la ley. Por otra parte el donatario ó legatario extraño adquiere el quinto con el gravámen de dichos gastos, y no parece justo que sea beneficiado con perjuicio de los herederos legítimos; cuya consideracion no tiene lugar respecto de los extraños, que han adquirido la herencia graciosamente, y estan en el mismo caso que el referido legatario.

1 Otras razones dan algunos autores, que expondré en adelante.

12. En órden á las misas, aniversarios, limosnas, legados y demas que el testador haya mandado distribuir teniendo descendientes legítimos, parece que el donatario á quien entregó irrevocablemente el quinto en vida, estará obligado á pagar su importe, respecto que aun cuando le haya entregado la posesion de los bienes, le puede revocar, porque la irrevocabilidad de que en el caso de entrega de posesion habla la ley 17 de Toro, se limita expresamente al tercio, por no hacer mencion de quinto[1]. Pero no obstante digo, que si precedió causa onerosa con tercero, y entrega de los bienes del quinto al donatario, no podrá el testador revocarla, ni disponer de mas que de lo correspondiente á un funeral moderado, misas y descargos de su conciencia, con lo cual no queda intestable; y en cuanto á los legados y demas cosas será ineficaz su voluntad: lo primero, porque le obstan la donacion y entrega y la causa onerosa para hacerla: lo segundo, porque los legados voluntarios y donacion posterior no revocan la irrevocable precedente, por no haberse acabado la facultad del donante, y no poder en perjuicio del donatario hacer mas ni ménos de lo que habia hecho; á diferencia de los gastos expresados, en los cuales siempre se entiende revocado el quinto, porque se interesa en ello el público, son preferidos á todos los créditos, y de lo contrario quedaria intestable: lo tercero, porque le obsta tambien la legítima de los hijos que no se puede gravar en cosa alguna; y lo cuarto, porque aunque es cierto que la ley 17 de Toro dice que el mejorante puede hacer irrevocable el tercio, dejando en silencio el quinto, no prohibe, ni otra alguna tampoco, que el mejorante pueda hacerle irrevocable; por lo que lo será, excepto en dichos gastos, pues lo que la ley no prohibe, se entiende permitido, y así del silencio de la ley no se deduce imposibilidad ni

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEON ® DIRECCION GENERAL

prohibicion de hacer irrevocable el quinto en la forma expuesta. Si no medió causa onerosa con tercero, podrá revocarle en el todo.

13. Si el padre mejoró en el tercio y quinto de sus bienes á un hijo, y despues edificó ó compró una capilla para su entierro y el de su familia, dotándola con renta y con el cargo de que anual y perpetuamente se celebrase en ella cierto número de misas, señalando y aplicando bienes para esta renta, debe distinguirse sobre si se han de deducir del quinto ó del cuerpo de la herencia los gastos de la capilla y cargas de misas. Se sacarán del segundo los gastos que el padre hizo en edificar ó comprar la capilla y sus ornamentos si no estan satisfechos, porque no son gastos funerarios, y porque el padre puede enagenar todos sus bienes en vida por título oneroso, y consumirlos, aunque sus hijos lo resistan, y nada les quede que heredar, sin estar obligado á comprar cosa útil y fructífera que aumente su patrimonio, por bastar que sea honorífica; y solo podrán quejarse caso que la enagenacion haya sido por título lucrativo; pues de lo contrario se seguiria que tampoco podria comprar el oficio de regidor ni otro público que es honorífico, y ninguna utilidad produce; pero la renta de la capellanía para la celebracion de misas se deducirá del quinto, porque es un legado pio, y como las expensas que se hacen en ello son en bien del alma, segun la ley 30 de Toro se deben sacar del quinto.

14. Legando el testador á muger ó á un hijo el quinto de sus bienes, y consignándosele en cierto fundo que le valia, dice Ayora que el legatario no llevará el fundo íntegro ni todos los frutos que durante la comunion de la herencia produjo, sino que se deben bajar primero de él los gastos del funeral, misas y legados pios y graciosos, y que el residuo será lo que se le aplique en el fundo, llevando á proporcion los frutos que este residuo haya producido, aunque el legatario del quinto quiera pagarlo todo de sus bienes. Mas esta opinion me desagrada respecto á este último punto, porque habiéndole señalado el testador el quinto, como pudo señalársele, se le transfirió su dominio incontinenti que falleció, y desde entónces le tocan los frutos que produjo, por ser legado específico[1]; en cuya atencion solo me adhiero á su dictámen en el caso de que los herederos satisfagan de sus bienes los mencionados gastos, en el cual se le aplicará el resto en el fundo, no pagándoselos el legatario, y á proporcion llevará los frutos ó rentas que durante la comunion haya redituado, porque los herederos carecieron de su dinero en todo este tiempo, sin haber tenido obligacion de suplirle por el legatario, y será justo que se compensen.

1 LL. 34 y 48 tit. 6 part. 6.

15. Si el padre, condenado en vida por sentencia á dar alimentos á un hijo natural miéntras viviere, dejase hijos legítimos, y á uno de estos ó á un extraño legase el quinto, ó dispusiese de él por su alma, podria decirse que del cuerpo de su caudal se han de deducir dichos alimentos, sean los necesarios ó la cantidad asignada en la sentencia, por ser deuda contra la herencia; mas sin embargo debe pagarlos el legatario del quinto, y de él han de deducirse, así los dados al hijo en vida de su padre, como los que se le den despues de muerto; porque todo lo mas es legítima de los hijos legítimos, la cual no debe gravarse, como deduciéndose del cuerpo del caudal se gravaria; pues aunque el padre contrajo esta obligacion en vida, como la condenacion ó sentencia no muda la causa del débito, que es la de alimentos, y el hijo natural, habiéndolos legítimos, debe ser alimentado del quinto, y no de las legítimas de estos, ni tiene derecho á mas, segun las leyes 9 y 10 de Toro; por esto se ha de atender á la causa que motiva su deduccion, que son los alimentos.

CAPITULO III.

De la division de los bienes del testador entre sus descendientes legítimos cuando mejoró á alguno de ellos.

1 Teniendo el padre ó la madre dos ó mas hijos, pueden mejorar en contrato ó en última disposicion á cualquiera ó cualesquiera de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres.

2 Este tercio y quinto ha de ser uno en vida y muerte en todos casos; y si siendo muchos los mejorados no señala el mejorante á cada uno la parte ó cuota que ha de percibir de la mejora, deberá dividirse esta igualmente entre todos.

3 Compete esta facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos, aun en el caso de que siendo el padre rico y la muger segunda pobre, se deba dar á esta la cuarta marital que la ley le concede.

4 Si el testador solo tiene un hijo ó descendiente, no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, ni de consiguiente imponerle gravámen en él, excepto en los casos que allí se expresan.

5 La mejora se puede consignar en bienes ciertos, para que se satisfaga de ellos su importe despues de la muerte del mejorante, con tal que el valor del tercio no exceda del de la tercera parte de sus bienes en dicho tiempo.

6 Si el padre del testador le hubiere dejado una finca con la condicion de que despues de la muerte de este hubiese de pasar á su hijo mayor, nieto de dicho padre, se debe adjudicar al nieto, y no imputársele en su legítima.

7 Habiendo dejado el testador al nieto un fundo para cuando *tuviere hijos*, si ántes de verificarse esta condicion ó de tenerlos, se dividieron los bienes de su padre entre él y sus hermanos, incluyéndole en la particion, podrá sin embargo el nieto, verificándose despues la condicion, pedir el fundo dividido ya y entregado.

8 Limitacion de la doctrina sentada en

prohibicion de hacer irrevocable el quinto en la forma expuesta. Si no medió causa onerosa con tercero, podrá revocarle en el todo.

13. Si el padre mejoró en el tercio y quinto de sus bienes á un hijo, y despues edificó ó compró una capilla para su entierro y el de su familia, dotándola con renta y con el cargo de que anual y perpetuamente se celebrase en ella cierto número de misas, señalando y aplicando bienes para esta renta, debe distinguirse sobre si se han de deducir del quinto ó del cuerpo de la herencia los gastos de la capilla y cargas de misas. Se sacarán del segundo los gastos que el padre hizo en edificar ó comprar la capilla y sus ornamentos si no estan satisfechos, porque no son gastos funerarios, y porque el padre puede enagenar todos sus bienes en vida por título oneroso, y consumirlos, aunque sus hijos lo resistan, y nada les quede que heredar, sin estar obligado á comprar cosa útil y fructífera que aumente su patrimonio, por bastar que sea honorífica; y solo podrán quejarse caso que la enagenacion haya sido por título lucrativo; pues de lo contrario se seguiria que tampoco podria comprar el oficio de regidor ni otro público que es honorífico, y ninguna utilidad produce; pero la renta de la capellanía para la celebracion de misas se deducirá del quinto, porque es un legado pio, y como las expensas que se hacen en ello son en bien del alma, segun la ley 30 de Toro se deben sacar del quinto.

14. Legando el testador á muger ó á un hijo el quinto de sus bienes, y consignándosele en cierto fundo que le valia, dice Ayora que el legatario no llevará el fundo íntegro ni todos los frutos que durante la comunion de la herencia produjo, sino que se deben bajar primero de él los gastos del funeral, misas y legados pios y graciosos, y que el residuo será lo que se le aplique en el fundo, llevando á proporcion los frutos que este residuo haya producido, aunque el legatario del quinto quiera pagarlo todo de sus bienes. Mas esta opinion me desagrada respecto á este último punto, porque habiéndole señalado el testador el quinto, como pudo señalársele, se le transfirió su dominio incontinenti que falleció, y desde entónces le tocan los frutos que produjo, por ser legado específico[1]; en cuya atencion solo me adhiero á su dictámen en el caso de que los herederos satisfagan de sus bienes los mencionados gastos, en el cual se le aplicará el resto en el fundo, no pagándoselos el legatario, y á proporcion llevará los frutos ó rentas que durante la comunion haya redituado, porque los herederos carecieron de su dinero en todo este tiempo, sin haber tenido obligacion de suplirle por el legatario, y será justo que se compensen.

1 LL. 34 y 48 tit. 6 part. 6.

15. Si el padre, condenado en vida por sentencia á dar alimentos á un hijo natural miéntras viviere, dejase hijos legítimos, y á uno de estos ó á un extraño legase el quinto, ó dispusiese de él por su alma, podria decirse que del cuerpo de su caudal se han de deducir dichos alimentos, sean los necesarios ó la cantidad asignada en la sentencia, por ser deuda contra la herencia; mas sin embargo debe pagarlos el legatario del quinto, y de él han de deducirse, así los dados al hijo en vida de su padre, como los que se le den despues de muerto; porque todo lo mas es legítima de los hijos legítimos, la cual no debe gravarse, como deduciéndose del cuerpo del caudal se gravaria; pues aunque el padre contrajo esta obligacion en vida, como la condenacion ó sentencia no muda la causa del débito, que es la de alimentos, y el hijo natural, habiéndolos legítimos, debe ser alimentado del quinto, y no de las legítimas de estos, ni tiene derecho á mas, segun las leyes 9 y 10 de Toro; por esto se ha de atender á la causa que motiva su deduccion, que son los alimentos.

CAPITULO III.

De la division de los bienes del testador entre sus descendientes legítimos cuando mejoró á alguno de ellos.

1 Teniendo el padre ó la madre dos ó mas hijos, pueden mejorar en contrato ó en última disposicion á cualquiera ó cualesquiera de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres.

2 Este tercio y quinto ha de ser uno en vida y muerte en todos casos; y si siendo muchos los mejorados no señala el mejorante á cada uno la parte ó cuota que ha de percibir de la mejora, deberá dividirse esta igualmente entre todos.

3 Compete esta facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos, aun en el caso de que siendo el padre rico y la muger segunda pobre, se deba dar á esta la cuarta marital que la ley le concede.

4 Si el testador solo tiene un hijo ó descendiente, no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, ni de consiguiente imponerle gravámen en él, excepto en los casos que allí se expresan.

5 La mejora se puede consignar en bienes ciertos, para que se satisfaga de ellos su importe despues de la muerte del mejorante, con tal que el valor del tercio no exceda del de la tercera parte de sus bienes en dicho tiempo.

6 Si el padre del testador le hubiere dejado una finca con la condicion de que despues de la muerte de este hubiese de pasar á su hijo mayor, nieto de dicho padre, se debe adjudicar al nieto, y no imputársele en su legítima.

7 Habiendo dejado el testador al nieto un fundo para cuando *tuviere hijos*, si ántes de verificarse esta condicion ó de tenerlos, se dividieron los bienes de su padre entre él y sus hermanos, incluyéndole en la particion, podrá sin embargo el nieto, verificándose despues la condicion, pedir el fundo dividido ya y entregado.

8 Limitacion de la doctrina sentada en

el párrafo anterior.

9 Haciendo el padre en su testamento ó en otra disposicion última algun legado á su hijo ó descendiente, é instituyéndole heredero con los demas, se debe tener este legado por mejora, como si se hubiese hecho donacion en contrato.

10 Procede lo referido, no solo cuando le instituye heredero igualmente con los demas, sino tambien aunque le instituya simplemente, porque esta simple institucion se estima hecha en iguales partes.

11 De lo dicho en los dos párrafos anteriores se deduce que si el testador no dispone del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero esta en el tercio y quinto, y si excede al importe de ambos, ha de aplicase al legatario el exceso en cuenta de su legítima; pero si el testador dispone de dicho quinto, se le imputará en el tercio, y el sobrante, si le hubiese, en su legítima.

12 Cuando el padre dice en su testamento que un hijo suyo le quitó cierta cantidad, ó que él se la dió para casarse ó para otro objeto, mandando que se le impute en su legítima, y el hijo lo negare, ¿valdrá la asercion del padre?

13 Si el padre dice: Mejoro á Juan y Diego, mis hijos, en tanta cantidad que mi hijo Pedro me quitó; aunque esta asercion paterna no conste por otro medio que por su mera confesion, no obstante valdrá la mejora.

14 15 y 16 Donando el padre en vida simplemente y entregando á un hijo alguna finca, se considera este mejorado tácitamente. ¿Si esta donacion que se tiene por mejora se ha de imputar en el tercio ó en el quinto, y de cuál se ha de entender primero, en el caso de que su valor no alcance á completar el de ambos?

17 Donando y entregando el padre la heredad ó finca al hijo para casarse, si muere ántes que su padre sin dejar hijos, y en vida la vendió entregándola al comprador, no podrán los coherederos reivindicarla de este en la parte en que excedió á su legítima y mejoras, porque el hijo se hizo verdadero dueño, y como tal pudo enagenarla.

18 Si poseyendo el padre ó la madre alguna finca con el gravámen de no enagenarla y de restituirla á alguno de sus hijos despues de su muerte, mejoró al uno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleció sin hacer la restitucion ni mencion de la finca, no llevará el hijo mejorado como tal parte alguna de ella.

19 Si muerta la madre que mejoró á alguno de sus hijos hubiere poseido el padre como su administrador legítimo todos los bienes en comun, y con el transcurso del tiempo se aumentaron naturalmente, recibirá este aumento la mejora.

20 y 21 Cuando dos ó mas hijos fueron mejorados por contrato irrevocable, y se les entregó la escritura de mejora, si uno de ellos fallece, vuelve al padre la mitad de ella como único heredero de su hijo; y cuando muera el mismo padre, ¿será dicha mitad para el mejorado que sobrevivió.

22 Aunque en los contratos lucrativos no há lugar segun el derecho romano el derecho de acrecer, se exceptúa de esta regla la donacion que haga el soberano á dos ó mas juntamente.

23 ¿Si podrá hacerse irrevocable la mejora del quinto, como se hace la del tercio por contrato entre vivos?

24 Si el padre ó la madre mejorase á un hijo en el tercio de sus bienes, señalándosele en cosa cierta, y esta no equivale á su importe, ¿deberá suplirse de los demas bienes del mejorante lo que falte para el complemento del tercio?

25 No se puede mejorar á la hija por razon de dote, y tiempo que se ha de mirar para ver si cabe esta en su legítima.

26 hasta el 31 Cuando hay mejora de tercio y quinto, ¿cómo deberá el contador hacer la deduccion de uno y otro?

32 Para hacer la deduccion del tercio entero ó de la parte que señale el testador al mejorado, se ha de tener consideracion á lo que valen sus bienes cuando muere: ¿y por qué razon?

33 Lo propio se entiende de cualquiera donacion de cosa ó cantidad hecha simplemente á un hijo, porque tiene fuerza de mejora.

34 y 35 Si el padre mejora en alguna disposicion última á un hijo en el tercio de sus bienes, y no dispone del quinto, ¿cuál de los dos se ha de bajar primero, y cómo ha de hacerse la deduccion, caso que los gastos del funeral, misas y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de este despues de deducidos?

36 ¿Qué deberá hacerse si el padre ó la madre mejoró en última disposicion á un hijo en el tercio de sus bienes, mandando que pagase de él los gastos de su funeral, misas y legados, sin haber dispuesto del quinto?

37 Cuando el padre mejoró en el tercio de sus bienes á un descendiente suyo, y á otro en el quinto, ordenando que el primero pagase los gastos de su entierro y demas expresados, deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto de los bienes del mejorante, y no mas.

1. En el libro 1.° tít. 2.° capítulo 3.°, párrafos 13 y 14, se dijo que, segun la ley 28 de Toro (8 tít. 20 lib. 10. Nov. Rec.), los ascendientes, teniendo legítimos descendientes, solo pueden disponer de la quinta parte de sus bienes, pues las otras cuatro forman la legítima de dichos descendientes[1]. Sin embargo no siempre son dichas cuatro partes la legítima precisa y necesaria de todos los hijos y descendientes legítimos del testador; porque teniendo el padre ó la madre dos ó mas, pueden mejorar en contrato ó en última disposicion á cualquiera ó á cualesquiera de ellos en el tercio y quinto de su hacienda libre en propiedad y usufruto adquirida por cualquier título[2], y los demas percibirán su legítima disminuida, segun se dijo en el libro 1.° título 2.° capítulo 4.° donde se trató de las mejoras, reservando para este lugar lo que pareció tenia mas estrecho enlace con la division del caudal hereditario.

2. Este tercio y quinto ha de ser solamente uno en vida y muerte en todos casos; y si siendo muchos los mejorados no señala á cada uno la parte ó cuota que ha de percibir de la mejora, debe di-

1 Por derecho antiguo civil solo correspondia á los descendientes la cuarta parte libre de los bienes de sus ascendientes, y si no se la dejaban entera, podian pedir suplemento. Despues por las Auténticas y por las leyes de Partida se mandó que la legítima fuese la tercera parte si los hijos eran cuatro ó ménos, y si cinco ó mas, la mitad (L. 17 tit. 1 part. 6.). Posteriormente las leyes del Fuero Real permitieron á los ascendientes disponer de un quinto en vida y de otro en muerte, y estas se corrigieron por la de Toro, que prohibió á los ascendientes disponer mas que de un quinto de sus bienes en ambos tiempos. (Leyes 9 tit. 5 de legados, y 7 tit. 12 de donaciones, lib. 3 del Fuero Real y 28 de Toro.)

2 L. 9 cit. y leyes 17 y 18 de Toro, que son la 1 y 2 tit. 6 lib. 10 N. R.

vidirse igualmente entre todos, porque no puede haber mas que una[1]; á cuya consecuencia, sin embargo de que los padres perciban frutos de los bienes de sus hijos, no pueden dejarles otra mejora de aquellos, como tampoco de su propiedad.

3. Compete esta facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos, aunque sean procreados en diversos matrimonios, segun se dijo en dicho capítulo 3.° del libro 1.° párrafo 19, y aun en caso de que siendo el padre rico y la muger segunda pobre se deba dar á esta la cuarta marital que la ley le concede. Asimismo, no obstante que la viuda ha de llevar esta cuarta, podrá el testador disponer del tercio que le concede la ley 6.ª de Toro en perjuicio de su padre ó ascendiente, porque hay la misma razon en una legítima que en otra; y porque las deudas, sean legales ó convencionales, como que no son herencias ni bienes del difunto, se deben deducir ántes que se proceda á la division de los propios de este. Esta facultad de mejorar se extiende tambien á los abuelos respecto de sus nietos, como puede verse en el mismo capítulo y párrafo 19.

4. Pero si el testador solo tiene un hijo ó descendiente no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, ni de consiguiente imponerle gravámen en él, excepto en los casos siguientes: 1.° cuando el hijo mayor de veinte y cinco años consiente expresamente el gravámen que su padre le impuso en el tercio jurando no reclamarlo: 2.° si calla toda su vida y pesée los bienes treinta años por muerte de su padre, ó miéntras vive, sin reclamar la vinculacion y gravámen: 3.° si el padre le mejora con la condicion de si le naciere otro hijo ó hijos, pues convalecen la mejora y gravámen luego que nace alguno; y lo mismo procede aunque en la mejora no ponga dicha condicion, si le nacen despues mas hijos: 4.° si el padre constituye mayorazgo irrevocable del tercio, entrega en vida á su hijo los bienes que le componen sin reservarse su usufruto, y este percibe sus frutos que equivalen al gravámen; de lo cual se trató en el citado capítulo 3.° párrafos 20 al 24. Acerca de la facultad que tienen las madres y abuelas de mejorar, véanse los párrafos 24 y 25 del mismo capítulo.

5. La mejora se puede consignar en bienes ciertos y determinados para que se satisfaga en ellos su importe despues de la muerte del mejorante (segun se dijo en el mismo capítulo, párrafo 2.°), con tal que el valor del tercio no exceda del de la tercera parte de sus bienes en dicho tiempo[2]. Así que, habiendo consignacion sin entrega de cosa alguna, se ha de atender para el cabimiento del tercio al valor de los bienes que el mejorante tiene cuando fallece, y

1 L. 9 cit.

2 L. 19 de Toro, que es la 3 tit. 6 lib. 10 N. R.

no al que tenian cuando hizo la mejora, sean muchos ó pocos en cualquiera de los dos tiempos. Si el mejorante hiciese la asignacion en los mejores y mas fructíferos bienes, de suerte que sean gravados los demas hijos en sus legítimas, se hará lo que se dijo en el citado capítulo 3.° párrafo 27; y en los siguientes 28 y 29 se expresaron los términos en que debe hacerse la entrega al mejorado, ya cuando el testador haya asignado en bienes determinados la mejora, ya en el caso de no haber hecho tal asignacion.

6. Si el padre del testador le hubiere dejado una finca ó heredad con la condicion de que despues de la muerte del mismo testador habia de pasar á su hijo mayor nieto de su padre, se debe adjudicar al nieto, y no imputársele en su legítima paterna, porque el abuelo tuvo facultad para mejorarle, sustituirle y gravarle á la restitucion, y el nieto recibe de él y no de su padre el fundo; por lo que no se debe conceptuar finca del testador, ni hacer mérito de él en la particion de sus bienes.

7. Habiendo dejado al nieto un fundo *para cuando tuviese hijos*, si ántes de verificarse esta condicion ó de tenerlos se dividieron los bienes de su padre entre él y sus herederos ó coherederos, incluyéndole en la particion y prometiendo todos haberla por firme, podrá sin embargo el nieto, verificándose despues la condicion, pedir el fundo dividido ya y entregado, aunque haya hecho juramento de no contravenir nunca á la particion; porque por la de los bienes comunes no se entiende remitido ni renunciado el fideicomiso condicional, aun cuando se tenga noticia de él, y se diga en la misma particion que el uno remite y cede al otro todos los derechos que tiene y espera tener, y lo que se le dejó en testamento.

8. Pero esto se limita: lo primero, cuando se purificó el fideicomiso, muerto el padre, porque si se dividiese despues entre los hermanos, se perjudicaria al nieto por la renuncia y remision; y lo segundo, si en la division se pusieron palabras amplias y eficaces, como si dijeron: „Que de las cosas divididas ninguno habia de poder repetir ni exigir jamas del otro coheredero cosa ni parte alguna, aunque por derecho le tocase y pudiese tocar, porque lo renunciaba todo, y se lo condonaba mutuamente para siempre;» pues entónces se presume que el nieto quiso dividir y renunció el fideicomiso, teniendo noticia de este y haciendo constar que la tenia, y no de otra suerte, en atencion á que por general y amplia que sea la renuncia, de ninguno se presume que ha renunciado el derecho que ignora tener.

9. Haciendo el padre en su testamento ó en otra disposicion última algun legado á su hijo ó descendiente, é instituyéndole heredero igualmente con los demas, aunque algunos dicen que este le-

gado se le ha de imputar en parte de legítima, porque en duda mas parece que quiere pagar el débito que hacer donacion; se debe sin embargo tener por mejora, como si se hubiera hecho donacion en contrato[1], porque el legado es una especie de donacion[2], y toda donacion de padre ó madre ha de conceptuarse mejora, segun lo dispone expresamente la ley 26 de Toro[3], que dice: *Si el padre ó la madre en testamento ó en otra cualquier última voluntad ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio ó en el quinto, entiéndese que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor volor fuere, mandamos que vala fasta en la cuantidad del dicho tercio y quinto y legítima de lo que debian haber de los bienes de su padre, madre y abuelos, y no en mas.* Ademas, si el padre hubiese querido que se imputase el legado al hijo en su legítima, lo hubiera expresado, y por no haberlo hecho, y sí instituido al legatario heredero con los demas, es visto que quiso mejorale.

10. Procede lo referido, no solo cuando le instituye heredero igualmente con los demas, sino tambien aunque le instituya simplemente, porque esta simple institucion se estima hecha en iguales partes[4]. Tambien procede no solamente con el hijo varon ú otro descendiente, sino asimismo en la hija ó nieta; pues aunque no puede ser mejorada en contrato por razon de dote ni casamiento, segun la ley[5], sí puede serlo en testamento ú otra última voluntad.

11. De lo expuesto se deduce que si el testador no dispone del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero esta en el tercio y quinto; y si excede al importe de ambos, ha de aplicarse al legatario el exceso en cuenta de la legítima que le corresponde de los bienes del testador; y si dispone de él, se le imputará en el tercio, y el sobrante, si lo hubiere, en su legítima; pues lo contrario es opuesto á lo resuelto en la ley 26 de Toro, cuya inteligencia en la forma explicada está comunmente recibida, mayormente cuando se debe observar el órden de las palabras, constando de ellas el espíritu y mente de la ley.

12. Si el testador dijo en su testamento: „Mi hijo Pedro me quitó cien doblones, ó á mi hijo Pedro dí cien doblones cuando se casó, ó para ciertas cosas: mando que los traiga á particion con sus hermanos, y se le imputen en su legítima;" y el hijo niega haber recibido de su padre, ó quitádole los cien doblones, y no hay mas prueba que la confesion de su padre, si este no mejoró á los demas hijos, valdrá aquella hasta en lo que alcancen el tercio y quinto á favor del hijo, porque en estos puede gravar á algunos de sus herederos legítimos: lo cual procede, aunque no sea cierta su asercion, porque la demostracion falsa no vicia el legado de cantidad ó cosa cierta hecho á los hijos[1]; y si los mejoró en el tercio y quinto, no valdrá ni se deberá estar á ella, en perjuicio de la legítima del hijo que niega la sustraccion ó recepcion de la cantidad que dice su padre[2], y así deberá percibir su legítima entera (*).

1 L. 10 tit. 6 lib. 10 N. R.
2 L. 1 tit. 9 part. 6.
3 L. 10 citada.
4 L. 17 tit. 3 part. 6.
5 L. 6 tit. 3 lib. 10 N. R.

13. Pero si dice: „Mejoro á Juan y Diego, mis hijos, en tanta cantidad que mi hijo Pedro me quitó;" y esta asercion paterna no consta por otro medio que por su mera confesion, aunque parece que será de ningun momento la mejora, porque no se hizo de nada, puesto que no se acredita legalmente su certidumbre (al modo que si dijese: „Lego á Francisco ciento, que Antonio me debe;" será inútil este legado no haciéndose constar el débito); no obstante vale la mejora, porque hay diferencia entre los dos casos; pues cuando las palabras del testador se dirigen al heredero, como si dice: „Lego á Pedro ciento que le debo," parece que su voluntad es gravarle para que dé aquello que lega; mas cuando habla de tercera persona, como en el último caso de Francisco y Antonio, no es visto que quiere gravarle á dar lo que expresa (**).

14. Donando en vida simplemente, y entregando el padre á un hijo algun fundo, se contempla mejorado tácitamente en él; por lo que si su valor excede al tercio y quinto del que incluyéndole tienen los bienes del donante cuando fallece, ha de llevar el exceso en cuenta de la legítima, y si excede tambien á esta, debe restituirle

1 Véase el cap. 18 tit. 2 lib. 2 § 16.
2 L. 3 tit. 14 part. 3.

(*) Si hubiese dicho Febrero que en los casos expresados no vale la asercion del padre negándola el hijo, se hubiera explicado mejor y en ménos palabras. Con mas claridad se explica la ley 3 citada, que así por esto, como porque merece leerse, voy á copiar. *Tan grande es el amor que há el padre con su fijo, maguer sea de ganancia* (aunque sea ilegítimo), *que va buscando carreras* (medios ó trazas), *porque le pueda dar mas en su testamento que mandan las leyes deste nuestro libro. E esto seria cuando alguno deja á tal fijo, cuanto le otorga el derecho que le puede dejar. E en ese mismo testamento dice, que manda á sus herederos que tornen á aquel su fijo tantos maravedis que le diera fulano, pariente del mozo, en poridad* (secreto) *que los guardasse por él: é otrosí, que le tornasen tantos maravedis que él recibiera de los frutos de tal heredamiento del mozo, ó de su madre, ó mandase escribir en el testamento otras palabras semejantes de estas, en que mandase dar al mozo mas de lo que las leyes mandan, decimos: que los herederos no son tenudos de pagar mas que lo que el derecho de este nuestro libro manda que pueda mandar el padre á tal fijo, é que en las palabras que dijo demas de aquello, que no debe de ser creido. Ca sospecharon los sabios antiguos que ficieron las leyes, que cuando el padre usa de tales palabras en su testamento, que lo face por engañar la ley é por sabor* (deseo) *que ha de facer algo á sus fijos, é non porque sea assi. Pero si tal fijo pudiere probar que el padre le debe, ó recibiera por él alguna de estas cosas que le manda dar, entonce tenudos serian los herederos de tornarle é de otorgarle todo aquello que assi provasse ó mostrasse.* Febrero reformado.

[**] Oscura, confusa y poco sólida y atendible parece la doctrina de este párrafo. *Febrero reformado.*

á los coherederos[1]. Lo mismo se debe practicar cuando le mejora expresamente, señalándole y entregándole los bienes de la mejora; atendiéndose y computándose en todo caso el valor de los del mejorante ó donante al tiempo de su muerte, unido con el de los entregados, y no al de los que tenia cuando le mejoró, fuesen mas ó ménos[2], como se explicará en el capítulo siguiente con mas extension.

15. Supuesto que esta donacion se tiene por mejora, dúdase si se ha de imputar en el tercio ó en el quinto, y de cuál se ha de entender primero en el caso de que su valor no alcance á completar el de ambos; y parece que deberá entenderse del quinto, supuesto que por la ley 214 del Estilo, que está en uso, se manda deducir primero que el tercio por favor del alma del testador ó donante, y que cuando no consta claramente de la voluntad de este, se entiende disponer ó contraer segun la costumbre del pais en que se hace la disposicion ó contrato; ó que si equivale al tercio se imputará en él, ó en el quinto si equivaliese á su importe; pues aquello se entiende hecho que se colige de la cualidad de la cosa, así como de la cantidad del precio se infiere si fué venta ó arrendamiento lo que se hizo; y si lo que donó equivale á su legítima, parece asimismo que quiso anticipársela en vida, y que así deberá colacionarla, sin que se deba hacer mérito de que exceda, ó no llegue al tercio, quinto ó legítima en poca suma, porque lo poco se reputa nada.

16. Pero sin embargo de lo expuesto, no se debe imputar en el quinto ni legítima dicha donacion, sino estimarse como tercio ó parte de él: en primer lugar, porque como el quinto es la única hacienda del testador, es visto haber querido reservarle para disponer de él á favor de su alma, ó en otras cosas á su arbitrio; y de entenderse serlo, y no tercio, resultaria que el mejorado tenia obligacion á pagar de él no solo el funeral y misas, sino tambien los legados pios y graciosos, lo cual no puede ser, porque solo en cuanto al funeral necesario y moderado, misa y descargos de su conciencia es revocable, para que no muera intestado el donante; y no estando, como no está, obligado á cumplir cosa alguna de estas del tercio, porque es parte de legítima y no puede gravarse, se seguiria que, ó se le habia de gravar en él, ó no se habia de cumplir enteramente la voluntad del donante: en segundo lugar, porque si despues de donado el fundo legase á un extraño el quinto de sus bienes, es indudable que el valor del fundo se tendria por tercio ó parte de él, como si hubiera dejado el quinto por su alma; y debiendo observar-

1 LL. 26 y 29 de Toro.

2 LL. 19, 23, 26 y 29 de Toro.

se en el todo su voluntad, si se puede sin violar la ley, se debe entender por esto ser tercio y no quinto: en tercer lugar, porque en duda siempre se presume que todos quieren gravarse ó dar lo ménos que pueden, como hace cualquier persona prudente, y con la donacion del fundo, si se entendiese del quinto, se quitaba á sí propio el mejorante la facultad de testar libremente de él íntegro, lo cual no es creible quisiese; y en cuarto lugar, porque la disposicion y contrato dudosos se han de interpretar segun lo que es mas verosímil quisieron el testador y contrayente, como asimismo mas á propósito para que su voluntad y estipulacion tengan efecto, y han de conciliarse con las leyes en todo lo que no se opongan. Por estas razones se ha de computar en el tercio, y si sobrase algo, en el quinto, disponga de él en favor de su alma ó de extraño, ó destínele á su arbitrio en otras cosas.

17. Donando y entregando el padre el fundo al hijo para casarse, si muere ántes que su padre sin dejar hijos, y en vida le vendió y entregó al comprador, podrán los coherederos reinvindicarle de este en la parte en que su valor excedió á la legítima y mejora, segun Ayora, fundándose en que se entiende mejorado con la condicion de que sobreviva á su padre, porque miéntras este vive no hay herencia, ni puede tener heredero de hecho, ni hasta que muera se debe la legítima. Pero á estos fundamentos se satisface: lo primero, con que aunque el padre miéntras vive no puede tener heredero, esto se entiende siendo extraño, mas no siendo hijo, porque este se llama heredero de su padre en vida, y cuasi dueño de sus bienes: lo segundo, con que sin embargo de no debérsele la legítima ni poder ser compelido el padre á entregársela, se la puede pagar en vida, y cuando le da algo en cuenta de ella, se dice mas bien que le anticipa, ó paga ántes de tiempo, que el que le dona; pues el hijo se llama acreedor á ella en vida de su padre: lo tercero, con que la donacion hecha al hijo estando bajo de la patria potestad se confirma con la muerte del padre si no la revoca; y lo cuarto, con que así como la donacion hecha á la hija por causa de dote es válida, y esta se da en parte de legítima, así tambien la donacion del capital vale y no se puede revocar, pues corre parejas con la dote, y el padre puede ser compelido á hacerla á su hijo[1]. En esta atencion digo que el hijo se hizo verdadero dueño del fundo, que como tal pudo enagenarle, y que una vez enagenado legítimamente no se puede retractar, aunque despues llegue el caso, y se advierta, que si ántes de hacerlo hubiera sucedido, impediria que se perfeccionase la venta: fuera de que por el hecho de donarle el padre á su hijo, es visto haber consentido en su enagena-

1 L. 17 de Toro, y 3 tit. 15 part. 6.

cion, como sucede en los bienes profecticios, cuando le concede su administracion.

18. Si poseyendo el padre ó la madre alguna finca con el gravámen de no enagenarla y de restituirla á alguno de sus hijos despues de su muerte, mejoró al uno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleció sin hacer la restitucion ni mencion de la finca, no llevará el hijo mejorado, como tal, parte alguna de ella, por no ser propia del mejorante; y ántes bien la adquirirá igualmente con todos sus hermanos, como acreedores á ella, mediante á no haberla restituido á ninguno, y á que por esta omision y silencio es visto haber querido restituirla á todos, puesto que el gravado á restituir indistintamente á alguno de una familia puede hacer la restitucion á dos ó mas de ella: de suerte que la mejora se deducirá únicamente de los demas bienes que el mejorante haya dejado.

19. Si muerta la madre que mejoró á uno de sus hijos, poseyó el padre como su administrador legítimo todos los bienes en comun, y con el transcurso del tiempo se aumentaron naturalmente, como si las ovejas ó vacas tuvieron crias, ó las avenidas del rio agregaron algun pedazo de tierra á la de la mejora; aunque algunos dicen que esto no aumenta el valor de la mejora, por pertenecer al padre, como fruto, debe seguirse lo contrario, porque no es fruto lo que no renace (*). Es verdad que la ley 23 de Toro manda se atienda al tiempo de la muerte del mejorante; pero esto se entiende cuando entónces se hace la division de sus bienes, no cuando subsisten algun tiempo proindiviso, de cuyo caso no habla, y los bienes que despues de la muerte del mejorante se aumentan, no son suyos, ni los ha dejado, de suerte que solo los frutos del aumento tocan al padre, y no lo aumentado.

20. En el citado cap. 5 tít. 2 del lib. 1 se dijo: que si el padre ó la madre mejorase en contrato irrevocable á dos ó mas hijos en el tercio y quinto de todos sus bienes entregándoles la escritura de mejora, los mejorados la aceptasen, y despues viviendo el padre falleciere sin sucesion uno de ellos (por cuya razon recaerá toda su hacienda en el padre), no se acrece al hermano sobreviviente la mitad de mejora que correspondió al muerto, sino que vuelve al padre como único

(*) Febrero no entendió á Acevedo, de quien tomó la doctrina de este párrafo; y así padeció una crasa equivocacion. La expresion *porque no es fruto lo que no renace*, puede referirse con verdad al pedazo de tierra que por aluvion se agregó á una heredad; mas no debe aplicarse, como lo hace Febrero, á los partos de las vacas y ovejas; pues estos son verdaderos frutos, pertenecen como tales en el caso propuesto al padre usufrutuario de los bienes adventicios de sus hijos, y de consiguiente nada aumentan la mejora. Por tanto Acevedo habla de los animales hereditarios, cuyo valor creció con el tiempo, haciéndose por ejemplo los becerros toros, los cabritos cabrones, y los corderos carneros; y de este aumento dice con razon que no es fruto porque no renace, y que por lo mismo no toca al padre, y se acrece proporcionalmente á la mejora. *Febrero reformado.*

heredero de su hijo. En órden á esta mitad parece que cuando fallezca el padre se deberá sacar de ella el tercio y quinto, cuya mitad será para el mejorado que sobrevivió, á quien se aumentará, por haberse aumentado la herencia del mejorante. Por ejemplo, si importa la mejora de todos los bienes del testador mil reales, tocan á dicho mejorado quinientos por su mitad, y de los otros quinientos que volvieron al mejorante por muerte del otro hijo se sacarán el tercio y quinto, que son doscientos treinta y tres reales, once maravedis y un tercio de otro, los cuales se dividirán en dos partes iguales: la una para el mejorado, á quien se aplicará con los dichos quinientos, y la otra se agregará al resto de la herencia, para repartirle igualmente entre todos los herederos, incluso el mejorado.

21. Pero sin embargo diré que este modo de dividir, aunque parece podrá tener lugar en la forma propuesta, cuando el testador mejoró limitada y únicamente á los hijos en cosa ó cantidad determinada, ó en ciertos bienes, cuyo importe consta ó se especificó al mismo tiempo; ni en dicho caso le tendrá, ni tampoco cuando no consta á cuánto asciende la mejora, por haberse hecho simple é indistintamente en todo, pues como se atiende á los que deja al de su muerte, sin distinguir de qué parte provienen, ni con qué título los adquirió; confundiéndose una vez que estén unidos é incorporados en su patrimonio; y es propio de la naturaleza de la mejora hecha simplemente el ampliarse á los bienes futuros; se contempla único mejorado el que lo fué y sobrevivió, y como tal debe llevar enteramente el importe del tercio y quinto de cuanto deje su padre, sin diferencia, ni mas cuenta ni division.

22. Sin embargo de que en los contratos lucrativos no há lugar, segun el derecho romano, el de acrecer, se exceptúa de esta regla la donacion que haga el soberano á dos ó mas juntamente; pues si despues de aceptada uno de los donatarios muere testado ó intestado sin dejar heredero, ó la repudia ántes que se le haga ó despues de hecha, se acrece al otro, sin que por falta de herederos legítimos ni parientes recaiga en el fisco, como á no ser donacion del soberano recaeria no habiéndolos; porque los beneficios, gracias y mercedes de los príncipes se deben interpretar plenísimamente, con tal que no cedan en perjuicio de tercero[1].

23. En el citado cap. 5 tít. 2 del lib. 2 parraf. 11, se dijo que es irrevocable la mejora del tercio por contrato entre vivos en cuatro casos: 1.° cuando el mejorante puso por sí mismo al mejorado en posesion de la cosa en que le consignó la mejora: 2.° cuando le entrega ante escribano la mejora de ella: 3.° cuando el contrato se ce-

1 Acerca del derecho de acrecer véase el cap. 19, tit. 2 lib. 2.

lebró con un tercero, y medie causa onerosa[1]: 4.° cuando el instrumento en que se hace se afirma y corrobora con juramento. Ofrécese ahora la dificultad que tambien se tocó aunque ligeramente en el mismo capítulo, párrafo 12, si cuando mejoran los padres á un hijo en tercio y quinto, se podrá tambien hacer irrevocable la mejora en cuanto á este, respecto á que la ley citada al pié solo habla del tercio. Algunos dicen que aunque entreguen al mejorado la posesion de los bienes de la mejora, pueden revocarla por lo tocante al quinto, y disponer de él como si no la hubieran hecho: porque esta mejora es respectiva á los bienes presentes y futuros del mejorante, debiendo atenderse al valor que tienen al tiempo de su muerte, segun la ley 23 de Toro; y si valiera irrevocablemente, se imposibilitaria de testar el mejorante, puesto que hacia donacion de todos sus bienes, la cual, aunque sea solo de los presentes, está prohibida por la ley 69 de Toro: en cuya atencion, aunque se haya prometido mejorar por causa onerosa á alguno de los hijos, no vale eficazmente la mejora en el quinto, como en el tercio; y por lo mismo la irrevocabilidad de que trata expresamente la 17 inserta se limita á este, no habiendo sin motivo la ley omitido hablar de aquel. Otros dicen lo contrario en los casos en que el tercio no se puede revocar; y otros, conciliando las opiniones, resuelven: que si la mejora del quinto es hecha por causa onerosa con tercero, no se puede revocar, y que no haciéndose por ella, sí, á cuya opinion me inclino; excepto en lo tocante á la disposicion de su funeral, misas y descargos de su conciencia, pues en cuanto á estos creo que en todos casos es revocable, como ya he sentado en otra parte.

21. Si el padre ó la madre mejora á un hijo en el tercio de sus bienes señalándose en cierta cosa sin expresar mas, y esta no equivale á su importe, parece por una parte que se deberá suplir de los demas bienes del mejorante lo que falte para el complemento del tercio, atendido el total líquido de la herencia; y por otra parece que el hijo se deberá contentar con la cosa ó finca señalada, entendiéndose que el testador no hizo la mejora en lo que faltase, por ser visto no haber querido mejorarle mas que en ella. De lo cual puede deducirse: lo primero, que si dicha cosa perece por caso fortuito, no se ha de suplir su valor de otros bienes: lo segundo, que si vale mas que el tercio no debe llevarla toda en pago de este y del quinto, porque la voluntad del mejorante no fué mejorarle en mas que en el tercio; y así el exceso se tendrá por parte de legítima, en cuyo concepto se le aplicará: y lo tercero, que si el mejorante adquirió despues mas bienes, y el valor de la cosa equivale al del tercio de todos, la llevará íntegra en pago de este solamente. Pero si el mejorante dijo que lo que faltase para completar el tercio se le supliese de los demas bienes, se deberá suplir. Sin embargo véase la distincion que se hace en el párrafo 2.° capítulo 4.° título 2.° libro 2.°

[1] Estos tres casos se expresan en la ley 17 de Toro, ó 1 tit. 6 lib. 10 N. R.

25. En el mismo capítulo 4.° párrafo 4.° se dijo que el padre no podia mejorar á la hija por razon de dote, y en el capítulo 3.° título 2.° del libro 1.° párrafo 18, se expresó la cantidad que segun sus haberes ó rentas podrán dar los padres á sus hijas en dote. Por lo que hace al tiempo á que se ha de atender para ver si cabe la dote en la legítima de la hija, opinan algunos autores que esta puede elegir el de la donacion de aquella, ó el de la muerte del donante; pero yo soy de parecer que se debe atender á este último tiempo, y que si unidos con la dote entregada los bienes efectivos que deja, y son legítima de sus hijos excepto el quinto, excediese aquella al importe de su legítima completa, debe restituir el exceso que haya: en primer lugar, porque la dote se da y anticipa en cuenta de la legítima que le puede tocar, y esta se debe considerar, al tiempo de la muerte del donante, que es cuando regularmente se dividen sus bienes, despues de la cual ni se aumentan ni disminuyen, ni hasta entónces tiene accion á pedirla, ni su padre obligacion á dársela ni anticipársela: en segundo lugar, porque si aumentándose las facultades del donante puede pedir la hija el suplemento de su legítima, y se le deberá dar; tambien disminuyéndose ó no cabiendo en ella tanta dote por nacer despues mas hijos, debe sufrir su diminucion y entenderse dotada entónces, pues quien está á la utilidad debe estar á la pérdida, y la dote se entiende dada con la condicion de que quepa en su legítima cuando se dividan los bienes de su padre, que es cuando se le debe esta; y en tercer lugar, porque la ley ó pragmática inserta corrige la 29 de Toro, y se estableció para que los demas hijos no fuesen perjudicados en sus legítimas, haciéndose de peor condicion que la dotada, ni el padre se empobreciese por su prodigalidad, y permitiéndose la eleccion seria inútil su establecimiento, puesto que por un medio indirecto se originarian los daños que ocasionaban la indiscrecion de los padres y el abuso de la permision de dicha ley 29, los cuales quiso precaver y evitar en lo futuro en la pragmática. No obsta alegar lo que se practica con las arras, porque hay notable diferencia de un caso á otro: la cual consiste en que en este contrato procede el novio arreglado á la ley que se lo permite, no cede su promesa en perjuicio de tercero, nunca excede esta ni debe exceder de la décima parte, y si ofrece cantidad determinada no puede pretender mas la novia, por muy rico que el novio se haga durante su matrimonio, y así su adquisicion es absoluta, perfecta é irrevocable; pero en el presente

caso se viola la ley prohibitiva, resulta perjuicio á los hermanos de la dotada, y esta puede pedir el suplemento de su legítima, si se aumenta el caudal de su padre; y aunque el ánimo de este no haya sido el de mejorarla, se la mejora con permitirle la eleccion por la cual son perjudicados sus hermanos; y la pragmática no solo prohibe que el padre la mejore, sino que manda que no se entienda mejorada tácita ni expresamente. Tampoco obsta alegar que de hacer la restitucion resultará engañado el novio, porque este ántes de pensar en casarse debe tener con que sostener las cargas matrimoniales y no fiarse en que la novia lo mantendrá, pues la dote no es para alimentarse, sino para que la muger halle con quien casarse, y para ayudar á mantenerse á sí misma y á sus hijos; fuera de que quien contrae con otro, debe cerciorarse de su condicion, y todos tienen obligacion de saber el derecho[1], excepto cinco clases de personas, que son: el pupilo, el soldado, la muger, el pastor y el aldeano[2], á los cuales se dispensa en lo tocante á testamentos, contratos y otras disposiciones puramente civiles, y no en lo criminal[3]. Así pues, paréceme que la opinion contraria debe tener lugar solo en dos casos. El uno es cuando al tiempo de casar el padre á su hija ó dotarla cabe la dote en la legítima completa que, atendidos los bienes que tiene, le corresponderia, si entónces se dividieran, y ella renuncia el incremento de esta por el que puedan tener los paternos, contentándose con su dote por todo su haber, y obligándose con juramento á no pretender nunca el suplemento de aquella; porque en este caso, por no ser excesiva la dote al tiempo de su donacion ú oferta, y privarse la hija del beneficio que puede seguírsele si se aumentan las facultades de su padre, cediéndole á sus hermanos, no será justo que padezca detrimento por la decadencia de fortuna de aquel, ni por tener posteriormente mas hijos, pues siendo todo esto consiguiente, hay igualdad entre ella y sus hermanos. El otro caso es cuando le cambia la dote al tiempo de darse ú ofrecerse, y le cabe al de la muerte de su padre, y solo por mejorar este á alguno de los demas hijos resulta ser inoficiosa ú excesiva; pues no parece justo que esta disposicion paterna le perjudique ni obligue á restituir lo que poseyó legítimamente é hizo suyo por caberla en ambos tiempos.

26. Como regularmente cuando hay mejora de tercio y quinto entre los descendientes legítimos del testador, se nombra primero el tercio que el quinto, parece que segun el órden de las palabras de la disposicion y comun estilo de hablar, se debe bajar primero el tercio; pero lo contrario ha de decirse no habiendo entrega de los bienes de la mejora; y así el quinto dejado en un mismo testamento ó

1 L. 16 y penúlt. tit. 1 part. 1.
2 LL. cit. y ult. tit. 1 part. 1, y 31 tit. 14 part. 5
3 L. 1 tit. 2 lib. 3 N. R.

contrato, se debe deducir ante todas cosas del cuerpo de la herencia efectiva por favor del alma del mejorante: ya porque el quinto es la única parte de la herencia que el ascendiente tiene para disponer á su arbitrio en virtud de la ley 28 de Toro; ya porque si se saca ántes el tercio, se grava al descendiente y al legatario ó mejorado del quinto, no dispone del de todos sus bienes, como se lo permite la ley, é importa la tercera parte ménos que sacándose primero que el tercio; y últimamente, porque así lo dispone la ley 214 del Estilo, que declarando otra del Fuero Real[1] dice: *y es á saber sobre esta quinta parte y sobre esta tercia parte, cuando no hay otro fuero ni costumbre que sea contra la ley, que sacan primero por razon del alma y quito de cuanto obiere, y mandarlo há á quien quisiere, y de todo lo al que finca mejorar á alguno de sus hijos, y mandarle há el tercio;* y así se usa esta ley, y se observa regularmente en los reinos de Castilla, lo cual procede aunque el contrato sea irrevocable; pues por esto únicamente adquirió derecho el mejorado á no poder ya dejar de serlo, mas no á que el tercio se deduzca primero que el quinto; y así su importe, como existente entre los bienes del mejorante, se contempla donado en disposicion última confirmada con su muerte. El modo de girar la cuenta es hacer un cuerpo de todo el caudal del difunto, deducir de él todas las deudas, sacar luego de lo líquido la quinta parte, bajar del residuo el tercio, y dividir el resto en tantas partes iguales cuantos son los herederos, incluso el mejorado ó mejorados si tambien los son, pues no siéndolo, v. gr. por ser nietos, que no entran á heredar á causa de vivir su padre ó madre, se dividirá tan solamente entre los instituidos por tales. Pero es de advertir al partidor que cuando el testador deja á su favor deudas cobrables, dudosas y fallidas, ó de cualquiera de estas clases y bienes fructíferos é infructíferos; y mejora indistintamente en el tercio de todos los suyos, ó en el quinto, ó en ambos á alguno ó algunos de sus herederos, deben sacar mejora, hacer prorateo y liquidacion de cada una de estas especies, de modo que cada interesado lleve en ellas lo que le corresponda, y aplicarle proporcionalmente su parte segun la voluntad del testador, con lo cual procederá justificadamente, y ninguno será perjudicado. Pero cuando es un descendiente solo el mejorado en tercio y quinto, y bajando este de cualquiera suerte caben en él los gastos funerales, misas y legados, lo mismo es deducirle ántes que despues del tercio, porque como el residuo de aquel se agrega á este, percibe el mejorado lo mismo, y en nada se le perjudica: todo lo cual se observa comunmente en la práctica, y se ha ejecutoriado repetidas veces.

27. Dudan algunos cómo ha de deducirse el tercio cuando el tes-

1 L. 9 tit. 15 lib. 3.

tador mejora en el de sus bienes á un hijo, y lega á otro ó á un extraño el quinto; porque si se saca primero este con arreglo á la ley del Estilo, y del resto de sus bienes aquel, no se verifica ser mejorado en el de todos, sino en el del residuo; ni cumplirse la voluntad del testador, que es arreglada á la ley de Toro, la cual le permite disminuir la legítima de algunos de sus descendientes en el tercio íntegro, y aplicarle á los otros; y por lo mismo parece debe deducirse el quinto, y luego sacarse el tercio de todo el importe del caudal del testador, como si el quinto no se hubiera deducido. Pero esta vana ficcion y sutileza de bajar el quinto, y suponer que no se ha bajado para sacar el tercio íntegro, se funda en un supuesto falso; porque aunque la ley de Toro permite al testador disminuir la legítima, y mejorar á algunos de sus descendientes en el tercio de todos sus bienes, debe entenderse no disponiendo del quinto; pues si dispone ha de ser del residuo, que es la legítima que se le permite disminuir, y lo demas seria sacarlo del caudal que ya no hay existente; y con una ficcion aérea perjudican á los no mejorados, lo cual ni se manda ni se infiere de ninguna ley. En este supuesto, para evitar dudas y disputas prevendrá el escribano al testador *que mande deducir el tercio de lo que quede de sus bienes despues de separado el quinto*, como se practica, y si no, *que se saque ántes que este*.

28. Si el testador manda que se desduzca primero el tercio, se deducirá, porque como se le permite disponer del quinto á su arbitrio, está en su mano no hacer uso de la ley del Estilo establecida en favor suyo; y si deja tantas mandas graciosas que no caben en el quinto, se ha de mirar qué parte legó mas de lo que podia, v. gr. si es cuarta, quinta, sexta &c. y luego prorratear el resto, (bajados ántes los gastos de su funeral, misas y legados propios) entre todos los legatarios y el del quinto, sacando de cada legado la parte que le corresponde, atendida su cantidad ó importe, y de esta suerte será justa la deduccion; pero esto se limita en los legados específicos, los cuales no deben entrar en el prorateo, sino darse íntegros á los legatarios, porque estos los hacen suyos incontinenti que muere el testador, y como conocidos son de mejor condicion que los genéricos, aunque algunos dicen lo contrario.

29. Lo dicho en el párrafo 26 procede tambien cuando la mejora se hace en dos instrumentos, v. gr. parte en testamento ó contrato, y parte en codicilo, sean uno solo, dos ó mas los descendientes mejorados en ellos, pues de cualquiera suerte se ha de deducir primero el quinto; bien que si es uno solo el mejorado en ambos, lo propio es sacar este ántes ó despues que aquel, como se demuestra haciendo la cuenta. Por ejemplo asciende el caudal líquido partible á quince: si se saca primero el quinto, importa tres y quedan doce, de los cuales

el tercio son cuatro, de suerte que por tercio y quinto, bajando primero este, le tocan siete; y si se baja ántes el tercio, serán cinco y quedan diez, de los cuales el quinto son dos, por manera que le tocan los mismos siete.

30. Lo expuesto se limita cuando el mejorante manda que el tercio se deduzca ántes que el quinto, sean dos los mejorados, sea uno solo, ó disponga á favor de uno de sus descendientes del tercio, y á favor de otro, de extraño, ó por su alma del quinto; pues entónces se observará su mandato segun se dijo en el párrafo 28, porque la deduccion previa del quinto se ha establecido á su favor para que tenga mas que disponer por su alma, ó en lo que quisiere, y así puede renunciar este beneficio á favor del mejorado en el tercio.

31. Tambien se limita cuando en contrato irrevocable, ó por causa onerosa, como casamiento, hizo mejora del tercio á favor de un descendiente legítimo con entrega de los bienes ó de su posesion verdadera ó ficta, y en disposicion última del quinto á favor de otro, de un extraño, ó dispuso de este en otros fines: como tambien cuando se pactó entre los interesados, segun puede hacerse, que la donacion surtiese su efecto ántes de la muerte del donante; pues en estos casos se deducirá primero el tercio y disminuirá el quinto, porque mucho ántes que el legatario de este adquiriese derecho á él, el mejorado en el tercio le tenia adquirido á su importe en el de todos los bienes del mejorante; por cuya rayon careció de facultal para legar quinto de parte del tercio que tocaba enteramente al mejorado en él, y así para el efecto de deducirse se ha de considerar como una deuda contra el caudal del mejorante ó donante: lo cual procede aunque el instrumento revocable en que se donó ó legó el quinto se otorgue ántes que el irrevocable del tercio, porque este inmediatamente surtió su efecto, y aquel no, hasta que se confirmó con la muerte del otorgante, desde la cual empieza á tener vigor por no poderle ya revocar.

32. Mas para hacer la deduccion del tercio entero ó de la parte de el que señale el testador al mejorado, se ha de tener consideracion á lo que valen sus bienes cuando muere, y no á lo que valian cuando hizo la mejora[1]; porque el tercio es legítima, y el valor de esta se atiende al tiempo de la muerte y no en vida; por lo que si cuando el testador la hizo tenia pocos bienes, y al tiempo que fallece tiene muchos, se deducirá y pagará el tercio al mejorado del importe de estos; y si por el contrario tiene pocos, percibirá ménos, aunque entónces tuviese muchos, pues no hay eleccion de tiempos, háyase entregado en vida el todo ó parte de la mejora al mejorado, ó nada; y solo habiendo habido entrega se unirá su importe al caudal partible, y hecho todo

1 L. 23 de Toro, que es la 7 tit. 6 lib. 10 N. R.

un cuerpo, se deducirá de ello la mejora, y verá si cabe ó no, ó tiene mas que haber en cuenta de ella.

33. Lo mismo milita en cualquiera donacion de cosa ó cantidad hecha simplemente á un hijo ó descendiente, porque tiene fuerza de mejora, y el donatario se entiende m jorado en ella segun la ley 26 de Toro, sea válida cuando se hace, ó inválida hasta que se confirme con la muerte del donante, no mandando este al tiempo de hacerla que la colacione; pues si lo manda entónces, siendo irrevocable, ó despues si es revocable, no hay mejora, y se deberá recibir en cuenta de legítima.

34. Mejorando el padre en alguna disposicion última á un hijo ó descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, y no disponiendo del quinto, puede dudarse cuál se ha de bajar primero, y cómo se ha de hacer la deduccion, caso que los gastos del funeral, misas y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de este despues de deducidos. Por ejemplo, deja el padre quince mil pesos, y los gastos y legados referidos importan mil. Parece que, segun la ley del Estilo, que se halla en observancia en los reinos de Castilla, se debe bajar primero el quinto que son tres mil; sacar de los doce mil restantes el tercio, que importa cuatro mil; aplicarle al mejorado en él, y luego dividir los dos mil que sobran del quinto, bajados los mil, importe de los legados, gastos funerarios y misas; y el resto de la herencia entre todos los herederos igualmente, incluso el mejorado.

35. Pero con esta deduccion sale perjudicado gravemente el mejorado; y así primero se ha de sacar en dicho caso el tercio del remanente del quinto para él, que son seiscientos sesenta y seis pedos, siete reales y un tercio de otro: luego de los doce mil bajar tambien y aplicarle los cuatro mil del tercio; y unido el resto de él que son ocho mil, y el del quinto que asciende á mil ochocientos treinta y tres pesos, tres reales y dos tercios, dividirlos igualmente entre todos los herederos, entrando el mejorado: porque el testador, por el hecho de haber mejorado á su hijo en el tercio de todos sus bienes, por poder disponer libremente tan solo de los del quinto, y no haber dispuesto de este como podia hacerlo, es visto haber querido que llevase de él el tercio, así como de los demas bienes que son legítima de sus hijos; pues de lo contrario no se le dejaba nada de lo suyo, sino solamente de lo que era legítima, ni se cumplia su voluntad, la cual no fué únicamente mejorarle en el tercio de los bienes que dejaba bajado el quinto, sino tambien en el de los suyos privativos, que son el residuo de este.

36. Si el padre ó la madre mejoró en disposicion última á un descendiente legítimo en el tercio de sus bienes mandando que pague de él los gastos de su funeral, misas y legados, y no disponiendo en ninguna manera del quinto, deberá satisfacerlo todo del tercio hasta en lo que alcance el quinto, y no mas; y únicamente se entenderá mejorado en el exceso de uno á otro.

37. Lo mismo ha de decirse cuando el padre mejoró en el tercio de sus bienes á un descendiente suyo, y á otro en el quinto, ordenando que el mejorado en el primero satisfaciese por sí solo los gastos de su entierro y demas expresados, ó que entregase para ellos al mejorado en el segundo la mitad del tercio; pues deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto entero de los bienes del mejorante, y no mas; entendiéndose que mejoró ó distribuyó el tercio entre los dos, dejando mayor porcion de este al del quinto que á él. La cuenta se hará de esta suerte: v. gr. asciende toda la herencia líquida partible á veinte mil reales, cuyo quinto son cuatro mil, y cuyo tercio, bajados estos, importan cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio de otro. En este caso deberá expender hasta en los cuatro mil de los cinco mil trescientos treinta y tres del tercio, y no mas, aunque importen mas los legados y gastos referidos, y se entenderá mejorado en los mil trescientos treinta y tres y un tercio restantes, que juntos con los cuatro mil del quinto, componen los cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio del tercio total de la herencia, y así no se grava la legítima en cosa alguna. Y si le manda entregar al del quinto la mitad del tercio, y esta no alcanza para los gastos y demas cosas que hubiere dispuesto, deberá suplirlo el del quinto hasta en lo que falte para completar la quinta parte de los bienes del testador, y no mas, incluyendo lo entregado por el mejorado en el tercio; y se conceptuará mejorado en el residuo, como en parte de tercio.

CAPITULO IV.

De la division de frutos de la mejora y donacion hecha en contrato ó en última disposicion: cuándo pertenecen ó no al mejorado ó donatario, ya esten ó no pendientes en la finca consignada; y si este debe ó no restituirlos en caso de revocarla el testador.

1 Dificultades que suelen ocurrir en órden al modo de dividir legalmente los frutos de la mejora.

2 Haciéndose irrevocablemente la mejora en contrato y en cosas ciertas y señaladas, ó aunque sea revocablemente si no se revocó, ántes bien se entregó al mejorado su posesion verdadera ó ficta, le pertenecen los frutos desde su entrega; pero si no se le entregaron las cosas contenidas en ella, ni fué hecha por causa onerosa con tercero, no le corresponden los frutos hasta que muere el mejorante.

3 Si la mejora en contrato fué hecha de una parte ó cuota de bienes ciertos y señalados por el mejoran-

un cuerpo, se deducirá de ello la mejora, y verá si cabe ó no, ó tiene mas que haber en cuenta de ella.

33. Lo mismo milita en cualquiera donacion de cosa ó cantidad hecha simplemente á un hijo ó descendiente, porque tiene fuerza de mejora, y el donatario se entiende m jorado en ella segun la ley 26 de Toro, sea válida cuando se hace, ó inválida hasta que se confirme con la muerte del donante, no mandando este al tiempo de hacerla que la colacione; pues si lo manda entónces, siendo irrevocable, ó despues si es revocable, no hay mejora, y se deberá recibir en cuenta de legítima.

34. Mejorando el padre en alguna disposicion última á un hijo ó descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, y no disponiendo del quinto, puede dudarse cuál se ha de bajar primero, y cómo se ha de hacer la deduccion, caso que los gastos del funeral, misas y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de este despues de deducidos. Por ejemplo, deja el padre quince mil pesos, y los gastos y legados referidos importan mil. Parece que, segun la ley del Estilo, que se halla en observancia en los reinos de Castilla, se debe bajar primero el quinto que son tres mil; sacar de los doce mil restantes el tercio, que importa cuatro mil; aplicarle al mejorado en él, y luego dividir los dos mil que sobran del quinto, bajados los mil, importe de los legados, gastos funerarios y misas; y el resto de la herencia entre todos los herederos igualmente, incluso el mejorado.

35. Pero con esta deduccion sale perjudicado gravemente el mejorado; y así primero se ha de sacar en dicho caso el tercio del remanente del quinto para él, que son seiscientos sesenta y seis pedos, siete reales y un tercio de otro: luego de los doce mil bajar tambien y aplicarle los cuatro mil del tercio; y unido el resto de él que son ocho mil, y el del quinto que asciende á mil ochocientos treinta y tres pesos, tres reales y dos tercios, dividirlos igualmente entre todos los herederos, entrando el mejorado: porque el testador, por el hecho de haber mejorado á su hijo en el tercio de todos sus bienes, por poder disponer libremente tan solo de los del quinto, y no haber dispuesto de este como podia hacerlo, es visto haber querido que llevase de él el tercio, así como de los demas bienes que son legítima de sus hijos; pues de lo contrario no se le dejaba nada de lo suyo, sino solamente de lo que era legítima, ni se cumplia su voluntad, la cual no fué únicamente mejorarle en el tercio de los bienes que dejaba bajado el quinto, sino tambien en el de los suyos privativos, que son el residuo de este.

36. Si el padre ó la madre mejoró en disposicion última á un descendiente legítimo en el tercio de sus bienes mandando que pague de él los gastos de su funeral, misas y legados, y no disponiendo en ninguna manera del quinto, deberá satisfacerlo todo del tercio hasta en lo que alcance el quinto, y no mas; y únicamente se entenderá mejorado en el exceso de uno á otro.

37. Lo mismo ha de decirse cuando el padre mejoró en el tercio de sus bienes á un descendiente suyo, y á otro en el quinto, ordenando que el mejorado en el primero satisfaciese por sí solo los gastos de su entierro y demas expresados, ó que entregase para ellos al mejorado en el segundo la mitad del tercio; pues deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto entero de los bienes del mejorante, y no mas; entendiéndose que mejoró ó distribuyó el tercio entre los dos, dejando mayor porcion de este al del quinto que á él. La cuenta se hará de esta suerte: v. gr. asciende toda la herencia líquida partible á veinte mil reales, cuyo quinto son cuatro mil, y cuyo tercio, bajados estos, importan cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio de otro. En este caso deberá expender hasta en los cuatro mil de los cinco mil trescientos treinta y tres del tercio, y no mas, aunque importen mas los legados y gastos referidos, y se entenderá mejorado en los mil trescientos treinta y tres y un tercio restantes, que juntos con los cuatro mil del quinto, componen los cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio del tercio total de la herencia, y así no se grava la legítima en cosa alguna. Y si le manda entregar al del quinto la mitad del tercio, y esta no alcanza para los gastos y demas cosas que hubiere dispuesto, deberá suplirlo el del quinto hasta en lo que falte para completar la quinta parte de los bienes del testador, y no mas, incluyendo lo entregado por el mejorado en el tercio; y se conceptuará mejorado en el residuo, como en parte de tercio.

CAPITULO IV.

De la division de frutos de la mejora y donacion hecha en contrato ó en última disposicion: cuándo pertenecen ó no al mejorado ó donatario, ya esten ó no pendientes en la finca consignada; y si este debe ó no restituirlos en caso de revocarla el testador.

1 Dificultades que suelen ocurrir en órden al modo de dividir legalmente los frutos de la mejora.

2 Haciéndose irrevocablemente la mejora en contrato y en cosas ciertas y señaladas, ó aunque sea revocablemente si no se revocó, ántes bien se entregó al mejorado su posesion verdadera ó ficta, le pertenecen los frutos desde su entrega; pero si no se le entregaron las cosas contenidas en ella, ni fué hecha por causa onerosa con tercero, no le corresponden los frutos hasta que muere el mejorante.

3 Si la mejora en contrato fué hecha de una parte ó cuota de bienes ciertos y señalados por el mejoran-

te, pero no fueron entregados al mejorado, se deben á este los frutos desde la muerte de aquel.

4 Cuando la mejora de cuota en contrato se hizo á un hijo emancipado, mayor de veinte y cinco años, deberá percibir los frutos desde el tiempo de la demora, que es desde la contestacion del pleito.

5 Si la mejora de cierta cosa particular se hace en última disposicion sin entrega, tocan los frutos al mejorado desde la muerte del testador; pero si interviene entrega, le pertenecen desde que esta se hace.

6 Lo mismo procede cuando la mejora se hizo de cierta parte ó cuota de bienes, é intervino entrega verdadera ó ficta; pero si faltó esta, se le deberán solamente los frutos desde la demora cometida por el heredero despues de la muerte del testador.

7 y 8 ¿Cómo deberán dividirse los frutos cuando el testador deja descendientes legítimos, todos mayores de veinte y cinco años, y bienes fructíferos é infructíferos, mejoró por contrato ó en última disposicion á uno de dichos descendientes en el tercio, ó en el tercio y quinto sin entregárselos, y se tarda un año ó mas en evacuar la particion?

9 Si todos los herederos son menores, se practicará lo mismo que acerca de los mayores se ha dicho en los dos párrafos antecedentes.

10 Lo propio debe hacerse cuando el padre que en vida habia dado dote á una hija, ó capital á un hijo, le mejoró en disposicion última para que nada tuviese que restituir; y este, despues de haber callado mucho tiempo, conociendo luego que los bienes tienen mas valor del que se habia figurado, pide que se haga la particion.

11 Resolucion del caso en que el testador no deja al hijo el tercio por via de mejora ó legado, sino en virtud de institucion: v. gr. si legá el quinto á su muger ó á otro, ó no disponiendo de él hace varias mandas en diferentes cláusulas, y despues en la de herederos dice: „y en el remanente de todos mis bienes, muebles, raices y derechos, instituyo por mis universales herederos á P. y F., mis hijos, excepto el tercio que mando le lleve ademas ó por via de mejora dicho P., y si es necesario le mejoro en él en la forma que mas haya lugar en derecho."

12 Si hubiese dotado el padre á una hija en cierta cantidad, entregándosela en bienes muebles y dinero, si la herencia que dejó en bienes raices estuviere muchos años sin partir, no llevará sin embargo mas frutos que los de aquella parte que le falte para completar su legítima, aun cuando alegue que fué perjudicada por no haber llevado cosa alguna en bienes raices.

13 Si el testador mejoró en cosa cierta, ó en el tercio, ó tercio y quinto, consignando la mejora en bienes determinados, no llevará el mejorado como tal mas frutos que los que durante la proindivision produjeron ó rentaron las fincas señaladas.

14 Mejorando el padre ó la madre á uno de sus hijos en el tercio ó quinto con señalamiento de cosa cierta, y asignando á otro su legítima en otra, aunque la de este produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora, mas de los que su finca hubiere producido.

15, 16 y 17 Resolucion de otros casos.

18 Division de los frutos pendientes en los bienes en que consignó la mejora el testador cuando este fallece.

19 Siempre que el título de la mejora que se hace se reduce á no título, debe el mejorado restituir con frutos la finca ó cosa en que lo fué. Lo propio sucede en la condicional, que se desvanece por no cumplirse la condicion.

20 Si el título no se reduce verdaderamente á no título, sino que se revoca, se debe restituir la cosa donada sin frutos.

21 y 22 Continuacion de esto mismo.

23 Cuando los bienes de la mejora se entregaron al mejorado, y se revoca aquella por ingratitud, debe este restituir los frutos desde el dia en que comenzó á ser ingrato.

24 Lo propio milita cuando la donacion ó mejora entregada se revoca en el todo por haberse reservado el mejorante la facultad de revocarla, es decir que debe restituir los frutos desde el dia de la revocacion.

25, 26 y 27 Habiendo casado el padre á una hija de su primer matrimonio, cuya madre llevó bienes raices, y dádole en dote bienes muebles ó dinero, quedándose con los fructíferos de su madre, ¿si podrá, muerto él, reclamar dicha hija los bienes maternos con sus frutos desde el tiempo del matrimonio, restituyendo la dote?

1. Suelen ocurrir graves dificultades á los contadores en órden al modo de dividir legalmente los frutos de la mejora hecha en contrato ó en última voluntad, con tradicion ó consignacion de los bienes de su importe, ó sin estas. Y para que cuando se les ofrezca procedan con justificacion, trataré de este punto con la posible claridad.

2. Haciéndose la mejora irrevocablemente en contrato y en cosas ciertas y señaladas, ó aunque sea revocablemente, si no se revocó, ántes bien se entregó al mejorado su posesion verdadera ó ficta, le pertenecen los frutos desde su entrega, porque desde entónces se le transfirió el dominio de aquellas; y lo mismo procede en la donacion hecha por causa onerosa con tercero, aunque no haya entrega[1]. Pero si no se le entregaron las cosas en ellas contenidas, ni fué hecha por causa onerosa con tercero, no le corresponden los frutos hasta que muere el mejorante[2].

3. Si la mejora en contrato fué hecha de una parte ó cuota de bienes ciertos y señalados por el mejorante, pero no fueron entregados al mejorado, se deben tambien á este los frutos de ellos desde que el donante ó mejorante fallece; porque como consta cuáles son, empieza el mejorado en el instante en que se verifica la muerte del mejorante, á tener dominio en ellos, mediante el cual adquiere sus frutos. Pero si la mejora no se consignó en bienes algunos, ni por consiguiente fueron entregados estos al mejorado, se le deben únicamente los frutos desde la mora cometida por el heredero en hacerle la entrega de los que corresponden á la mejora; porque no habiéndosele transferido su dominio desde el contrato, por la incertidumbre de los que se aplicarian, pudo ser revocada la donacion hasta la muerte; y como se atiende á este tiempo para hacer la computacion de la cuota, empieza la translacion de su dominio, y por con-

1 L. *Tradit.* 20 Cod. *De pract.* Angul. en la ley 4 gl. 6 n. 15. *De meliorat.* Matienzo en ella gl. 3 n. 5 tit. 6 lib. 5. Tello en la 20 de Toro n. 14.

2 Angul. ibi n. 14. Matienzo n. 6.

siguiente el derecho al percibo de los frutos desde que se hace la aplicacion de aquella.

4. Cuando la mejora de cuota en contrato es hecha á hijo emancipado, mayor de veinte y cinco años, si se le hizo entrega verdadera ó ficta, deberá percibir los frutos desde el tiempo de la demora, que es desde la litiscontestacion, y no ántes, por la incertidumbre y y falta de asignacion de bienes, que arguye buena fe; pues si la cosa es indivisible se puede pagar en dinero, y los frutos ó usuras de este no se deben sino desde la mora; y aunque sea divisible, no es cierta la parte de ella en que se ha de hacer la adjudicacion; por lo que no adquiere su dominio, ni por consiguiente derecho á sus frutos. Pero si fué hecha á hijo que estaba bajo la patria potestad, ó á menor, se le deben los frutos desde el tiempo de la tradicion, porque la ley favorece al menor[1]: ademas de que el hijo que se halla en poder de su padre, no puede pedir contra él ni moverle pleito[2].

5. Si la mejora de cierta cosa particular se hace en última voluntad sin tradicion, tocan los frutos al mejorado desde la muerte del testador, desde cuyo tiempo, y no ántes, se le transfirió su dominio[3]. Y aunque parece que no debia percibirlos hasta que el heredero aceptase la herencia, le corresponden no obstante, por no ser necesaria segun ley[4] su adicion ó aceptacion para la validacion del testamento y de todo lo que contenga, si consta de las solemnidades que la misma prescribe; pero si interviene entrega le pertenecen desde que esta se le hace, porque desde entónces se le trensfirió su dominio, por razon del cual los adquiere[5].

6. Lo mismo procede cuando fué hecha de cierta parte ó cuota de bienes, v. gr. tercia ó cuarta, en última disposicion, é intervino tradicion verdadera ó ficta de ella, ó asignacion de la cosa en que se habia de pagar; pero si faltó la entrega, se le deberán solamente los frutos desde la demora cometida por el heredero despues de la muerte del testador, porque como no hay tradicion ni señalamiento de bienes ciertos por donde se infiera haberse transferido su dominio en el mejorado, y por otra parte la asignacion de la cuota en la universalidad de la herencia solo presta derecho á ella, mas no á bienes determinados, por la incertidumbre de los que se aplicarán al mejorado, puesto que la aplicacion es arbitraria en el juez cuando no hay asignacion; por eso tampoco debe haber frutos hasta que se haga la aplicacion, desde la cual empezarán, porque desde ella comienza la translacion del dominio en los bienes aplicados. A mas

1 L. *In minorem.* Cod. *In quibus caus. restit.*
2 L. 2 tit. 2 part. 3.
3 L. 34 tit. 9 part. 6. Gom. lib. 1 *Var.* cap. 12 n. 2.
4 L. 1 tit. 18 lib. 10 N. R.
5 Matienzo en dicha ley 4 tit. 6 lib. 5 gl. 3 ns. 5 y 7.

de que esta cuota se puede pagar al legatario ó mejorado en bienes que no sean fructíferos, porque no está prohibido cuando es legado genérico; y así quedará á eleccion del heredero el señalamiento de ellos, como por derecho comun se le permitia, pues siendo de los de la herencia, cumple con el precepto de la ley 20 de Toro, que así lo ordena, y solo prohibe que se pague en dinero[1].

7. Dejando el testador descendientes legítimos, todos mayores de veinte y cinco años, y bienes muebles, semovientes y otros fructíferos é infructíferos, y mejorando por contrato ó última disposicion á algun descendiente suyo legítimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto indistintamente, sin entregárselos ni aun consignárselos, si se tarda un año ó mas en evacuar la particion (como frecuentemente suele suceder), á causa de haber que liquidar cuentas, cobrar créditos, ó por otro motivo que no dependa del mejorado; parece que deberá llevar desde la muerte de su padre no solo el importe de la mejora, sino tambien los frutos, réditos ó pensiones líquidas de los bienes fructíferos ó redituables, á proporcion de su haber, y no igualmente como los demas herederos. Lo primero, porque los frutos aumentan la herencia, y por consiguiente el haber respectivo de cada partícipe, segun la voluntad del instituyente. Lo segundo, porque el mejorado está obligado á pagar las deudas de este á prorata de lo que le toca[2]; por lo que así como sufre el gravámen, debe percibir la utilidad. Lo tercero, porque en el instante que se verificó ser heredero, y aceptó la herencia, se le transfirió proindiviso el dominio de los bienes de esta, y por consiguiente el de los frutos de aquella parte como accesorios; y por haber permitido la proindivision, ó no haberse podido dividir la herencia, no es visto haber renunciado los frutos que como mejorado le competen; fuera de que se convertiria en su detrimento la proindivision, cuando á haberse hecho al instante la particion, se habria utilizado de sus frutos todo el tiempo que medió. Lo cuarto, porque del propio modo que si miéntras los bienes estuvieron proindiviso se hubiera monoscabado la herencia, correria la misma suerte la mejora; así tambien habiendo tenido aquella incremento con los frutos, debe tenerlo esta tambien. Y lo quinto, porque miéntras dura la proindivision subsisten los bienes en compañía; y así cada socio debe llevar de los frutos ó utilidades de esta lo correspondiente al fondo que en ella puso ó le dejaron, que es el haber respectivo de la herencia y mejora.

8. Por las razones expuestas en el párrafo anterior parece in-

1 Matienz. ibi ns. 7 y 8. Tello en la 20 de Toro n. 16, y en la 26 n. 8. Ayor. part. 1 cap. 6 n. 13 al 16.
2 L. 21 de Toro, que es la 5 tit. 6 lib. 10 N. R.

dudable á primera vista que los frutos deben dividirse á proporcion del haber de cada partícipe. Sin embargo, creo que en el caso propuesto se han de dividir con igualdad, y no á prorata entre todos los herederos, sean legítimos ó extraños, los frutos líquidos que hayan producido los bienes hereditarios durante la comunion, deduciendo y separando de la herencia ante todas cosas la mejora para el mejorado, uniendo luego al residuo de aquella el total y líquido importe de los frutos, y hechas estas dos partidas un cuerpo, dividiéndole igualmente entre los herederos, incluso el mejorado, como si todo fuera herencia: en primer lugar, por lo expuesto en el párrafo 6: en segundo lugar, porque aunque es constante que los frutos aumentan la herencia, esto se entiende de los que el testador deja pendientes en las fincas fructíferas, ó recogidos en sus trojes ó paneras, que son parte de ella; mas no de los que nacen despues de su muerte, pues solo son y se llaman herencia los bienes que le pertenecen al tiempo de morir, por cuanto no puede hacer suyos los adquiridos ó nacidos despues de su fallecimiento, como que ya no existe, y así tampoco puede hacer mejora en ellos: en tercer lugar, porque de estar obligado á pagar las deudas á prorata de lo que le toca por la mejora, no se deduce que deba percibir frutos de ella, pues hasta que se pagan no la hay, ni tampoco herencia; por cuya razon se bajan y deben bajar ántes que todo, y de consiguiente nada paga ni se le desfalca, puesto que en lo ageno no puede mejorarle el testador: en cuarto lugar, porque el haber permitido la comunion no le da el mas leve título ni derecho para la percepcion de frutos, como mejorado, y ántes bien por su silencio es visto que no los quiso, y que se contentó con los que le tocasen como á heredero; pues de lo contrario hubiera protestado no se le causase perjuicio en ellos, é instado á que hiciese la particion en el estado en que se hallaba la herencia; y si no tuvo culpa en que esta se dividiese, tampoco la tuvieron los coherederos: en quinto lugar, porque para la adquisicion de frutos es indispensable el dominio absoluto, verdadero é induvitado en la cosa que los produce, como ya se ha dicho; y el mejorado en ninguna de la herencia le tiene específico por falta de tradicion y consignacion, sino universal é indistinto en todas y cada una, como los demas herederos; y por ignorarse cuáles se le aplicarán á causa de ser esto arbitrario en el juez, y deberse deducir primero, segun la ley 30 de Toro, los gastos de su funeral, misas y legados que tal vez consumirán todo el quinto, no puede estimarse cuantos frutos han producido; en cuya atencion tampoco tendrá derecho á ellos como mejorado, sino igualmente como heredero: en sexto lugar, porque aunque es cierto que menoscabándose la herencia durante la comunion,

se menoscaba tambien la mejora, no lo es que aumentándose aquella con los frutos debe aumentarse tambien esta, pues es falso el supuesto del aumento de herencia, á causa de que los frutos producidos despues de la muerte del testador no son parte de la que dejó, sino de sus herederos; por manera que no se llaman caudal paterno ó materno, sino solamente partible ó comun de todos, y así como bienes propios de ellos en comun, se deben dividir con igualdad entre todos: y en séptimo lugar, porque no hay entre ellos la sociedad que se aparenta, ni por el hecho de hallarse los bienes proindiviso se entiende haberla si no se expresa; pues para que se estime tácitamente contraida ó renovada entre los hermanos, es preciso que concurran los tres requisitos expresados en el libro 1 título 2 capitulo 8 párrafo 29; y en el presente caso no solo no concurren, sino que falta el unánime consentimiento de todos, que es otro requisito, sin el cual no la hay[1], por cuanto cada uno desea que se evacue á la mayor brevedad la particion para percibir lo que le corresponde.

9. Si todos los herederos son menores, se practicará lo mismo que entre los mayores, porque militan las mismas razones; y si el mejorado goza del privilegio, tambien gozan de él los coherederos: si por estar impedido por su menor edad de acelerar la particion, no debe perjudicarle la demora que hubo en evacuarla, tambien lo estuvieron aquellos; y ademas el primero trata de adquirir lucro de bienes que no son privativa y absolutamente suyos, y los segundos tratan de evitar el daño que se les sigue de que el que no tiene mas dominio que ellos en los bienes partibles perciba mas frutos. Y si es menor el mejorado y los demas mayores, debe observarse lo propio; aunque en este caso, y aun en el precedente, si la particion no se evacuó por culpa ó morosidad culpable de su tutor, y no de otra suerte, podrá reconvenirle para que se le indemnice del daño que se le originó en estar privado de los frutos que podian haberle producido los bienes redituables que se le aplicasen en pago de su mejora, si se hubiese evacuado prontamente la particion, como pudo y debió haberse hecho. Me ha parecido conveniente extenderme en la explicacion de estos casos, porque muchos se confunden en su resolucion.

10. Lo propio milita cuando el padre que en vida habia dado dote á una hija, ó capital á un hijo, la mejoró ó le mejoró en disposicion última para que no tuviese que restituir, y este mejorado, considerando tal vez que nada tenia que tomar, calla algunos años, y conociendo luego que los bienes tienen mucho valor, pide se haga la particion, y se le aplique lo que le falta con los frutos de su me-

1 L. 1 tit. 10 part. 5.

jora; pues ninguno llevará por esta razon, y sí solo por lo que le falte para completar su haber como mejorado.

11. Pero supongamos que el testador no deja al hijo el tercio por via de mejora ó legado, sino por via de institucion, como si lega el quinto á su muger ó á otro, ó no disponiendo de él hace varias mandas en diferentes cláusulas, y despues en la de los herederos dice: „Y en el remanente de todos mis bienes muebles, raices y derechos, instituyo por mis universales herederos á Pedro, Juan y Diego, mis hijos, excepto el tercio que mando le lleve ademas, ó por via de mejora, dicho Pedro; y si es necesario le mejoro en él en la forma que mas haya lugar en derecho &c.» En este caso afirma Ayora que el mejorado llevará la parte de los frutos correspondientes al tercio, y despues partirá igualmente con sus hermanos, fundando la razon de diferencia en que en el primer caso el mejorado tuvo el tercio como legado, y á los legatarios no pertenece el aumento ni diminucion de la herencia, sino á los herederos; y en este, tocándole por derecho de institucion mas que á los otros hermanos, y perteneciendo á los herederos los frutos cogidos despues, debe llevar como uno de ellos los correspondientes á su haber, arreglado á la institucion, puesto que las palabras del testador proferidas de un modo producen un efecto, y proferidas de otro, diverso. Mas sin embargo, yo dudo de la verdad de esta opinion, porque de cualquiera suerte que le deje el tercio, siempre es mejora; y aun juzgo que lo mismo debe proceder, ya se le deje y le perciba como heredero, ya como legatario (*).

12. Si hubiese dotado el padre á una hija en cierta cantidad entregándosela en bienes muebles y dinero cuando se casó, y muriese él despues, si la herencia que dejó en bienes raices estuvo muchos años sin partir, y al tiempo de su division pretende dicha hija le den sus hermanos la parte de herencia que la toca, con los frutos de ella íntegros, á cuyo fin colacionará todo lo que recibió en dote; no llevará sin embargo mas frutos que los de aquella parte que le falte para completar su legítima; y si la dote importa tanto cuanto el todo de esta, nada llevará de la herencia, porque ya la tiene recibida, ni por consiguiente de sus frutos, porque estos tocan á sus hermanos como producto de sus legítimas. De nada le servirá alegar que fué perjudicada por no haber llevado cosa alguna en bienes raices; porque ademas de haberse contentado con los que se

(*) Parece bien fundada la opinion de Ayora; pues en el caso propuesto el tercio, sin dejar de ser mejora, es parte de herencia, y en ningun modo puede llamarse legado: de suerte que viene á ser lo mismo que si un testador, á falta de legítimos, instituyese en partes desiguales varios herederos extraños; en cuyo caso nadie dudará que se les debe aplicar con arreglo á sus porciones hereditarias los frutos percibidos despues de la muerte del testador. Esta reflexion debe tenerse presente para resolver los casos anteriores y otros semejantes. *Febrero reformado.*

le entregaron, no pudo compeler á su padre á que de ello la dotase, pues es arbitrario en él el dejar á sus hijos la legítima en los que quiera, con tal que no los grave en ella ni en su importe.[1]

13. Si el testador mejora en cosa cierta ó en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto á uno de sus hijos, consignando la mejora en bienes determinados, que atendiendo su líquido caudal no exceden del valor de ella, no llevará el mejorado, como tal, mas frutos que los que durante la proindivision produjeron ó rentaron las fincas señaladas, ya sean muchos ó pocos, los cuales se separan del total cúmulo para su aplicacion, y de ellos se llevará cuenta; porque por la consignacion se le transfirió únicamente el dominio de las cosas consignadas, y por consiguiente el derecho privativo á sus frutos íntegros, y no á mas en el concepto de mejorado; pero de los que hayan redituado los demas bienes productivos partirá igualmente con los coherederos por el derecho de legítima que á cada uno corresponde; á cuyo fin se agregarán estos al acervo del residuo de la herencia despues de separados la mejora y frutos de ellas.

14. Mejorando el padre ó madre á uno de sus hijos en el tercio ó quinto con consignacion en cosa cierta, y señalando á otro su legítima en otra, aunque la de este produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas que lo que su finca produjo, porque el otro hijo adquirió igual dominio en la de su legítima que él en la de su mejora; y como se transfirió respectivamente á cada uno desde la muerte del testador, llevarán los frutos que sus fincas señaladas produjeron miéntras no se dividieron los bienes de la herencia que dejó; en cuyo caso el mejorado, no obstante tocarle mas parte de esta, percibirá ménos frutos por su mejora que el que no lo fué, y llevará su legítima en los demas bienes que haya, ya sean ó no productivos; pues[2] no se debe atender al valor que la herencia tiene con el aumento de frutos, ni estos se la deben agregar, como cuando no hay consignacion, sino al que tenian cuando falleció el mejorante, porque en este caso cada uno adquiere solamente el dominio en su alhaja ó fincas consignadas, y en el otro lo tienen todos proindiviso en el todo, y por eso la herencia y sus frutos se hacen cúmulo universal despues de separada y deducida de ella la mejora, y se dividen con igualdad entre todos.

15. Si el ascendiente mejora á un hijo ó descendiente en el tercio y quinto, consignándolos en una finca, y mandando que si el valor de esta excede á la mejora, lleve en cuenta de su legítima

1 Ayor. part. 2 q. 28.

2 LL. 19 y 23 de Toro.

el exceso, y muerto el mejorante se averigua que la finca vale mil pesos, por ejemplo, y excede á la mejora en doscientos, los cuales debe llevar por parte de legítima, y no se hace la particion en cuatro años, en cuyo intermedio renta la finca trescientos líquidos, y otros bienes del difunto mil y ciento, en todo mil y cuatrocientos; para dividir justificadamente estos, de los trescientos pesos que rindió la finca en los cuatro años, llevará únicamente el mejorado en el concepto de tal doscientos y cuarenta, que son la parte correspondiente á los ochocientos que importó la mejora, y los sesenta se le aplicarán tambien como frutos que produjo la parte de legítima que se le consignó en la finca, cuyo dominio adquirió por la consignacion; y de los mil y ciento que rindieron los demas bienes raices, percibirá lo correspondiente á la legítima que le falte y deba haber en estos, bajados los doscientos que le tocan en la finca; porque de aplicarle los trescientos por la mejora sola, y luego la parte correspondiente á los mil y ciento, como uno de sus herederos por su legítima igualmente con los demas partícipes, saldrian estos perjudicados en los sesenta, producto de los doscientos que llevaba en la finca por parte de legítima: de aplicarle igual parte de frutos de ellos, como si nada tuviera en cuenta de su legítima, se les perjudicaria igualmente por tener tomados los doscientos en cuenta de esta y sus frutos; y de unir los sesenta á los mil y ciento, y partirlos con igualdad entre todos, podrian ser perjudicados el mejorado ó los demas. Así pues, en aplicándole los frutos correspondientes á la parte de legítima que, bajados los doscientos, le falte que tomar, á nadie se grava; porque los sesenta, producto de estos, son para él solo, y debe contentarse con ellos, ó no admitir la parte de la finca en cuenta de legítima. Pero si no le consignare el exceso por parte de legítima, se unirán los frutos sobrantes de la mejora, v. gr. los sesenta pesos, á lo que rindan los demas bienes raices, y sean muchos ó pocos, se dividirán entre todos los herederos igualmente.

16. Esto tambien debe practicarse aunque el padre vincule la mejora, y tambien lo que por parte de legítima toque al mejorado en la finca ó fincas consignadas; pues no obstante el gravámen de vinculacion que puede imponerle en la legítima, aun cuando nada mas le toque por ella, y valdrá en este caso, debe hacerse la division de frutos en dichos términos, porque el gravámen, á mas de no extenderse á ellos, no se impuso á los coherederos sino al mejorado, y así no se les debe perjudicar en lo que les pertenezca.

17. Si el testador mejoró á uno de dos hijos en tercio y quinto, consignándole el tercio en ciertos bienes equivalentes á él, mandando llevase el quinto en dinero ú otros muebles, señalando al otro

por cuenta de su legítima otros bienes raices, y dejando á mas de los señalados á ambos hijos otros raices y muebles; y el mojorado se apoderó solamente del quinto ó parte de él para satisfacer el entierro, misas y mandas, por cuya causa los bienes del tercio y todos los demas estuvieron sin dividir; y habiéndose llevado cuenta de lo que produjeron todos, resultó que durante la comunion rindieron de frutos líquidos mil y quinientos pesos de esta forma: quinientos los de la mejora, trecientos los de la legítima del otro hijo, y setecientos los restantes; en este caso se han de aplicar privativamente al mejorado como tal los quinientos, y á su hermano los trescientos, dividiéndose por mitad entre los dos los setecientos; y de esta suerte ninguno queda perjudicado en los que le corresponden por su haber legítimo. Pero si cada uno se apodera de los bienes raices que se le cosignaron, y percibe sus frutos, quedando los de mas proindiviso, de estos solos se han de partir con igualdad los que produzcan; porque los de los otros los tienen ya sus respectivos dueños.

18. En órden á la pertenencia de los frutos pendientes al fallecer el testador en los bienes en que consignó la mejora, se debe distinguir: si deja viuda, se han de inventariar y tasar, porque le toca la mitad de su importe líquido; y lo propio milita si ella muere y queda su marido[1]. Si no hay viudo ó viuda, ha de distinguirse tambien: ó el difunto dejó herederos legítimos, ó extraños: si legítimos, se han de inventariar y tasar asimismo, y aplicarse al mejorado, no como frutos pendientes, sino como parte de mejora y de hacienda que deja el testador; de la cual se debe deducir en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima, atendido todo el caudal que se encuentra pertenecerle: lo cual procede, ya el testador le haya mejorado en tercio y quinto, consignando en los mismos bienes la mejora; ya solamente en estos sin expresar si era por parte de tercio y quinto; pues en ambos casos se ha de atender á si caben ó no en aquello en que el derecho le permite mejorar á sus decendientes legítimos, aun cuando en los mismos bienes no haya frutos pendientes. Y si instituyó herederos á extraños por carecer de legítimos, se ha de volver á distinguir: ó le mejoró en ciertos bienes sin mas expresion, ó en el tercio y quinto, ó en otra cuota, consignando en ellos la mejora: si le mejoró en bienes ciertos que señaló, entónces, como que es legado, sea de mucho ó de poco valor, y el testador puede disponer á su arbitrio, sin tener que atender á si grava ó no á los coherederos, se le aplicarán como frutos pendientes, que son parte de las mismas fincas; pero si le mejoró en el tercio y quinto, ó en otra cuota de sus bienes, pertenecen á la herencia los mismos frutos, y se han de tasar con los bienes de esta, y solo cabiéndole en la cuota consignada, se le

1 L. 3 tit. 4 lib. 10 N. R.

entregarán con las fincas en que se hallan, porque se perjudicaria á los coherederos, y se le daria contra la voluntad del testador mas de aquello en que le habia mejorado; pues la consignacion fué para que se le aplicasen irremisiblemente las fincas en parte de la mejora, y no otra cosa en su lugar; no para que llevase los frutos pendientes en ellas, si no le cabian en la cuota en que le habia mejorado.

19. Siempre que el título de la mejora que se hace se reduce á no título, debe el mejorado restituir con frutos la finca ó cosa en que lo fué, como sucede en la donacion por causa de muerte; pues como cuando se revoca se reduce á no causa, por estar suspensa y sin efecto miéntras vive el testador, se debe restituir la cosa donada con los frutos adquiridos desde el tiempo en que se hizo la donacion; y lo propio milita en la condicional, que por no cumplirse la condicion se desvanece, como si nunca se hubiera hecho.

20. Y si el título no se reduce verdaderamente á no título, sino que se revoca, se debe restituir la cosa donada sin frutos; y así aunque por el nacimiento de los hijos se revoca la donacion[1], solo se vuelven los frutos adquiridos desde aquel, y la noticia que tuvo el donatario, porque no son parte de la cosa donada para que se restituyan con ella; lo cual procede aun en los frutos naturales, pues miéntras poseé, sin embargo de que el título sea revocable es verdadero dueño, y así los adquiere y puede pedir las expensas y mejoras hechas en la cosa donada, sin estar obligado á compensárselas con ellos.

21. Pero en este caso basta que el donatario tenga noticia del nacimiento: no es preciso que el donante exprese que quiere revocar la donacion, como algunos afirman; pues el donatario, por lo mismo que lo sabe, no ignora que poseé sin título, ó al ménos con título nulo, que es lo mismo que no tenerle, y de consiguiente es poseedor de mala fe, y como tal debe restituir los frutos que queden líquidos, deducidas las expensas hechas en sus labores, simbra y recoleccion[2].

22. Mas no deberá restituir los que percibió y consumió ántes de la noticia del nacimiento de los hijos, por haber sido poseedor de buena fe[3]; pues este hace suyos los percibidos hasta la contestacion del pleito, sean naturales ó industriales, hágase ó no mas rico con su importe, porque se equipara al verdadero dueño en cuanto á ellos, háyalos adquirido por título honeroso ó lucrativo. Algunos distinguen; pero no debe hacerse distincion, porque la ley no la hace sino en cuanto á los naturales que producen los árboles sin trabajo del hombre, y aun en estos procede si se hizo mas rico con ellos[4].

23. De lo expuesto se infiere que cuando los bienes de la mejora

1 L. 8 tit. 4 part. 5.
2 L. 40 tit. 28 part. 3.
3 L. 39 tit. 28 part. 3.
4 Sobre esta distincion y obligacion véanse lar leyes 39 y 40 tit. 28 part. 3 y su gl.

se entregaron al mejorado, de tal suerte que su dominio se transfirió en él, y la mejora se revocó por su ingratitud, debe restituir los frutos desde el dia en que fué ingrato, porque desde entónces es poseedor de mala fe, y no ántes, que como verdadero dueño los adquirió.

24. Lo propio milita cuando la donacion ó mejora entregada se revoca en el todo por haberse reservado el mejorante ó donante la facultad de revocarla, no obstante que por esto sea aquella revocable; pues como el mejorado se hace verdadero dueño, y dicha reservacion no es ninguna condicion suspensiva que impida los efectos de la donacion, lucra los frutos de esta ó de la mejora, cuyo título no se estima por no título desde el dia en que se hizo, sino desde el de su revocacion, y por lo mismo puede pedir las expensas y aumentos útiles hechos en sus bienes, sin que tenga obligacion de compensarlos con sus frutos, como queda expuesta.

25. Habiendo casado el padre á una hija de su primer matrimonio, cuya madre llevó bienes raices ó redituables, y dádole en dote bienes muebles y dinero, quedándose con los fructíferos de su madre; si la hija era mayor de veinte y cinco años cuando se casó, equivalia el valor de la dote al que tenian los bienes maternos, y consintió expresamente en que su padre le diese los muebles en lugar de los que su madre habia llevado; no puede, muerto el padre y restituyendo los bienes de la dote, intentar se le entreguen aquellos ni sus frutos, sin embargo de que segun la ley 48 de Toro le corresponde desde que se casó todo su usufruto; porque es visto que entre ella y su padre hubo permuta ó venta de unos por otros, y si los maternos tenian mayor valor cuando contrajo matrimonio, se entiende haberlos comprado su padre, y transferídosele su dominio solo hasta en el precio que dió á su hija, y el exceso, regulado segun el tiempo del casamiento, y no segun el posterior, se le deberá dar con los frutos.

26. Si cuando se dió ú ofreció la dote dijo que con los bienes que se le entregaban se daba por contenta y enteramente satisfecha de los maternos, no los podrá pretenden, y solo habiendo lesion en el valor de los recibidos, y haciéndola constar segun y en los casos prescritos por derecho, se le resarcirá; pero si solo el marido intervino en el contrato dotal y le firmó, queda salva á la hija su accion para deshacerle, y pedir los bienes maternos con sus frutos desde el tiempo del matrimonio; porque por no haber consentido no perdió el dominio que habia adquido en ellos, ni se entiende haber habido permuta ni venta, ni su silencio la perjudicó tampoco por la reverencia á su padre, ni el marido tuvo facultad para perjudicarla, pues segun la ley[1] nadie puede pasar el dominio de lo ageno sin la voluntad de su dueño.

1 L. 13 tit 33 part. 7.

27. Y si la hija era menor cuando se casó no valió *ipso jure* la permuta ó enagenacion, por lo que puede pedir los bienes con los frutos líquidos producidos desde entónces, devolviendo la dote que su padre le dió; pero en este caso deberá restituir el dinero con los intereses correspondientes á él desde el dia en que se casó, si quiere los frutos de sus bienes raices, y el exceso se devolverá, pues de lo contrario se lucraria con estos y con aquellos indebidamente; lo cual entiendo, hubiese ó no el marido querido mas el dinero que los bienes, porque no pudo perjudicarla en cosa alguna, ni quitarle la accion que la competia á los bienes mauternos, á consecuencia de haber adquirido su dominio, por muerte de su madre, ni su padre quedarse con ellos.

CAPITULO V.

De la colacion de bienes. ¿Qué es colacion; por qué razon se introdujo; qué se requiere para que tenga lugar; entre qué personas debe ó no hacerse, y cuáles son los bienes colacionables?

1 Objeto principal de este capítulo.
2 ¿Qué es colacion?
3 ¿De cuántos modos puede hacerse?
4 ¿Qué es imputacion, y en qué se diferencia de la colacion?
5 Regularmente hablando debe colacionarse la misma cosa, y no su estimacion, excepto en los casos que allí 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 colacionales.
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 la 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 demas 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 obligacion 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 oficios públicos redimibles comprados con el dinero de sus padres, si son transmisibles.
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 usufruto 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 ántes de adquirir el usufruto de los bienes adventicios de su hijo que no lo quiere, no tiene este obligacion de colacionar los frutos que produjeron, y percibió.
30 Si el padre que admistra 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 haria con él en su casa.
31 Si teniendo el padre el usufruto de los bienes adventicios de su hijo, este se casa, y aunque el padre continúe reteniéndole, no se le demanda miéntras 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 despues de la tácita ó expresa remision de su padre, y no debe traerlos á colacion.

27. Y si la hija era menor cuando se casó no valió *ipso jure* la permuta ó enagenacion, por lo que puede pedir los bienes con los frutos líquidos producidos desde entónces, devolviendo la dote que su padre le dió; pero en este caso deberá restituir el dinero con los intereses correspondientes á él desde el dia en que se casó, si quiere los frutos de sus bienes raices, y el exceso se devolverá, pues de lo contrario se lucraria con estos y con aquellos indebidamente; lo cual entiendo, hubiese ó no el marido querido mas el dinero que los bienes, porque no pudo perjudicarla en cosa alguna, ni quitarle la accion que la competia á los bienes mauternos, á consecuencia de haber adquirido su dominio, por muerte de su madre, ni su padre quedarse con ellos.

CAPITULO V.

De la colacion de bienes. ¿Qué es colacion; por qué razon se introdujo; qué se requiere para que tenga lugar; entre qué personas debe ó no hacerse, y cuáles son los bienes colacionables?

1 Objeto principal de este capítulo.
2 ¿Qué es colacion?
3 ¿De cuántos modos puede hacerse?
4 ¿Qué es imputacion, y en qué se diferencia de la colacion?
5 Regularmente hablando debe colacionarse la misma cosa, y no su estimacion, excepto en los casos que allí 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 colacionales.
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 la 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 demas 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 obligacion 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 oficios públicos redimibles comprados con el dinero de sus padres, si son transmisibles.
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 usufruto 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 ántes de adquirir el usufruto de los bienes adventicios de su hijo que no lo quiere, no tiene este obligacion de colacionar los frutos que produjeron, y percibió.
30 Si el padre que admistra 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 haria con él en su casa.
31 Si teniendo el padre el usufruto de los bienes adventicios de su hijo, este se casa, y aunque el padre continúe reteniéndole, no se le demanda miéntras 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 despues de la tácita ó expresa remision 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: ¿cuáles 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 casicastrense.

44 Tampoco debe colacionar lo que su padre gastó 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 utilidad.

45 Asimismo no puede 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 padre transfiere 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. ¿Qué deberá hacerse cuando se duda si lo grangeó 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, léjos 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 colacionar siempre que sean condignos á ella, ó tales que no puedan estimarse ni pagarse con dinero.

54 Son colacionables en cuenta de legítima 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 allí se expresan.

55 ¿Cuáles 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 á 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 viniendo 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 ménos 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 qué términos?

67 hasta el 75 inclusive. ¿En qué casos y de qué modo tendrá lugar la colacion del enfitéusis?

1. Suelen 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 partidor 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 antimonia ó contrariedad 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, adhiriéndome en los casos confusos al dictámen mas conforme con el espíritu de aquellas, y dando al partidor 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.° por *manifestacion*, que es trayendo ó manifestando el donatario la misma cosa

que percibió, si existe y puede colacionarla[1]: 2.° por *liberacion*, que es cuando lo colaciolable no se le entregó, y solo se le prometió[2]; y el 3.° por *imputacion*, que es imputándole en su haber, y percibiendo de la herencia tanto ménos 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. Fué la imputacion en un principio un remedio introducido por el derecho romano para excluir la querella de inoficioso testamento. En virtud de este remedio podia el hijo á quien su ascendiente dejaba ménos de la legítima 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 legítima; y sí solo cuando el testador le dejaba ménos 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 fué introducida así en favor de los hijos como de sus padres: de aquellos, para que no fuesen privados de su legítima; 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 orígen, forma y naturaleza. Lo tercero, en que la imputacion no tiene lugar sino por testamento; pero la colacion, así por testamento como abintestato. Lo cuarto, en que la imputacion lo tiene, 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 lo que se colaciona se imputa en la legítima. Otras varias diferencias traen los autores[5], las que omito por importar poco al contador.

5. Debe colacionarse, regularmente hablando, la misma cosa recibida, si existe, y no su estimacion[6] (*); pues de no hacerlo se pue-

1 L. 1 § *Jubet.* ff. *De collat. bonor.* Guerreir. *De divis.* lib. 2 cap. 13 n. 1 al 4.
2 L. 2 Cod. *De collat.* Velasc. *De partit.* cap. 14 n. 1.
3 L. *Datis quidem petitio.* Cod. *De collat.* Gom. en la ley 29 de Toro n. 26.
4 L. *Omnimodo.* Cod. *De inoffic. testam.* Gom. ibi n. 38. Hermos. en la ley 3 tit. 4 part 5.
5 Castill. en la ley 29 de Toro n. 30 verb. *A tornar.*
6 L. 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.° 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 sujeto 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 qué es tan frecuenté 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.

de causar perjuicio á los coheredros, 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[1]: por consiguiente no debe darse al interesado contra su voluntad la estimacion de la cosa en lugar de esta misma[2]; pues de permitirse esto se faltaria á la equidad, que fué el principal motivo de establecerse la colacion. Pero esto se limita en cuatro casos: 1.° cuando los interesados convienen en que se colacione la estimacion; pues como esta se introdujo principalmente para evitarles perjuicios, y para que fuesen igualados en sus legítimas, cesa el motivo con su convenio: 2.° cuando no se puede colacionar sino con dificultad, ó de ningun modo: 3.° 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 ménos que el padre mande expresamente que los colacionen[3]; y lo 4.° en la dote miéntras subsiste el matrimonio, pues basta colacionar la estimacion de las cosas dotales, y no hay obligacion de manifestarlas, como he dicho[4].

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 fué que los bienes donados por él se colacionasen; de cuyas conjeturas trataré despues. El tercer caso es cuando se duda si el padre ó no; pues entónces se presume que su voluntad mas fué 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 probibida no bastan conjeturas[5], por urgentes y vehementes que sean), no se hará, siempre que segun nuestro derecho Real no excedan los bienes donados de lo que pueda to-

1 L. *Illam*, al fin. Cod. *De collat.*
2 Velasc. *De partit.* cap. 14 ns. 2 y 3.
3 Velasc. ibi n. 7. Guerreir. *De divis.* lib. 2 cap. 13 n. 1 al 24.
4 Velasc. en el cit. cap. n. 5.
5 L. 3 tit. 15 part. 6.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

car 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, estudiar ó seguir otra carrera de honor y útil 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[1]. La tercera es que los bienes donados hubiesen sido de la persona á quien se hereda. La cuarta es que la cosa ó cantidad recibida se adquiera 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 ménos que el donante mande que se reciba en cuenta de legítima. La 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, recibió algo de su abuelo, y este fallece 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 entregó, 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, concurran 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[2] 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 á la colacion; pero sí entre es-

1 L. 4 tit. 15 part. 6.
2 LL. 1 y 2 tit. 13 part. 4 y 2 tit. 5 lib. 10 N. R.

tos 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 ha 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 órden 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 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 así no se le prohibe donar como á este. Así 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 debera hacer la colacion en caso que el descendiente le haya hecho la donacion con 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 legítimos, porque con estos ninguno de ellos concurre á heredar. Asimismo no la hay entre los hijos naturales, sucedan solos ó con otros legítimos, por no debérseles legítima.

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*, *profeticios*, *castrenses y casicastrenses*. Llámanse adventicios los que provienen de la madre, ó de los parientes de esta ó de extraños[1], cuya propiedad corresponde al hijo, y el usufruto 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

1 L. 2 tit. 11 part. 4.

en la donacion que se hace por los méritos del padre, en cuyo caso los adquiere este para sí. Lo propio milita cuando fué hecha la donacion á padre é hijo juntamente, porque en duda se presume lo mismo; y así este debe colacionarla[1]. 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: así que no será profecticia, ni por consiguiente deberá colacionarla[2]; y lo propio milita respecto de la madre por igual razon. Acevedo[3] opina que solo es profecticio lo que sale del caudal ó patrimonio paterno, 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 extipendio que se le da enseñando algun arte ó ciencia. Estos bienes corresponden al hijo en propiedad y usufruto, aun cuando esté bajo la patria potestad; y así 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[4]. 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 así 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[5]; porque

1 Mantic. *De conject.* lib. 8 tit. 16 ns. 5 y 6.
2 Velasc. dicho cap. 13 n. 5.
3 L. 29 de Toro, gl. 4 n. 8 al fin.
4 L. *Quoniam Nov.* 29. Cod. *De inoffic. test.*
5 Dicha ley 3 tit. 15 part. 6.

estas donaciones se hacen por causa necesaria, y no por pura voluntad (pues el padre puede ser compelido por derecho[1] 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[2]. Tienen esta obligacion aun cuando para ello no sean requeridas por sus hermanos ó por los coherederos; porque el que está obligado á colacionar, si pide la porcion que le toca en la herencia, debe ofrecer la colacion[3]. Asimismo debe colacionar la dote, aunque fuesen únicas cuando se las entregó, y ademas han de restituir el exceso á su legítima, si le hubiere[4]. Lo propio milite cuando el padre entregó la dote al yerno, porque si la dió á un tercero para que este la entregase á 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 obligado á colacionarla; por lo que recibirá su legítima íntegra, y los coherederos deben imputar á su padre, y no á ella ni á su marido la pérdida[5]; pues, como queda sentado, no se colaciona sino lo que se posée, 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[6], con tal que la dote no exceda de la legítima 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 8, y en el caso expresado en el párrafo 7 del mismo capítulo (*); y así no las compete la eleccion

1 L. 3 tit. 11 part. 4 y final. Cod. *De dotis promis.*
2 L. 3 tit. 15 part. 6. L. *Quoniam Novella.* Cod. *De inoffic. testam.* Palac. Rub. en la 29 de Toro n. 5.
3 L. *Filiae licet.* 12 Cod. *De collat.*
4 Gutier. *De juram. confirm.* part. 1 cap. 9 n. 19, Baeza *De non meliorand. filiab.* cap. 9, n. 33, 63 y sig.
5 L. 13 tit. 11 part. 4. Castill. en la 29 de Toro n. 17, vers. *Quod intellige.*
6 L. 5 tit. 3 lib. 10 N. R.

(*) 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 por que el abuelo puede mejorar por razon de dote ó 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 esto particular de mejor condicion que su madre, si hay causa justa para la prohibicion respecto de esta, y no respecto 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 ó puede falsificar en muchos casos." Esta opinion del sr. 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 así 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.

de tiempos que permite la ley 29 de Toro, por estar corregido en esta parte.

17. La obligacion 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. Así 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 é 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, ántes 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 así 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; ántes bien es peculio de la misma hija, y la toca privativamente su propiedad y dominio[4]. Lo mismo procede respecto 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 usufruto de ellas

Tambien conviene advertir aquí que el autor no es muy exacto cuando habla de la obligacion de dotar que tiene el abuelo ó bisabuelo á la nieta ó biznieta, pues en la primera parte (cap. 22 § 1, n. 9 del reformado) asegura que estan obligados á hacerlo *siempre que tengan en su poder algunos bienes de ellas;* y en la part. 2, lib. 2, cap. 2, § 1 n. 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: *Otrosí el abuelo de parte del padre que oviese su nieta en poder, tenudo 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 tenudo el abuelo de la dotar, si non quisiere, de lo suyo, mas débela dotar de lo della: eso mismo seria del bisabuelo que tuviesse á su biznieto en su poder.* Arreglado á esta disposicion terminante de la ley, es lo que se dijo tratando de la dote en el lib. 1 tit. 2 cap. 3 § 14 de esta edicion, y ahora se ha ampliado para cocimiento del contador.

1 L. *Ut liberis.* ley *Illam.* y Authent. *Ex testam.* Cod. *De collat.* y ley *Quoniam Novella.* Cod. *De inoffic. testam.* Gom. en la 29 de Toro n. 13 vers. *Secundo infero.*

2 L. 5 ff. *De jure dotium.* Institut. *Per quas personas nobis adquiritur.* Velasc. *De partit.* cap. 13 n. 23.

3 L. fin. Cod. *De collat.* y ley 2 § *Emancipatus,* ff. eod. tit. Hermos. en la ley 3 tit. 4 part. 5 gl. 6 n. 27. Parlad. differ. fin. n. 9.

4 L. 6 tit. 15 part. 6.

miéntras 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 deden participar sus hermanos[1]; y así 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 capítulo 16, pues de darse y recibirse en otro concepto, se comete simonía[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 monja muriera ántes de consumir su total, se repetirá 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 ántes de la muerte de su padre existiese en su casa, lo cual no se deduce, como tampoco de la dote secular[6]. 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[7]. 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, lienzos, calzados, &c.; á ménos que esten especialmente ex-

1 L. 5 tit. 15 part. 6. Gom. en la ley 29 de Toro n. 24 vers. *Secundo et a fortiori.* Velasc. *De partit.* cap. 13 n. 180 al fin. Herm. en dicha ley 3 gl. 6 n. 20. Guerreir. dicho lib. 2 y cap. 12 ns. 170 y 171.

2 Cap. *Inter corporalia* 2 *De translat. Episcop.* cap. *In praesentia, de probat.* Authent. *Nisi rogati.* Cod. *ad trebel.* Menchac. *De succes. creat.* § 20 n. 251. Angul. en la ley 9 gl. 6 n. 13 tit. 6 lib. 5 R. Gom. en la 29 de Toro n. 14.

3 L. 1 § *Si inter.* ff. *De liber. agnoscend.* Gom. en dicha ley 29 n. 16 vers. *Sed his non obstantibus.*

4 L. *Titio centum.* § *Titio genero.* ff. *De conditionib. et demostrationib.*

5 L. *Ut liberis,* y otras. Cod. *De collat.*

6 Menchac. dicho § 20 n. 266.

7 Velasc. *De partit.* cap. 13 n. 32 al 35. Guerreir. dicho cap. 12 n. 21.

ceptuados[1]; 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 entónces serán colacionables, y se estimarán como aumento de dote, el cual lo es segun derecho[2]. 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[3].

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 legítima, 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 son necesarios para la perfeccion ni validacion del matrimonio, ántes sí 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 conceptúa 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.

1 Velasc. ibi n. 36.
2 L. *Etiam.* Cod. *De jure dot.* L. *Inter socerum,* § *Cum inter.* ff. *De pact. dotal.* Alex. in leg. *Divortio.* § *Ob donationes,* ff. *Solut matrim.* Velasc. ibi ns. 37 y 38.
3 Velasc. ibi n. 39.

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 transmisibles, 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 ménos transmisibles, no se deben colacionar.

24. En órden 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 sujeto, 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 así como el padre puede repetir del hijo el gasto útil que hizo en cosa de este, así 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 pesos 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 pesos en cuenta de su legítima: en primer lugar, porque el honor y utilidad de presentar, ó derecho activo de patronato, es transmisible 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 pa-

1 Cap. 1 *De jure patronat.* y ley 8 tit. 15 part. 1.

ra 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 celeste, que es mas digna y elevada, y de una á otra vale el argumento; ya en que no se encuentra en las leyes ordenada especificamente 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, útil al hijo, y transmisible 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 viaje, así 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 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 de su legítima segun la ley 26 de Toro, y se entenderán mejorados en ella, la traerán sin embargo 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 anticíparles 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 usufruto 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 profecticos, 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 prohiba. 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 usufruto de los bienes adventicios del hijo, en la cual nada da de lo suyo, porque la ley le concede dicho usufruto con la condicion tácita de *si quiere adquirirle*.

29. Diciendo el padre ántes de adquirir el usufruto de los bienes adventicios de su hijo, que no le quiere, tampoco tiene este obligacion de colacionar los frutos que produjeron y percibió, porque entónces 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 usufruto 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 léjos 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 está 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 líquido 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 todos los frutos de los bienes adventicios de su hijo, bajo la obligacion de alimentarle y educarle en los términos que se dirá en el párrafo 35; y así 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, seaal 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 usufruto, como por derecho romano antiguo sucedia.

31. Si teniendo el padre el usufruto de los bienes adventicios de su hijo, este se casa, y aunque su padre continúe reteniéndole, no se le demanda miéntras 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 usufruto.

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 así debe dar cuenta al hijo de su administracion, como ya se ha dicho; y no habiéndosela dado ni entregádoselos, compete al hijo la accion de pedirla y repetirla de los coherederos, haciendo que como deuda se deduzcan de su caudal; pero respecto á que el padre no esta obligado á mantener al hijo cuando tiene de suyo, deben dejarse 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 nada 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 así 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 partidor 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 permision 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 conceptuan como donados por persona extraña, y por lo mismo no debe traerlos á colacion con sus hermanos. Puede el padre hacerle 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 ántes bien se entiende 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 gravámen ni condicion.

35. No debe colacionar el hijo los gastos que su padre hizo con él en los estudios[2], 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 estan exentos del gravámen 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, si no 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 entónces es visto expender de ellos los gastos expresados, y no de los suyos propios, si no expresa lo contrario; y así estos ménos 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 cuen-

1 L. 26 de Toro.

2 LL. 3 tit. 4 part. 5 y 5 tit. 15 part. 6.

ta de su legítima: expresamente, v. g. 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 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 surtirá 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 así 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 el imputase en su legítima.

39. Pero es de tener presente que en estos casos, mediante estar obligado el padre á mantenerle miéntras se halla en su poder, cuando no tiene de suyo, se le cargará solamente el exceso á lo que gastaria con él mateniéndole 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 estritamente con mesquindad 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 gravámen y condicion, debiendo esto entenderse cuando la donacion se hizo al hijo emancipado ó habido por tal, porque entónces fué incontinenti válida é irrevocable; y no si se hiciere al hijo que se halla bajo la patria potestad, pues como no vale, y el padre puede revocarla hasta su muerte, podrá tambien declarar su voluntad, y mandarle en cualquier tiempo que la colacione.

41. En órden 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 esta obligado á hacerlos, especialmente si el hijo tiene que ir fuera de su casa á estudiarlas, ni á conservarle en el estudio, si no 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 estan 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 miéntras vive, y puede gastarlos y distribuirlos á su arbitrio, sin que sus hijos tengan accion á impedírselo, 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, si no 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, apénas toca legítima á los demas, sea ó no cuantiosa la herencia, y con todo es válida, y no se tiene por inicua 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 quepa en el tercio, quinto y legítima, bajando previamente 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, é instruirse de sus costumbres, intereses, ideas, máximas, tráfico y forma de gobierno, para poder ser algun

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

día un buen ministro, estadista ó embajador, como algunos personages y potentados lo hacen con sus hijos; porque los tales gastos son correspondientes á estos señores, que por su opulencia, dignidad y elevado carácter deben ser los padres de la patria, estudiando y aprendiendo cuanto conduzca á 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 conceptuan ó son cuasicastrenses; y así como las armas y demas cosas castrenses no se colacionan[1], así 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 si no 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 así 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 expenderia con él su padre en su casa en los precisos alimentos; y si exceden á la mejora, que se le cuente el exceso en parte de legítima. 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 mismo 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 grámatica ó de alguna ciencia, ó por tener otro empleo semejante[3]. Lo propio milita en los que lucra el clérigo por razon de la iglesia ó por otro medio adventicio, esté ó no ordenado de órden sacro, si goza del privilegio del fuero; porque sin embargo de que dicha órden no le exime de la patria potestad[4], como al obispo la dignidad episcopal, todo cuanto adquiere se reputa cuasicastrense, lo hace suyo, y como tal no debe llevarlo á colacion[5].

1 LL. de Partida citadas.
2 L. 5 cit. tit. 15 part. 6 y su gl.
3 Dicha ley 5.
4 Cap. 19 *De sanctis episcop.*
5 LL. 2 y 3 tit. 21 part. 4.

44. Tampoco debe colacionar el hijo lo que su padre expendió 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 comodidad, pues se equipara al peculio y bienes castrenses; pero si fuere vendible ó transmisible á los herederos, deberá colacionarlo, si el testador no manda lo contrario. Lo mismo procede por igual razon en los gastos hechos para condecorarlo 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 ménos 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 por redimirle de cautiverio, pues es visto haber 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 entiende 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 semejan-

te, deberá traerlo á colacion, porque no se presume habérselo donado si no lo expresa, y si tenia bienes del hijo en su poder, se crée 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 hubiesen 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 transfiere con real licencia en su hijo ó hija; pues todas estas donaciones se reputan cuasicastrenses, y como tales pertenecen en propiedad y usufruto al donatario 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 conceptuan réditos ó intereses del capital desembolsado por el padre en su compra, y que continuan 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 sujetos en diversos tiempos, será preferido el primero en la data ó fecha de la donacion, aunque el segundo tome ántes 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 presentó 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 adventicios 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 así en los contratos que hizo, debe comunicarle como profecticio, pues viene á ser un factor ó procurador suyo, y como que

1 Cap. 7 *De rescript.* cap. 12 y 14 del mismo tit. in 6 cap. 7, y cap. 31 *De præbend.* in 6.

2 L. 5 tit. 15 part. 6.

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 testamentaría, 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 su dominio, será todo el lucro para su testamentaría. 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 él su padre ni hermanos, ni tampoco ha de traerse á particion, porque el lucro adquirido ilícita y torpemente no toca al juicio divisorio, ántes bien se debe restituir á su dueño, y si se ignora quién es, darle por Dios[1].

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, así como se daria 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 así lo proteste, porque de esta manera conseguirá alguna remuneracion.

52. Si el hijo emancipado, léjos 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 compensancion 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 pa-

1 L. 2 tit. 15 part. 6, y su gl. 10 y sig.

dre 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 legítima de los otros hijos, en lo cual no se revocará por la ingratitud del hijo, ni por el nacimiento de los otros.

54. Son colacionables en cuenta de legítima 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 órden 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 haciéndola al que está en su poder no es válida, á ménos 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, útil 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 ménos 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. Así 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 ántes 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 órden de las palabras concilia ambas leyes, y da á conocer de qué 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 este 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 dejádole 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 dotarlo ó á hacerla, 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 ántes su padre. Lo propio milita en caso de duda, pues se presume habérseles dado por respetos de su padre y no de ellos.

58. En órden á si el hijo ó hija excluidos de heredar, sea por estatuto ó costumbre del pueblo, ó por haber renunciado con juramen-

to 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, entónces 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 si no 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 si no 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 así 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 habérselo 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 ménos 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 aunque 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 dia ó con condicion, ántes 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 así 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 nietos; 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, en los demas bienes suyos; entónces no ha 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 precediendo 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 dificil, 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 escollo tropiezan muchos legistas, impresionados y preocupados con la representacion inventada por derecho positivo. Pero ántes 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 precede[5]; así que no le representa, porque la representacion verdadera se verifica en los transversales, mayorazgos y fideiçomisos, 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

1 L. *Si nepotes*, 7 ff. *De collat. bonor.* Gom. en dicha ley 29 n. 6 vers. *Octava infero.*
2 § *Ita demum.* Instit. *De haereditat. quae ab intestat.*
3 Velasc. cap. 12 ns. 60 y 61. Gom ibi n. 7 vers. *Décimo infero.* Guerreir. dicho lib. 2 y cap. 11 ns. 67 y 68.
4 Antonio Thesaur. decis. 238 ns. 2, 4 y 6. Velasc. *De partit.* cap. 12 n. penúlt. y últ.
5 L. *Qui duos* 9 al fin. ff. *De reb. dub.* Robles *De repraesentant.* lib. 1 cap. 6 n. 11 al 13 Salg. *Labyr.* part. 2 cap. 25 n. 17 al 34.

heredero de hecho; por lo que miéntras vive, solo tienen sus hijos y nietos una probable esperanza de heredarle: lo tercero, que para que el nieto no rompiese el testamento de su abuelo en el caso que su padre muriese ántes que este, era indispensable que el abuelo le instituyese tambien por su heredero; pues de omitirle le rompia por la pretericion, segun derecho[1]: lo cuarto debe advertirse, que una cosa es suceder *por privacion ó remocion*, y otra por *transmicion*. Suceder *por privacion*, no es mas que ocupar el lugar de aquel que estaba ántes, 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 *transmision*, es continuar en la sucesion de los bienes con la misma naturaleza y cualidad; y así 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 *abintestato*, á estar vivo, por ser el primero en grado[4]; y así 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].

61. 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 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 transmision, y puede renunciar su herencia: lo segundo, porque jamas se colaciona sino cuando lo que se tiene ó posée 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 transmitió, no le sucede por transmision, sino por remocion, y porque es el primero; y lo tercero, porque la colacion es gravámen personal, que debe sufrir únicamente el que percibe la utilidad: es así 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 así 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 ántes y consumiese lo que recibió. No obsta tampoco el que á no ser por su padre, no heredaria á su abuelo; pues así 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 legítima depende de la disposicion de la ley, como en el capítulo anterior dejo expuesto. No 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 así perecen para la herencia, al modo que si existieran, la aumentarian. 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 á heredar á su abuelo donante con sus tios, porque milita idéntica razon para con él; pero si el nieto recibiere algo de su padre ó madre, deberá colacionarlo con sus tios, porque en su importe se verifica suceder por transmision[2], y existir en su poder bienes de su abuelo, ú otros en su lugar (*).

1 L. 3 Cod. *De liber. praeterdict.* L. *Posthumorum* 13 ff. *De injusto runt. testam.* y § *Posthumorum.* Instit. *De exhaeredation. liberorum.*
2 Salg. *Labyr. cred.* part. 2 cap. 25. Robles *De repraesent.* lib. 2 cap. 10 n. 100.
3 *Novel.* 118 *De haeredibus ab intestat. venientib.* cap. 3. Robles dicho lib. cap. 2 n. 5.
4 L. 2 Cod. *De liber. praeterit.* Tiraquél *De primog.* q. 40 n. 112.
5 Robles *De repraesent.* lib. 1 cap. 10 n. 3, y cap. 11 n. 6.

1 Velasc. *De partit.* cap. 12 n. penúlt. y ultim. Guerreir. *De divis.* lib. 2 cap. 11 n 65. Cev. in cap. Raynutius *De testament.* part. 4 cap. 1 n. 73, y 8 en la ley 3 tit. 4 part. 5 gl. 6 n. 73. Thesaur. decis. 238 ns. 2, 4 y 6. Faber. lib. 13 *Conject. jur.* cap. 13 al fin.
2 Hermos. y Thesaur. ibi, y decis. 37. Rodrig. Suar. in leg. *Quoniam in prioribus*, limit. 4 n. 11. Robles dicho cap. 16 ns. 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 D. Márcos Gutierrez, para que se vean en toda su extension y puedan calificarse bien las razones en que se apoyó Febrero, de cuya opinion me aparto, fundado en las consideraciones

65. En órden 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 ántes, hay dos opiniones contrarias: la afirmativa se funda en que vienen por representacion de su madre, y en que así como perjudicaria 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.

siguientes. Dice que „cuando los padres consumieron total ó parcialmente en su vida la dote ó donacion *propter nuptias* que los suyos le 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 tios á dichos sus abuelos." La primera, y puede decirse la principal razon en que se apoya es: „que el nieto no entra á suceder á su abuelo en el lugar de su padre por ficcion 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 representacion, 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 *representacion* de su padre muerto, heredarán tanta porcion como cada uno de sus tios. Esto es lo que se llama heredar por *estirpes*." Esta es una contradiccion 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 *representacion* de sus padres respectivos." Y efectivamente no puede ser de otro modo que representándolos; pues si los nietos entraran á heredar por su propia persona y derecho, y no en representacion de su padre, como sienta aquí el autor, no percibirian todos ellos juntos la parte correspondiente á este, sino cada cual la suya, como el tio, pues esto es lo que se llama heredar por su propia persona ó por *cabezas*. Ademas Febrero admite la verdadera representacion en los transversales, y acerca de estos dice la ley 2 tit. 20 lib. 10 N. R que „suceden los sobrinos con los tios abintestato á sus tios *in stirpem*, y no *in capita*." Luego si aquí hay representacion, ¿por qué no cuando los nietos suceden por estirpes? Añade luego, como otra de las razones para afianzar su doctrina, que una cosa „es suceder por *privacion* ó *remocion*, y otra por *transmision:* suceder por privacion no es mas que ocupar el lugar de aquel que estaba ántes &c." „Suceder por transmision es continuar en la sucesion 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 privacion y no por transmision; siendo así que en el párrafo 13 dice lo siguiente. „La misma obligacion 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 *transmision*, ocupando el lugar de su padre ó madre quienes lo colacionarian si vivieran." Si suceden por transmision en este caso ¿por qué no en el otro? ¿No ocupan tambien en este el lugar de su padre? ¿No tendria este que 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 qué el gravámen de la colacion anejo á ella no ha de alcanzar igualmente al hijo que al padre? En vano dice el autor, alegando otra de sus razones, que la colacion es gravámen personal que debe sufrir únicamente el que percibe la 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 demas 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 dónde 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 persona, 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 traeria á colacion si viviese; pues con esta condicion ó gravámen lo recibió, y no es justo perjudicar á los otros hijos del abuelo por una cavilosidad que no está fundada en ley alguna, ántes 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.

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 ménos 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 doscientos, y el padre dió al uno cincuenta y al otro trescientos. 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 igualados, 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 recibido 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 órden á si el enfitéusis 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 este obligacion de colacionarle, ni colacionar su estimacion con sus hermanos cuando su padre no fué 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 entónces, por lo que no se presume tenerle afecto; y lo propio milita sin diputa 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 nombradoque colacionar el precio desembolsado, porque cuanto pagó el padre, tan-

to 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 enfitéusis 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 enfitéusis 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 enfitéusis, sino tambien el derecho de pedir su renovacion; y porque el enfitéusis renovado es el mismo continuado, y no otro nuevo. Igualmente tiene lugar, aun cuando el enfitéusis 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 legítima 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, cuanto

su hijo consigue del enfitéusis, y tanto mas se hallaria que dividir entre sus hijos, á no habérsele donado ni entregado. Y si en vida se la entregó simplemente, y el hijo gozó sus frutos sin constar el título con que poseia, 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 cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima.

73. Así como el hijo debe colacionar al tiempo de la particion de los bienes de su padre el enfitéusis de *nominacion* que este compró, así 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 enfitéusis mejorado, no deberá pagar este las mejoras, porque es visto habérsele 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 ántes 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 enfitéusis ó censo perpetuo, si el padre donó en vida á algun hijo, ó dió en dote á 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 ántes la recibia, 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 enfitéusis, fué 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 gravámen enfitéutico, y si no le cupiere en su haber, restituirá el mayor valor á los coherederos.

CAPITULO VI.

¿A quién compete la accion para pedir y hacer la colacion? ¿á qué tiempo se ha de atender para ver si la donacion es ó no inoficiosa? ¿por qué precio se han de colacionar los bienes donados, y si el que los colaciona debera ó no restituir sus frutos repudiando la herencia?

1 La accion de colacionar y pedir la colacion, no solo compete á aquel á quien se ha de colacionar, sino á su heredero, y se da tambien contra el heredero del que está obligado á hacer la colacion.

2 y 3 Explicacion de la ley 29 de Toro en órden á la obligacion que tienen los hijos de traer á colacion la dote y otras donaciones hechas por sus padres, y tiempo á que se ha de atender para saber si estas son ó no inoficiosas.

4 hasta el 7 ¿Por qué precio ó valor deberán colacionarse los bienes donados ó dados en dote, segun las diversas clases de estos y sus circunstancias?

8 No solo debe la hija, disuelto el matrimonio, hacer restitucion del exceso de la dote que desde el tiempo de su constitucion fué inoficiosa, sino tambien durante este.

9 Acepte ó repudie la herencia la hija á quien su padre dotó en vida, no tiene obligacion de restituir los frutos que produjo la finca dotal ántes de la muerte de su padre, ni aun los producidos despues de dicho tiempo; á ménos que la dote fuese inoficiosa, en cuyo caso tendrá que devolver la parte de frutos correspondientes al exceso, percibida despues de la muerte del padre.

10 ¿Si deberá el hijo restituir los frutos de lo que le han donado y entregado en vida de sus padres?

1. La accion de colacionar y pedir la colacion no solo compete á aquel á quien se ha de colacionar, sino á su heredero, y tambien contra el del que está obligado á hacer la colacion, porque ademas de otras razones que traen los autores, por la persona del heredero no se muda la condicion de la obligacion; y así como la herencia se transmite, del propio modo su derecho y cualidad[1]: previniendo que puede intentarse implorando el oficio del juez[2], ó por la accion estipulatoria, si se estipuló que el donatario habia de hacer la colacion[3].

2 En cuanto al tiempo que se debe atender para ver si la dote y donacion son inoficiosas; por qué precio se ha de regular y colacionar la cosa donada existente; y cuándo se puede apartar de la herencia el donatario, para la debida claridad explicaré la ley 29 de Toro, que es la 5 tít. 3 lib. 10 Nov. Rec. que dice: *Cuando algun hijo ó hija viniere á heredar ó partir los bienes de su padre ó de su madre ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y particion la dote y donacion* propter nuptias, *y las otras donaciones que*

1 L. 1 § *Ibidem*, y ley 2 ff. *De collat. bonor.* y ley 2 § *Ex his.* ff. *De verbor. oblig.* Castill. en la 29 de Toro n. 9. Gom. en ella n. 37.

2 L. *Si soror.* Cod. *De collat.* Castill. ibi n. 2 al fin.

3 Velasc. dicho cap. 14 n. 8 al 12.

ovieren recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar. Pero si se quieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote ó donaciones fueren inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos y descendientes en lo que toca á las donaciones, como las hijas y sus maridos en lo que toca á las dotes, [puesto que sea durante su matrimonio], á tornar á los herederos del testador aquello en que son inoficiosas, para que lo partan entre sí. Y para se decir la tal dote inoficiosa, se mire á lo que excede de su legítima, y tercio ó quinto de mejoría, en caso que el que la dió podia hacer la dicha mejoría cuando hizo la 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, dó mas quisiere esceger aquel á quien fué la dicha dote prometida ó mandada. Pero las otras donaciones que se dieren á los hijos, mandamos que para se decir inoficiosas, se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.

3. Por esta ley se ordena: lo primero, que se calacionen no solo la dote y donacion *propter nuptias*, sino tambien las demas donaciones que los descendientes hubieren recibido de sus ascendientes, cuyos bienes van á heredar, que son las que les hacen expresamente en cuenta de sus legítimas: lo segundo, que los descendientes á quienes se hubieren hecho, puedan contentarse con ellas, y apartarse ó repudiar la herencia; excepto que sean inoficiosas (que es cuando excedan del tercio y quinto y legítima que les podia tocar), pues entónces debe restituir el exceso á los coherederos: es decir, aunque el descendiente que puede ser mejorado en contrato, reciba y se le entregue expresamente por cuenta de su legítima la cosa ó cantidad, y esta exceda á lo que le puede tocar por aquella, si cabe en el tercio y quinto de los bienes que deja el donante, unidos y acumulados con ella, se puede quedar con todo lo donado, y renunciar la herencia, ya haya ó no otros mejorados posteriormente, y estos llevarán el exceso; y en caso de no haberlo habrán de conformarse, porque el donatario, como habilitado por la ley para retenerlo todo, nada debe restituir, y por consiguiente será ineficaz la mejora posterior, puesto que el donante mejoró á los demas en lo que no tenia ni podia: lo cual se entiende excepto que al tiempo de hacerle la donacion, y no despues, se pacte expresamente que jamas se ha de estimar mejorado, ántes bien en todo evento ha de restituir lo que exceda á su legítima, aun cuando renuncie la herencia; pues en este caso deberá restituir el exceso de aquella, no obstante que le quepa en el tercio y quinto de esta. Lo tercero que dispone la ley inserta es que para que las donaciones se llamen inoficiosas, se tenga consideracion al valor de los bienes del

donante al tiempo de su muerte, y no á otro, ya se aumenten ó disminuyan sus facultades despues de hechas[1]; la razon es, porque el tercio y quinto se llaman cuota de bienes[2], al modo que la legítima[3]: y así como en está se atiende al mismo tiempo, porque hasta entónces no se debe á los hijos, así tambien para el tercio y quinto se ha de observar lo propio; pero en cuanto á la dote se ha de atender á uno de dos tiempos, que es al referido, ó al en que fué dada ó prometida, á eleccion de la dotada, ó de su marido. Esta última disposicion de la citada ley está corregida por la pragmática de Madrid; y así ni las hijas pueden ser mejoradas en cosa alguna por contrato en sanidad, con título de dote ó casamiento, aunque sea en muchísimo ménos que el tercio y quinto, ni por consiguiente tienen la eleccion que les concede, excepto en el caso que explicaré en el párrafo 10 del capítulo siguiente; por lo que se debe atender tambien al tiempo de la muerte del donante, como en las otras donaciones, y no á otro, segun senté en el libro 2.° título 2.° capítulo 4.° párrafos 4 y 8, en razon de que no deben percibir mas que su legítima, sino que sean mejoradas en última disposicion. Del modo de hacer la colacion y deduccion, ya haya ó no mejora, expresa ó tácita, anterior ó posterior á la dote y donacion, trataré en el capítulo siguiente.

4. En órden al precio ó valor por que se deben colacionar los bienes donados ó dados en dote por el ascendiente á sus hijos ó descendientes, ya existan ó no, es preciso distinguir no solo de bienes sino de casos. Si la finca raiz dada en dote ó donacion *propter nuptias*, se hizo mas preciosa por la mutacion del tiempo, de modo que el mayor valor que adquirió fué solamente por él, y no por industria ni trabajo del donatario, y cuando este la recibió no fué apreciada, ó si se apreció, no causó venta la estimacion que le dió, la ha de colacionar y llevar por el que se dé entónces; y por el contrario, si por el mismo tiempo, y no por dolo ni culpa suya se hubiere deteriorado y disminuido su valor, la colacionará tambien por el intríseco que tenga al hacerse la colacion[4]; pues quien está á la utilidad debe estar á la pérdida[5]; y de colacionarlo en la forma expuesta no resulta desigualdad, ni se irroga perjuicio á los herederos, porque la hija puede pedir el aumento de su legítima cuando su padre muera, si los bienes

1 L. *Cum quaeritur*. y Authent. *Novissima*. Cod. *De inoffic. testam.* Gom en la ley 29 de Toro n. 35. Matienzo en la 3 tit. 8 lib. 5 R. gl. fin.
2 L. *Non amplius*, § *Cum bonorum*. y ley *Si quis bonorum*. ff *De legat.* 1 y ley *Si quis argentum*. § *Sed et si quis*. Cod. *De donat.*
3 L. *Papinianus*. § *Quarta autem*. ff. *De inoffic. testam.* y ley *Quoties*, Cod. *De haered. instituend.* Tello en la 23 de Toro n. 2. Matienzo en la 8 tit. 6 lib. 5 R. gl. 2 ns 1 y 2.
4 Greg. Lop. en la ley 3 tit. 15 part. 6 gl. 6. Hermos. en la ley 3 tit. 4 part. 5 y gl. 6 n. 94. Velasc. *De partit.* cap. 10 n. 9. Guerreir. dicho lib. 2 cap. 13 del n. 30 al 35.
5 L. *Secundum naturam*, ff. *De regul. juris.* L. 29 tit. 34 part. 7 y cap. *Qui sentit.* y cap. *Rationi de regul. jur.* in 6.

que dejó lo tuvieron, como que para regular el valor de esta se debe atender al tiempo de su muerte[1]; y así como puede pedirlo si se aumentaron con el tiempo, así es justo tambien que colacione en cuenta de su legítima el mayor valor de la finca adquirida por solo el tiempo, que es valor intrínseco. Si por el contrario se disminuyere este, y acrecieren los bienes de su padre, léjos de irrogársele detrimento, logrará beneficio en conferirlo por el precio que le dé. Lo mismo procede para con el hijo á quien el padre donó en cuenta de su legítima alguna finca ó cosa raiz no apreciada[2], cuyo valor intrínseco se aumenta ó decrece por solo el tiempo.

5. Si se le dió la finca apreciada con estimacion que causó venta, aunque ninguna ley prescribe en qué términos se ha de colacionar, y algunos autores dicen que siempre se juzga dada con la condicion de colacionarla al tiempo de la muerte del donante, por lo que siendo condicional la estimacion, no causa ni hace venta; no obstante, siguiendo lo que ordenan las que tratan acerca de la restitucion de la dote que debe hacer el marido, y el dictámen de los que juiciosamente trataron este punto, digo que debe colacionarla por el valor en que se estimó cuando la recibió, si entónces no se pactó otra cosa. Lo primero, porque en el hecho de haberse valuado, es visto habérsele dado el precio consignado en ella, y capitulado entre los contrayentes que habia de colacionar su estimacion, por haberla recibido en cuenta de su legítima y no en finca, y que por lo propio el peligro que hubiere en esta, habia de pertenecer al donatario ó dotada, y no á su padre, así como el incremento de su valor, si lo tuviese; y lo segundo, porque se le transfirió su dominio[3]: por lo que si el padre hiciese mejora posterior, no se dedu irá de su importe, segun la ley 25 de Toro, como en su lugar diré. Ademas, así como cuando por la tasa se da en pago al acreedor alguna finca de su deudor, se le transfiesa se da en pago al acreedor alguna finca de su deudor, se le transfiere su dominio, y el incremento ó decremento que despues tenga pertenece á aquel[4]; y cuando no vale en el principio la donacion que el padre hace á su hijo pertenece á este el aumento ó diminucion de la cosa donada, si se confirma la donacion con la muerte de su padre[5]; del mismo modo y por la propia razon debe pertenecer al hijo ó hija el de la que se le dona ó da estimada en dote, porque su padre se lo anticipa en pago de su legítima. Pero si la finca se hizo mas preciosa por la mera industria ó trabajo del hijo ó hija, como si estaba erial, y despues que la recibió la plantó de viña ú olivos &c., entónces si

1 L. *Cum quaeritur*. Cod. *De inofic. testam.* y ley *Papinianus*, § *Quarta autem. cit.*
2 Guerreir. dicho cap. 13 ns. 33 y 34.
3 L. *Si inter virum*. Cod. *De jure dot.* Gom. en la 29 de Toro n. 13, y en la 50 n. 44. Guerreir. dicho lib. 2 y cap. 13 n. 39 al 42. Ayor. part. 1 cap. 10 n. 9.
4 L. *Eleganter*. ff. *De pignorat. action.* y ley *Necessario*, ff. *De pericul. et commod. rei. vendit.* Guerreir. ibi ns. 27 y 28.
5 L. *Donationes quae parentes*. Cod. *De donat. inter vir. et uxor.*

se le dió estimada, colacionará la estimacion que tenia al tiempo que su padre se la donó, y no la finca; y si inestimada, colacionará la misma finca por el precio que sin el beneficio que tenga se le dé, y no el importe de esta, porque es adventicio y extrínseco, y como trabajo suyo le toca privativamente[1].

6. Siendo muebles ó semovientes los bienes, ó de los que consisten en número, peso ó medida, y se apreciaron al tiempo de su entrega, es visto haberse dado su estimacion, y no los mismos bienes del donatario; y así se debe colacionar su importe é inventariarse, aunque si existen al tiempo de la colacion en el mismo estado en que los recibió valgan ménos; porque quien está á la utilidad debe estar á la pérdida, y respecto habérsele transferido su dominio, es de su cuenta el incremento ó decremento que padezcan. No habiéndose estimado, los colacionará por el valor que, segun se hallen, se les dé al tiempo de la particion, porque en este caso se presumen ser del difunto y existir en su herencia, por no haberse transferido su dominio al donatario; y así se han de valuar como tales, del mismo modo que los demas de la herencia[2]. Todo lo dicho es lo que se debe y he visto observar, no obstante lo que expone Ayora impugnando los autores que lo resuelven en los términos propuestos.

7. Si los bienes dados en dote ó donados sin aprecio perecieron despues de la muerte del donante sin dolo ni culpa del donatario, no deben estimarse, porque no pertenecen á la colacion, pues en virtud de la obligacion de colacionarlos, se entiende haber existido en poder del padre, y que en el instante que falleció empezaron á ser comunes de la herencia; y así es justo que para esta perezcan, y no se colacionen[3]. Si perecen por culpa ó dolo del hijo ó hija despues de muerto su padre, estarán obligados á colacionarlos como si no hubieran perecido, por el valor que tenian cuando los recibieron[4]; porque el que por dolo ó culpa suya deja de poseer, se estima por poseedor[5]; y así como si existieran en su poder, los colacionaria por el valor que tenian al tiempo de percibirlos, del mismo modo debe colacionarlos no existiendo, respecto tener culpa en que no existan: en cuya atencion, si el hijo por su irregular conducta y falta de juicio consume la legítima que su padre le dió, no le compete el mas leve recurso contra los bienes de este, porque el padre no pudo hacerlo, y el hijo que consintió, se perjudicó. Pero si dichos bienes no estimados

1 Greg. Lop. en la ley 3 tit. 15 part. 6 gl. 6. Guérreir. dicho cap. 13 n. 36 al 38.
2 Castill. en la ley 29 de Toro n. 41. Velasc. cap. 10 n. 9 al 11. *De partit.*
3 L. 2 § *De illis, quae sine culpa* ff. *De col. lat. bonor.* Hermos. en la ley 3 tit. 4 part. 5 gl. 6 cit. n. 68. Guerreir. lib. 2 *De divis.* y cap. 12 n. 200. Ayor. part. 1 cap. 3 n. 22.
4 Authent. *Quod locum*, Cod. *De collation.* Velasc. dicho n. 13. Hermos. ibi ns. 61 y 66. Baez. *De non meliorand. filiab.* cap. 16 n. 17 al 21, Guerreir. dicho cap. 12 n. 201.
5 L. *Qui dolo*, ff. *De regul. jur.* L. *De illo.* ff. *De noxalib. action.*

perecieron en vida del padre sin dolo ni culpa del hijo ó hija, no los colacionarán estos, ni dejarán por eso de ser admitidos á la herencia con igualdad á los demas herederos; porque si cuando son comunes de esta por la colacion, y por consiguiente conferibles, no la pertenecen, con mayor razon no la pertenecerán cuando perecieron y se consumieron en vida del padre, en cuyo tiempo eran del hijo, y no podia verificarse llegasen á ser de la misma herencia[1]; y así se entenderá mejorado en ellos, ó que no los hubo[2].

8. No solo debe la hija, disuelto su matrimonio, hacer restitucion del exceso de la dote que desde el tiempo de su constitucion fué inoficiosa, segun ya he dicho, sino tambien durante este, si se lo demanda su padre; ya porque la ley 29 de Toro lo ordena así, y ya tambien porque la hija no puede ser mejorada, ni se entiende serlo tácita ni expresamente en contrato por razon de dote ni casamiento, segun la ley 6 tít. 3 lib. 10 Nov. Rec., que en esta parte corrige la 39 de Toro, y por otras razones que dan los autores[3].

9. Acepte ó repudie la herencia la hija á quien su padre dotó en vida, no tiene obligacion de restituir los frutos que produjo la finca dotal ántes de la muerte de su padre, lo cual es indudable, y aun tampoco los frutos producidos despues de dicho tiempo; pues desde que se le entregó la finca la hizo suya, y pudo disponer de ella como propia; pero si la dote fué inoficiosa ó excesiva, tendrá que devolver la parte de frutos correspondiente al exceso, percibida desde la muerte del padre, y si la dote consistió en dinero, igual parte de sus intereses, desde que se la interpeló, puesto que el contrato dotal fué nulo en dicho exceso; y como hasta que la hija hizo la colacion no se supo si la dote era ó no inoficiosa, fué poseedora de buena fe de todo, y como tal adquirió no solo los de la verdadera dote ó legítima, sino tambien los del exceso hasta la interpelacion: á cuya consecuencia si el donante revoca en vida, como puede hacerlo, el exceso de la dote, y hace saber á su hija y yerno la revocacion, deberán restituir desde entónces los frutos de lo inoficioso; pues á mas de no valer el contrato dotal en el exceso desde su constitucion, por constarles su nulidad y vocacion, son poseedores de mala fe, y estos no adquieren los frutos.

10. En órden á si el hijo deberá restituir los frutos de lo que le han donado y entregado en vida sus padres, se ha de distinguir: si esto excede á su legítima y mejora, deberá, acepte ó repudie la herencia, devolver el exceso desde que se le interpeló é hizo saber este, que es

1 Velasc. dicho n. 13 vers. *Quod si res datae in dotem.* Hermos. ibi ns. 69 y 70.
2 Acerca de esto, y de si el padre está ó no obligado á dotar segunda vez á la hija que perdió por su culpa ó sin ella la primera dote, véase á Baez. *De non meliorand. filiab.* cap. 6.
3 Gom. en la ley 29 de Toro n. 34. Matienz. en la 1 tit. 2 gl. 4 n. 7, y en la 3 tit. 8 gl. 5 n. 3 lib. 5 R. Ayor. part. 2 q. 20 ns. 64 y 65.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cuando se constituyó poseedor de mala fe, y no ántes, por no haber sido nulo el contrato desde el principio, como en el exceso de la dote[1], puesto que para ver si la donacion es ó no inoficiosa, se debe atender al tiempo de la muerte del que la hace, hasta la cual se ignora; y como se revoca con motivo de lesion en la legítima, y esta no se debe hasta el fallecimiento del padre, por eso se ha de esperar su muerte para revocarla, y solo desde entónces se deberán los frutos de lo inoficioso. Pero si no hay exceso, hizo suyos todos los frutos percibidos miéntras vivió, y despues que murió el donante, como poseedor legítimo de lo que la ley permite, y su padre pudo darle.

1 El autor da aquí á entender que quien posée alguna cosa en virtud de título nulo, es poseedor de mala fe, aunque en el párrafo anterior ha dicho, y con razon, que el contrato dotal es nulo en el exceso de la legítima, y que sin embargo la muger es poseedora de buena fe de toda la dote, por cuyo motivo adquiere tambien los frutos correspondientes á dicho exceso. *Febrero reformado.*

CAPITULO VII.

¿Si de los bienes que los descendientes recibieron en vida de sus ascendientes, y que por su muerte han de colacionar, como tambien de la cuarta marital, deberán ó no deducirse las mejoras hechas, y entregadas ó no á ellos mismos ó á otros mejorados, ántes ó despues de la entrega de los bienes colacionables?

1 De las reglas que deberá tener presentes el contador, como preliminares, para el acierto en la materia de este capítulo.
2 Regla primera.
3 Regla segunda.
4 Regla tercera.
5 Regla cuarta.
6 Regla quinta.
7 Por nuestro derecho está mandado que el tercio y quinto de mejora no se deduzca de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes trajeren á colacion y particion.
8 La disposicion anterior se amplía á la dote prometida igualmente que á la entregada.
9 y 10 Limitaciones de la doctrina sentada en el párrafo 7.
11 Se resuelve la cuestion siguiente. Dando prestadas el padre ó la madre, en una ó mas ocasiones al hijo ó hija que estan fuera de su poder, algunas cantidades para atender á sus urgencias, y disponiendo en última voluntad del tercio ó quinto, habiéndose obligado el hijo ó hija por vale ó escritura á devolvérselas, como prestadas, y no cumplídolo, ¿se deducirá de su importe el tercio ó quinto?
12 hasta el 19 Modo de deducir la mejora cuando el testador hizo en vida donacion simple, que no completó el total de aquella, á un hijo (en cuyo caso se entiende este mejorado), y despues por última disposicion mejoró á otro expresamente en el tercio y quinto de sus bienes.
20 y 21 Si el padre por contrato oneroso ó irrevocable, hubiese mejorado expresamente á un hijo en el tercio de todos sus bienes, y á cuenta de la mejora le entregó parte de ellos, ó si le hizo donacion con causa, y despues por última voluntad le mejoró en dicho tercio, ¿para la deduccion de la mejora deberá ó no hacerse la acumulacion verbal y numeraria de lo entregado al hijo en vida, ó se ha de sacar solamente de los bienes que el testador deja por su muerte, y luego unir el residuo con lo entregado para dividirlo todo igualmente entre los herederos como legítima?
22 Modo de deducir la mejora en el caso siguiente. Cuando el padre teniendo, por ejemplo, cuatro hijos, entrega á cada uno por via de dote ó donacion *propter nuptias* su legítima corta ó diminuta en el concepto de tal, quedándose solamente con el tercio y quinto de los bienes que á la sazon posée, y despues mejora á uno de ellos, no dejando al tiempo de su muerte mas bienes que aquellos con que se quedó.
23 Legando el ascendiente en última voluntad á un hijo ó descendiente ó á algun extraño el quinto de sus bienes, ó disponiendo de él á favor de su alma, ¿se deberá deducir solamente de los que se encuentren en su herencia cuando muera, ó tambien de los que colacionan los hijos por habérselos dado en vida?
24 La cuarta marital no debe computarse para la deduccion del tercio y quinto.
25 Tampoco se computará la cuarta aun cuando el marido hubiese mejorado irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio ántes de casarse segunda vez; pero si intervino entrega de parte de la mejora al mejorado, se sacará únicamente la cuarta de los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte, y no de los que al contraer el matrimonio ya no eran suyos.

1. Para la debida inteligencia de lo que va á tratarse en este capítulo recapitularé aquí parte de la doctrina que tengo explicada, reduciéndola á las cinco reglas siguientes, que debe tener presentes el contador para hacer la cuenta con la justificacion debida.

2. Regla primera. Los ascendientes pueden mejorar expresamente en vida y muerte á alguno ó algunos de sus legítimos descendientes con causa ó sin ella, y por contrato revocable ó irrevocable, entregándoles ó no el todo de la mejora, segun expuse en el libro 2 título 2 capítulo 4; ó parte en vida y parte en muerte; pero la mejora no puede ser mas que una en ambos tiempos, ya sean uno ó muchos los mejorados; y así se ha de dividir entre todos igualmente, ó á proporcion de la voluntad tácita ó expresa del mejorante, pues de lo contrario se defraudarian las legítimas de los que no fuesen mejorados, lo cual resiste el derecho.

3. Regla segunda. Pueden dichos ascendientes hacer á los descendientes donacion durante su vida en uno de dos conceptos: ó expresando que es á cuenta de su legítima, y entónces se entienden mejorados en el importe de lo donado; por lo que deberán colacionarlo como tal, y se les imputará en ella para igualarse en todo con los coherederos, á cuyo fin se unirá al cúmulo de los bienes inventariados partibles, y si resultase tener recibido mas de lo que por ella les

cuando se constituyó poseedor de mala fe, y no ántes, por no haber sido nulo el contrato desde el principio, como en el exceso de la dote[1], puesto que para ver si la donacion es ó no inoficiosa, se debe atender al tiempo de la muerte del que la hace, hasta la cual se ignora; y como se revoca con motivo de lesion en la legítima, y esta no se debe hasta el fallecimiento del padre, por eso se ha de esperar su muerte para revocarla, y solo desde entónces se deberán los frutos de lo inoficioso. Pero si no hay exceso, hizo suyos todos los frutos percibidos miéntras vivió, y despues que murió el donante, como poseedor legítimo de lo que la ley permite, y su padre pudo darle.

1 El autor da aquí á entender que quien posée alguna cosa en virtud de título nulo, es poseedor de mala fe, aunque en el párrafo anterior ha dicho, y con razon, que el contrato dotal es nulo en el exceso de la legítima, y que sin embargo la muger es poseedora de buena fe de toda la dote, por cuyo motivo adquiere tambien los frutos correspondientes á dicho exceso. *Febrero reformado.*

CAPITULO VII.

¿Si de los bienes que los descendientes recibieron en vida de sus ascendientes, y que por su muerte han de colacionar, como tambien de la cuarta marital, deberán ó no deducirse las mejoras hechas, y entregadas ó no á ellos mismos ó á otros mejorados, ántes ó despues de la entrega de los bienes colacionables?

1 De las reglas que deberá tener presentes el contador, como preliminares, para el acierto en la materia de este capítulo.
2 Regla primera.
3 Regla segunda.
4 Regla tercera.
5 Regla cuarta.
6 Regla quinta.
7 Por nuestro derecho está mandado que el tercio y quinto de mejora no se deduzca de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes trajeren á colacion y particion.
8 La disposicion anterior se amplía á la dote prometida igualmente que á la entregada.
9 y 10 Limitaciones de la doctrina sentada en el párrafo 7.
11 Se resuelve la cuestion siguiente. Dando prestadas el padre ó la madre, en una ó mas ocasiones al hijo ó hija que estan fuera de su poder, algunas cantidades para atender á sus urgencias, y disponiendo en última voluntad del tercio ó quinto, habiéndose obligado el hijo ó hija por vale ó escritura á devolvérselas, como prestadas, y no cumplídolo, ¿se deducirá de su importe el tercio ó quinto?
12 hasta el 19 Modo de deducir la mejora cuando el testador hizo en vida donacion simple, que no completó el total de aquella, á un hijo (en cuyo caso se entiende este mejorado), y despues por última disposicion mejoró á otro expresamente en el tercio y quinto de sus bienes.
20 y 21 Si el padre por contrato oneroso ó irrevocable, hubiese mejorado expresamente á un hijo en el tercio de todos sus bienes, y á cuenta de la mejora le entregó parte de ellos, ó si le hizo donacion con causa, y despues por última voluntad le mejoró en dicho tercio, ¿para la deduccion de la mejora deberá ó no hacerse la acumulacion verbal y numeraria de lo entregado al hijo en vida, ó se ha de sacar solamente de los bienes que el testador deja por su muerte, y luego unir el residuo con lo entregado para dividirlo todo igualmente entre los herederos como legítima?
22 Modo de deducir la mejora en el caso siguiente. Cuando el padre teniendo, por ejemplo, cuatro hijos, entrega á cada uno por via de dote ó donacion *propter nuptias* su legítima corta ó diminuta en el concepto de tal, quedándose solamente con el tercio y quinto de los bienes que á la sazon posée, y despues mejora á uno de ellos, no dejando al tiempo de su muerte mas bienes que aquellos con que se quedó.
23 Legando el ascendiente en última voluntad á un hijo ó descendiente ó á algun extraño el quinto de sus bienes, ó disponiendo de él á favor de su alma, ¿se deberá deducir solamente de los que se encuentren en su herencia cuando muera, ó tambien de los que colacionan los hijos por habérselos dado en vida?
24 La cuarta marital no debe computarse para la deduccion del tercio y quinto.
25 Tampoco se computará la cuarta aun cuando el marido hubiese mejorado irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio ántes de casarse segunda vez; pero si intervino entrega de parte de la mejora al mejorado, se sacará únicamente la cuarta de los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte, y no de los que al contraer el matrimonio ya no eran suyos.

1. Para la debida inteligencia de lo que va á tratarse en este capítulo recapitularé aquí parte de la doctrina que tengo explicada, reduciéndola á las cinco reglas siguientes, que debe tener presentes el contador para hacer la cuenta con la justificacion debida.

2. Regla primera. Los ascendientes pueden mejorar expresamente en vida y muerte á alguno ó algunos de sus legítimos descendientes con causa ó sin ella, y por contrato revocable ó irrevocable, entregándoles ó no el todo de la mejora, segun expuse en el libro 2 título 2 capítulo 4; ó parte en vida y parte en muerte; pero la mejora no puede ser mas que una en ambos tiempos, ya sean uno ó muchos los mejorados; y así se ha de dividir entre todos igualmente, ó á proporcion de la voluntad tácita ó expresa del mejorante, pues de lo contrario se defraudarian las legítimas de los que no fuesen mejorados, lo cual resiste el derecho.

3. Regla segunda. Pueden dichos ascendientes hacer á los descendientes donacion durante su vida en uno de dos conceptos: ó expresando que es á cuenta de su legítima, y entónces se entienden mejorados en el importe de lo donado; por lo que deberán colacionarlo como tal, y se les imputará en ella para igualarse en todo con los coherederos, á cuyo fin se unirá al cúmulo de los bienes inventariados partibles, y si resultase tener recibido mas de lo que por ella les

toque, lo restituirán, porque no fueron mejorados; si ménos, se les dará el resto; y si cubre solamente la legítima, ni tendrán que tomar ni que restituir: ó sin expresar á cuenta de qué se la hacen, y en este caso no verificándose algunas de las causas referidas en el párrafo 54 del capítulo 5, se conceptuará donacion simple, y al donatario ó donatarios por mejorados tácitamente en la cantidad á que ascienda, la cual se les ha de contar como mejora, para que si el donante hizo posteriormente otra expresa, respecto no haber podido extenderse ni hacerla en mas de lo que importase la de los bienes entregados, unidos con los que dejó por su muerte, se entienda parte del total de ella la donacion, y el mejorado expresamente no lleve mas que el residuo, como lo manda la ley 26 de Toro; pues la mejora expresa posterior no revoca la tácita anterior, excepto que el mejorante lo diga claramente; y así ambos se entenderán mejorados en su respectiva parte. En consecuencia no habiendo mejora posterior á la donacion, si esta excede al tercio y quinto y legítima que le debe tocar, se revocará en el exceso como inoficioso[1], y deberá restituirlo á los coherederos: si no contempla el total del tercio y quinto de los bienes del testador, se deberá contentar el donatario con lo donado, porque es visto que el testador en nada mas quiso mejorarle: si lo contempla solamente, lo llevará como mejora: si excede algo al importe de esta, se aplicará el exceso en parte de pago de su legítima; alcanzando para esta y para la mejora, y no mas, se le dejará en pago de ambas, y nada tendrá que recibir. Ultimamente, si el testador manda en su última disposicion que de lo entregado en vida al donatario ó dotada, colacione cierta parte ó cantidad, y lo restante no, y mejora á otro expresamente en el tercio y quinto de los bienes que deje; en este caso se unirá al caudal líquido lo que quiso no colacionase, á fin de sacar la total mejora de todo, y ver cuánto toca á cada uno por parte de ella; y deducida, se agregará al residuo del caudal lo que le mandó colacionar en pago de legítima, lo que se le aplicará en vacío, como recibido en cuenta de esta, sacando ante todas cosas el quinto de solos los bienes inventariados, y no de los colacionados.

4. Regla tercera. Para la computacion de la mejora, ya sea del tercio y del quinto separados, ó de ambos juntos, se ha de atender siempre al valor de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, que es cuando se debe la legítima, porque así lo ordenan las leyes 19, 23 y 29 de Toro, y no aquel en que hizo la donacion ó mejora: quiero decir, que si cuando la hizo tenia muchos bienes, y cuando fallece deja pocos, ó al contrario, no se ha de atender para deducirla á lo que ascendian al tiempo de su constitucion, sino al de su falleci-

1 L. *Si totas*, 5 y ley *Si mater*, 7 Cod. *De inoffic. donation.*

miento; por lo que si juntos numéricamente los bienes donados con los que constan en el inventario resulta inoficiosidad, ya sean en lo que corresponde al mejorado por su mejora y legítima, ó al que no lo es, por esta sola debe restituir el exceso á los coherederos.

5. Regla cuarta. La colacion (hablo de los bienes y gastos que no estan exentos de colacionarse, ni gozan este privilegio) se hace para uno de dos efectos: ó para igualarse todos los herederos, cuando lo que se colaciona se dió, gastó y entregó expresamente en cuenta de legítima, ó en este concepto se entiende dado, como la dote y donacion causal, necesaria ó coactiva, que se deben imputar en ella[1] (y esta es la propia y verdadera colacion de que tratan las leyes); ó para deducir mejora de los bienes del difunto, cuando á cuenta de ella, siendo expresa, dió algo en vida al mejorado, ó le hizo donacion simple, que se entiende mejora tácita, y no se imputa en legítima, y así se llama impropiamente colacion, porque no sirve para igualar á los herederos, que es uno de los fines y el principal por que se introdujo, sino meramente para ver si cabe ó no en el tercio y quinto, de que en vida y muerte pudo disponer. Si lo donado fué á cuenta de legítima, y no hay mejora, se ha de agregar al total líquido partible, para que todos los partícipes en la herencia queden igualados: si hay mejora posterior, despues de sacada esta solamente de los bienes inventariados, se hará agregacion de lo donado al total líquido, para ver si es ó no excesivo á la cantidad á que puede extenderse el testador en vida y muerte: si lo donado en vida fué parte en cuenta de mejora, y parte de legítima, y mejora tambien á otro en muerte, se ha de sacar el quinto de solos los bienes inventariados, y para la deduccion del tercio unirse al residuo lo donado en parte de mejora, á fin de ver á cuánto asciende, y cuánto toca á cada mejorado por él; y sacado el tercio, se agregará al resto lo donado en cuenta de la legítima, y su total (como que es de una naturaleza) se dividirá igualmente entre todos los herederos, aplicando en vacío al colacionante lo que tiene recibido, como dejo sentado.

6. Regla quinta. Así como cuando no hay mejora tácita ni expresa se colaciona el valor de los bienes recibidos por cuenta de legítima, y se agrega verbal y numéricamente al cúmulo de los inventariados, para igualar en el todo de unos y otros á los herederos que nada recibieron en vida de su ascendiente; del mismo modo se debe acumular ó agregar cuando la hay tácita ó expresa, sin haber precedido dote ni donacion, para que ni el mejorado lleve mas de lo que como tal le corresponde en vida y muerte, ni sea perjudicado, ni tampoco los coherederos, porque el testador los entregó en el pro-

1 L. 4 tit. 15 part. 6. L. *Inter filios.* Cod. *De collationib. Familiae erciscundae.* L. *Ut liberis.* Cod.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pio concepto para este efecto y con esta intencion, y por esto se graduan como existentes en poder del ascendiente. Pero si precedieron á la mejora alguna dote ó donacion *propter nuptias*, ú otra que el testador entregó á cuenta de legítima, no se han de acumular al total de la herencia para deducir de ellas, y que sea mas cuantiosa, porque la 25 de Toro prohibe que se saque de las dotes y donaciones precedentes colacionables. Lo que en este caso se debe practicar es, deducir primero la mejora no entregada de solos los bienes inventariados partibles, y despues de separada, unir el importe de la dote ó donacion al residuo de ellos, como que todos son de la clase y naturaleza de legítima; y hecho todo esto un cuerpo, dividirlo como legítima entre todos los herederos, aplicando á la dotada ó donatario en vacío, ó entrada por salida, lo que tiene recibido, y dándole lo que le falte al complemento de su haber. Y si la mejora ó parte de ella se entregó, se ha de unir á los bienes inventariados su importe; y deducido su total, agregar al resto la dote y donaciones colacionables, y luego dividirlo todo como legítima, en la forma expuesta.

7. Sentadas como indispensables estas cinco reglas ó advertencias para la clara inteligencia del modo de deducir las mejoras segun los casos ocurran, digo: que por derecho romano[1] se permitia sacarlas ó deducirlas de los bienes que los descendientes colacionaban, ó de su importe, de suerte que á los colacionantes se quitaba la parte correspondiente de lo que ya poseian, porque por la colacion se contemplaban como existentes en el patrimonio del difunto; y como si nunca hubieran salido de este, se constituian hereditarios, al modo que los que tenia en su poder, pues por el hecho de estar obligados los colacionantes á colacionarlos, no se entendian mejorados en el exceso de lo que por sus legítimas les correspondia, y así debian restituirlo á los coherederos, no mandando lo contrario sus ascendientes ó donantes. Pero por nuestro derecho está prohibido que se vuelvan á la herencia, y que se saquen el tercio y quinto, no solo de las dotes y donaciones *propter nuptias*, sino de las demas donaciones colacionables, segun lo ordena la ley 25, que es la 9 tít. 6 lib. 10 Nov. Rec., que dice: *El tercio y quinto de mejoría fecho por el testador non se saque de las dotes y donaciones* propter nuptias, *ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes trajeren á colacion y particion.* Así que, precediendo la dote dada á la hija, ó la donacion entregada al hijo (ya sea *propter nuptias*, para que se case con muger determinada, ó solamente para que se case, sin nombrarla, que llaman *donacion por causa del matrimonio*[2], ó ya sea hecha sin causa, si se entregó expresa-

1 L. 3 § 1 ff. *De collationib. honor.* L. final ff. *De votis collation.* ley *Si soror*, y ley *Ut liberis.* Cod. *De collation* y Authent. *Unde si parens.* Cod. *De inoffic. testam.* Matienz. en la ley 9 tit. 6. lib. 5 gl. 1 n. 2.

2 Angul. en la ley 9 tit. 6 gl. 4. Gutier. lib. 2. *Pract.* q. 65 n. 9. Castill. lib. 4. *Controv.* cap. 16 n. 44.

mente á cuenta de legítima), no se debe sacar de su importe la mejora posterior hecha por el testador, ni parte de ella, ni colacionarse sino para efecto de igualarse con los coherederos en sus legítimas, ni tampoco acumularse con el importe de los bienes líquidos inventariados para que la mejora sea mas cuantiosa si le cabe en su haber. Lo primero, porque despues que el padre ó madre dotaron á la hija, ó en vida hicieron donacion al hijo, y se desprendieron de los bienes que les entregaron, quedaron privados de toda accion y facultad para disponer de ellos, pues por su entrega se constituyeron del patrimonio de los mismos hijos á quienes se transfirió su dominio: lo segundo, porque si se sacase de dichos bienes ó de su importe el de la mejora posterior, se disminuirian la dote y donaciones anteriores, tocando ménos por su legítima á los donatarios y dotada, y teniendo que restituir parte de ellos solo porque tuviese mayor utilidad el mejorado, lo cual seria injusto; y aun cuando no se disminuyesen ni tuviesen que restituir porque les cupiese en su haber, llevarian por sus legítimas ménos que lo que les tocaria y debian percibir á no deducirse de ellas la mejora: lo tercero, porque esta es siempre respectiva á los bienes que el padre y la madre tienen y poseen al tiempo de su muerte, y no á los que no existen en su poder entónces[1]. Fuera de esto jamas se juzga que ninguno quiere disponer ni dispone de los agenos, sino de los propios[2]; y no siendo del mejorante los que tenia entregados, no es visto disponer de ellos. Por estas razones, para ver si la dote entregada á la hija le cabe ó no en su legítima, no se saca el quinto de su importe, sino del de los bienes que deja el donante, como expuse en otro lugar; ni tampoco se une ni debe unir á ellos sino á su residuo, para que de este modo sea de los que tenia y poseia, y no de los que ya no existian en su dominio.

8. La disposicion de esta ley parece tendrá lugar únicamente en la dote entregada, y no en la prometida á la hija casada y velada, atendidas las palabras *trajeron á colacion y particion* con que está concebida; pues denotan y suponen estar ya en poder del yerno ó hija á quien fué ofrecida, por no deberse decir que confiere lo que no tuvo ni tiene. Ademas, la mejora se debe detraer de los bienes que el difunto poseia al tiempo de su muerte, segun las leyes 19 y 23 de Toro; y como estos existian entónces en su poder por no estar entregados todavía á la hija á quien los prometió, parece claro que se ha de deducir íntegramente de ellos. Sin embargo, se debe ampliar á la dote prometida, igualmente que á la entregada; porque los bienes prome-

1 Gom. Castill. Tello y Avendañ. en la ley 25 de Toro n. 1. Matienz. en la ley 9 cit. tit. 6 y gl. 1 n. 3 y sig. Castill. dicho cap. 16 n. 38.

2 L. *Conficiuntur*, § 1 ff. *De jure codicillor.* Authent. *Ingressi*, Cod. *De sacrosanct. Eccles.*

tidos, aunque existen en poder del testador, no son suyos por estar obligado á su entrega; y así es lo mismo que si estuvieran entregados, pues la hija y su marido, luego que se perfeccionó su casamiento, adquirieron derecho á que se los entregase; por lo que se contempla existen interina y confidencialmente, ó en depósito, en poder de su padre, el cual puede ser compelido á su entrega; y como la herencia y mejora se deben sacar de lo que realmente es suyo, por no titularse así, ni serlo lo que está debiendo, ni conceptuarse que existe entre los bienes de alguno aquello á que está obligado, por ser lo propio para el caso estar prometido que pagado y fuera de su poder; por eso se amplía la disposicion de la ley 25 inserta á la dote prometida, como si estuviera entregada[1]. Lo mismo procede para con la donacion *propter nuptias* y otras donaciones con causa, aunque no esten entregadas, si estan prometidas, porque versa identidad de razon[2].

9. Lo dicho en el párrafo 7 se limita en dos casos: el primero, cuando el testador mejoró irrevocablemente en el tercio y quinto de todos sus bienes á un descendiente, y despues hizo donacion *propter nuptias* ú otra con causa necesaria (que es colacionable como legítima) á otro descendiente; pues entónces se deducirá y exigirá efectivamente la mejora: la razon es porque el ascendiente tiene facultad legal de mejorar irrevocablemente en contrato á alguno ó algunos de sus legítimos descendientes en el tercio y quinto de sus bienes; y constituyendo en esta forma la mejora, adquiere el mejorado derecho á su importe en el todo, no solo de los que tiene al tiempo de su constitucion sino de los que despues adquiera hasta su muerte; y respecto á que los que desmembra de su caudal con la dote y donaciones posteriores, son y deben entenderse parte de legítima de la dotada y donatarios, y no mas (pues el donante á ningun otro descendiente puede mejorar ya por las razones que se dijeron tratando de las mejoras); es claro que siendo esta irrevocable, y precediendo á las donaciones, se ha de deducir de ellas, no conceptuarse mejorado en cosa alguna el donatario posterior, y para hacer la deduccion acumularse al líquido caudal inventariado y partible; pues de lo contrario serian ilusorias la ley 17 de Toro y las demas que constituyen irrevocable la mejora, y repugnantes entre sí la misma ley 17 y la 25. Ademas de esto estaria en la libre potestad y arbitrio de los mejorantes el defraudar á los que habian mejorado, y en perjuicio de estos disponer despues de sus bienes como quisieren, sin dejarles que heredar en concepto de mejorados, á

1 Gutier. lib. 2 *Pract.* q. 61 n. 1. Avendañ. en la ley 25 de Toro gl. unic. desde el n. 10 hasta el fin. Angul. en la ley 9 tit. 6 lib. 5 gl. 3 n. fin. Castill. lib. 4 y cap. 16 dichos n. 46.

2 L. *Si quis argentum*, § *Si autem*. Cod. *De donat.* Angul. en la ley 10 tit. 6 gl. 7 n. 2 al 6. Velasc. consult. 3. Castill. ibi.

pretexto de ser onerosas las donaciones posteriores: por lo que ninguna duda queda que en el caso propuesto se ha de deducir la mejora irrevocable precedente de la dote y demas donaciones posteriores, y para ello considerarse y acumularse su importe, como si existiera entre los bienes partibles; y si lo donado excede á lo que al donatario ó dotada toca que percibir por su legítima diminuta, lo deben restituir[1]. Esto se entiende á ménos que al tiempo de hacerse la donacion del tercio y quinto se pacte que ha de surtir el efecto, y circunscribirse al tiempo en que se hace, y no al de la muerte del mejorante; pues en este caso no se deducirá de las dotes y donaciones posteriores, porque los contratos reciben la ley del convenio de los contrayentes[2], y este pacto puede hacerse por no estar prohibido.

10. El segundo caso de excepcion es cuando la dote fué inoficiosa, y el padre mejoró posteriormente á algun hijo; pues entónces, mediante á que la hija no puede ser mejorada en contrato por razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo tácita ni expresamente[3], si se verifica su inoficiosidad, debe restituir el exceso á los coherederos; y como este se constituye de la herencia y patrimonio del difunto por la colacion y restitucion, del mismo modo que los demas bienes que se encuentran en su poder; por eso se debe deducir la mejora, no solo de estos sino tambien de aquel; pues en cuanto á él jamas valió la constitucion dotal, y por lo mismo vuelve al donante[4], el cual puede pedirlo en vida y renovarlo, porque lo que por derecho no surte efecto, no presta impedimento[5]. Mas la limitacion de este segundo caso se entiende cuando resulta la inoficiosidad, considerados y unidos los bienes con que la hija fué dotada, y los que dejó su padre bajado el quinto de estos, y no solo cuando se verifica solamente por causa de la deduccion del tercio, pues en este caso parece no estará obligada á restituir el exceso de la legítima disminuida, que por deducir el tercio aparece tocarla, porque la ley que prohibe que sea mejorada en contrato, no veda que lleve la legítima completa de todos los bienes del testador, ni manda que esta se compute y considere despues de sacada la mejora, ó que se deduzcan primero el tercio y quinto, para ver si le cabe ó no lo que tiene tomado. Tampoco lo expresan las preces que hizo el Reino, y dieron motivo á su creacion, ni de ellas se infiere; ántes sí que la dotada lleve su legítima larga; ni por consiguiente resulta inoficiosidad al tiempo de su

1 Gutier. lib. 2. *Pract.* q. 62. Avendañ. en la ley 25 de Toro n. 2, y Tello n. 3. Matienz. en la 9 tit. 6 lib. 5 gl. 3 n. 2. Ayor. part. 3 q. 27 n. 85. Hermos. en dicha ley 3 tit. 4 part. 5 gl. 6 n. 87. Escobar comput. 1 n. 11 al 13.

2 L. *Contractus*, ff. *De regul jur.* Tello ibi, Escobar ibi.

3 L. 1 tit. 1 lib. 10 N. R.

4 Ayor. dicha q. 27 ns. 86 y 87. Angul. en dicha ley 9 gl. últ. n. fin.

5 Regla *Non praestat, de regul. jur.* in 6.

constitucion, ni al de la muerte; y como en aplicársela íntegra no se infringe su precepto, porque no hay, ni se verifica mejora que el testador haya hecho ni pactado, ni tenido intencion de hacer á su favor, y lo que no está prohibido se entiende permitido, por eso cuando fué dotada ántes que se hiciese la mejora, se la ha de aplicar todo lo recibido, si la cabe en su legítima larga ó completa, separando únicamente el quinto de los bienes que deja el mejorante, porque á este ningun derecho tiene por ser privativo de su padre; así como por el contrario cuando la mejora precede se debe deducir de la dote recibida, y cabiéndole despues de separado el quinto, nada deberá restituir, porque nada mas lleva que la legítima íntegra ó completa de todos los bienes del testador, que era la que la podia tocar si entónces se partiesen, y lo que el Reino quiso y pretendió se le diese y percibiese, ni por consiguiente resulta inoficiosidad. No obsta decir que los hijos no mejorados llevan ménos que ellas por sus legítimas en el referido caso; pues esto proviene de la disposicion de las leyes, y del testador por haber hecho mejora: y así aunque parezca de mejor condicion que ellos, no se endenderá mejorada por no haber tal mejora, ni intencion de hacerla, y ser eventual el que la toque la legítima íntegra, y á los coherederos no mejorados la diminuta; pues nunca percibe mas que lo que el Reino pretendió percibiese, y la pragmática no le privó de tomar; por lo que si la ley 25 de Toro, que prohibió sacar mejora de las dotes y donaciones, hubiera querido limitar este caso, lo hubiera expresado, ó prevenídolo la pragmática de Madrid, que mandó que las hijas no fuesen mejoradas; y pues no habla de él, no se les debe quitar lo que las leyes no las quitan; pero si cabe solamente, incluyendo y no deduciendo el quinto para el cómputo, debe restituir el importe de este al cúmulo de la herencia, ó al legatario ó mejorado en él, si lo hay, porque este no es legítima, y de consiguiente quedarse con él[1].

11. Ofrécese ahora la siguiente cuestion. Dando prestadas el padre ó la madre en una ó mas ocasiones al hijo ó hija que estan fuera de su poder algunas cantidades para subvenir á sus urgencias, y disponiendo en última voluntad del tercio ó quinto, habiéndose obligado el hijo ó hija por vale ó escritura á devolvérselas como prestadas, y no cumplídolo, ni demandándoselas sus padres judicial ni extrajudicialmente, ¿se deducirá de su importe el tercio ó quinto? A primera vista parece que sí, porque el hijo é hija que está fuera del dominio paterno, pueden tratar con sus padres sin obstáculo legal, al modo que el extraño: es así que si este fuera el deudor, se

1 Ayor. part. 3 y q. 27 cit. n. 38 al 90, y part. 4 ejempl. 5 vers. *Sed quid erit si post dotem datam á patre*, y siguientes.

sacarian el tercio y quinto de lo que importase su deuda, como que era parte del caudal del difunto; luego deben sacarse tambien de la del hijo ó hija. A pesar de este argumento que parece concluyente, y de la obligacion constituida por el vale ó escritura, digo: que cabiendo lo prestado en el haber ó legítima que corresponde al hijo ó hija, no debe graduarse de mutuo, sino de anticipacion hecha en parte de su herencia, y que por consiguiente tampoco deben desfalcarse ni sacarse de su importe el tercio ni quinto, aunque el mismo mutuario sea el legatario ó mejorado en ellos. Lo primero, porque los hijos son acreedores legales y naturales á los bienes de sus padres, y casi dueños de ellos, y no deudores con obligacion coactiva de responsabilidad tan estrecha como los extraños, y no se debe llamar deudor de otro, ni lo es el que de rigorosa justicia tiene derecho claro y expedito á sus bienes, sino al contrario se considera como acreedor suyo: lo segundo, porque contemplando el derecho que tienen los hijos á los bienes de sus padres, á quienes naturalmente han de sobrevivir y heredar, y la necesidad con que les piden los socorros, se debe entender que sus padres, que no la ignoraban, no se los dieron en concepto de préstamo, como si fueran extraños, sino que se los anticiparon en cuenta de su legítimo haber; por lo que su importe no se debe conceptuar deuda á favor del caudal para efecto de deducir tercio ni quinto de él, sino por incremento suyo para el fin de imputarlo á los donatarios como recibido en parte de su legítima, y para el de que no puedan pretender esta íntegra, como si nada hubieran tomado, ni defrauden ni disminuyan por este medio el haber de los coherederos: lo tercero, porque la ley 25 de Toro, que prohibe sacar tercio y quinto no solo de las dotes y donaciones *propter nuptias*, sino tambien de las otras donaciones que los descendientes legítimos colacionan, habla generalmente, sin distinguir ni mencionar la cualidad, condicion ni requisitos con que se han de hacer y recibir las donaciones; y para prohibir que del importe de estas se dedujese el tercio y quinto, se fundó en que estos se refieren á los bienes que el donante tiene en su poder al tiempo de su muerte, ó como suyos le pertenecen, y sus herederos pueden exigir del verdadero deudor; y en que lo donado no era ya de aquel por haberlo entregado, como pudo, en vida á quien indispensablemente le habia de heredar, y no era justo dispusiese de lo que no era suyo: lo cuarto, porque las leyes imponen á los descendientes legítimos la obligacion de colacionar lo que reciben, de la que no pueden eximirse aunque quieran, ya sea á cuenta de legítima ó de mejora, y no la de volverlo á sus ascendientes: lo quinto, porque no es creible ni aun presumible que los padres que dan á sus hijos algunas sumas para socorrerse, se las en-

treguen con esperanza de que se las han de pagar, aunque se lo ofrezcan, sino á cuenta de lo que les ha de corresponder por su muerte, y por eso la ley, que no lo ignoraba, no exceptuó ni tuvo necesidad de exceptuar este caso: lo sexto, porque el estimar como préstamo mutuo lo donado en el presente caso, seria querer que los hijos restituyesen á la herencia de sus padres lo que al instante habian de volver á percibir indispensablemente por corresponderles de rigorosa justicia, y hacer un círculo irregular y vicioso; y lo séptimo, porque aun suponiendo que al principio fuese en la intencion de todos préstamo, y como tal se gradúe, sin embargo de que el mutuario por la naturaleza de este contrato está obligado á volver al mutuante ó á sus herederos, no la misma cosa que le prestó, si no quiere, sino otra de idéntica especie, cantidad, calidad y bondad, no obstante que la mutuada se pierda, queme ó se la hurten, por no corresponderle accion alguna á retenerla, ni á quedarse con su importe en vida ni por muerte del mutuante; esto se entiende para con el mutuario extraño, cuya deuda y obligacion de pagarlas subsisten en su fuerza y vigor, aunque el mutuante fallezca, por no haber ley que de ellas le exima, hasta que se extinguen por la solucion, liberacion, novacion, compensacion y por otros medios que señala el derecho. Mas esto no tiene lugar en el heredero forzoso, porque no solo se constituye dueño de lo mutuado, al modo que el extraño en el momento que lo recibe, sino tambien cuando el mutuante su ascendiente fallece, si le cabe en su haber, como que es su heredero legítimo: por cuyo motivo, y porque ninguna ley le precisa á que pague y luego repita la obligacion de restitucion ó devolucion que tenia contraida, espira como tal en el mismo instante que fallece su ascendiente; muda de cualidad y naturaleza por las circunstancias de los interesados; y por disposicion legal se convierte en la de compensarlo, y admitirlo como anticipado y entregado á cuenta de su parte de herencia sin descuento ni desfalco, y á este efecto puede retenerlo en su poder como propio, respecto caberle. Por estas razones, y porque el mutuario descendiente goza de prerogativas que no competen al extraño, y el mejorado ó legatario no es acreedor por contrato oneroso, no se les debe juzgar por las mismas leyes, ni equipararse los dos. Así que no se ha de agregar lo que se dió al mutuario al acervo del caudal en concepto de deuda simple, real y verdadera, como la del extraño, para que de todo se deduzcan el tercio y quinto, sino en el de colacionable, á fin de que se le impute en vacío, como recibido; y si el ascendiente en su última disposicion le manda colacionarlo, cesa la duda de haber sido su ánimo dárselo á cuenta de su haber, aunque suene prestado. Pero si en los resguardos se expresa *que lo dona-*

do se ha de tener y estimar por caudal del donante, como si al tiempo de morir existiera en su poder, y el hijo ó hija fueron extraños, y que en este concepto ha de poder disponer de él, del mismo modo que del que tenga entónces sin diferencia, y no reputarse anticipado en parte de pago de su haber, sino real y efectivamente prestado á cuyo fin se reserva esta facultad; en tal caso, á consecuencia del consentimiento del mutuario y del pacto reservativo, que ninguna ley prohibe, si el donante no lo limitase, suprimiese ó derogase posteriormente, se podrán sacar tercio y quinto de lo entregado á sus hijos en la propia forma que de lo que tiene en su poder cuando fallece; y lo mismo se deberá practicar, aunque no invervenga pacto, si el donante lo demanda en vida al donatario, aunque sea extrajudicialmente, y no le manda luego colacionarlo, porque en ambos casos está clara su voluntad.

12. Cuando el testador hizo en vida donacion simple que no consumió ni completó el total de la mejora á un hijo, en cuyo caso este se entiende tácitamente mejorado, y despues por última disposicion mejoró expresamente á otro en el tercio y quinto de sus bienes; hay diversidad de opiniones acerca del modo de deducir la mejora, para cuya inteligencia pondré prácticamente el caso. „Un padre que tenia tres ó mas hijos, donó en contrato simplemente, y entregó al uno de ellos diez mil reales, ó una finca ó cosa que los valia: despues mejoró expresamente en testamento ó en otra última disposicion á otro hijo en el tercio y quinto de sus bienes, y el líquido caudal partible que por su muerte se inventarió y halló pertenecerle, fueron ciento veinte mil reales.“ Es preciso buscar el modo justo de hacer la cuenta para que ni el donatario sea perjudicado en lo que ya tiene recibido, y en que se entiende mejorado, segun la ley 26 de Toro, ni el mejorado en testamento por su mejora, ni los demas hijos en sus legítimas diminutas; y tambien para que pudiendo cumplirse la voluntad del mejorante, se observe en el todo. Es punto frecuente en las particiones, digno por su gravedad de mucha atencion, y en su resolucion titubean muchos por el diverso modo de pensar de los autores; y así procuraré instruir al contador de lo que debe hacer para que no yerre ni perjudique á los interesados. Mas ántes de resolver cuál de las opiniones se ha de seguir, debo sentar que la cuenta se puede hacer de cuatro modos. El primero es deducir la mejora expresa de solo el importe de los bienes inventariados, y entónces el mejorado en testamento conseguirá como tal cincuenta y seis mil reales, á que ascienden el tercio y quinto de los ciento veinte mil reales inventariados; pero de este modo se defrauda la legítima en los diez mil entregados en vida al donatario, en los cuales se entiende mejorado, y por consiguiente

este modo de sacar la mejora, como ilegal y gravoso á los no mejorados, de ninguna manera se debe adoptar, en lo cual convienen todos los autores.

13. El segundo modo es deducir de lo donado un tercio y quinto, y del importe de los bienes inventariados otro tercio y quinto: v. gr. de los diez mil de la donacion sacar cuatro mil seiscientos sesenta y seis y dos tercios, que son el total de su tercio y quinto, y dejar para legítimas los cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio restantes, y de los ciento veinte mil los referidos cincuenta y seis mil, y el residuo, que son sesenta y cuatro mil, para legítimas tambien: en cuyo caso compondrá el total de la mejora, dividida entre ambos mejorados, sesenta mil seiscientos sesenta y seis reales y dos tercios, y quedarán para legítimas sesenta y nueve mil trescientos treinta y tres y dos tercios. Este modo de girar y deducir en nada perjudica las legítimas de los hijos, ni tampoco al mejorado en testamento; pero sí al donatario, porque de lo que ya es suyo como mejora se le quita para legítimas mas de la mitad, que son los cinco mil trescientos treinta y tres reales y dos tercios de dos, sin estar obligado á restituirlos por no resultar inoficiosidad. Esto no solo lo prohibe la ley 25 de Toro, sino que aun cuando el testador lo mande, no debe ser obedecido: ya porque la donacion primera irrevocable no se disminuye por la segunda, segun derecho[1]; ya tambien porque en la donacion simplemente hecha no se puede imponer despues condicion ni gravámen[2]; y últimamente, porque lo donado era del donatario, y el testador carecia de potestad para gravar lo ageno, quitarlo á quien lo tenia, y disponer de ello. Por consiguiente tampoco es adaptable, ni debe seguirse este método.

14. El tercer modo es unir y acumular verbal y numéricamente los diez mil reales entregados en vida á los ciento veinte mil inventariados, y compondrán ciento treinta mil; deducir de estos el total de la mejora, que importa los mismos sesenta mil seiscientos sesenta y seis reales y dos tercios; dejar al donatario los diez mil que en cuenta de mejora tácita tiene en su poder, y debe colacionar en este concepto, para que no perciba mas de lo que el donante pudo dar en vida y muerte á entrambos mejorados, y luego aplicar al que lo fué en testamento los cincuenta mil seiscientos sesenta y seis y un tercio de dos restantes para el mismo efecto. Este modo de hacer la cuenta es el que siguen los autores[3], y lo observan los contadores de la corte inteligentes en particiones, porque con él ninguna ley se infringe, ni se perjudican ni disminuyen las legítimas

1 L. *Qui fuit quaestionis*, ff. *De collat. bonor.*
2 L. *Perfecta donatio*. Cod. *De donationib. quae sub modo.*
3 Tello, Ayora, Acevedo, Castill. lib. 4 *Controv.* cap. 16 n. 4.

ni mejora tácita ni expresa, y es lo mismo que si todos los bienes entregados existieran en poder del mejorante, y este dejara en su testamento á cada uno la propia porcion; pues por la colacion se constituyen como existentes en él, y se hacen de su herencia.

15. El cuarto modo es sacar la mejora únicamente de los ciento veinte mil que importan los cincuenta y seis mil referidos, y de estos bajar los diez mil entregados en vida al donatario como mejora tácita, y entónces quedará reducido el total de ambas partes de mejora á solos cuarenta y seis mil reales; y por consiguiente aunque el donatario no será defraudado, ni tampoco las legítimas, pero el mejorado en testamento no llevará el residuo íntegro de la mejora que el testador hizo á su favor de todos sus bienes en vida y muerte, como pudo, por que le faltan cuatro mil seiscientos sesenta y seis reales y dos tercios para completarla. Este modo de deducir es el que, citando y siguiendo á Angulo y Escobar, se esmera en defender con particular esfuerzo el señor Castillo en dicho capítulo, apoyándolo con una decision de la real audiencia de Sevilla, impugnando el de Tello y sus partidarios, fundado en las leyes 19, 23 y 25 de Toro y en varios argumentos. A vista de la opinion respetable de estos autores me hallaba perplejo, sin poder inclinarme á seguirla, y abandonar la contraria que siempre habia seguido y me habia enseñado la práctica de la corte, por no exponer dichos autores los fundamentos de ella, y mucho mas diciendo Tello[1] que en juicio jamas habia podido obtener por la suya, y que la otra estaba admitida por casi todos los jueces y letrados. Así que, deseoso de acertar en este punto, determiné acercarme á examinar y desentrañar las tres leyes de Toro en que se funda la opinion contraria, y apurar si hablan ó no del caso concreto en la disputa; y por tanto paso á su explicacion.

16. La ley 19 de Toro, que es la 3 tít. 6 lib. 10 Nov. Rec. dice: *El padre, madre y abuelos en vida, ó al tiempo de su muerte, pueden señalar en cierta cosa ó parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría en que lo haya el hijo ó hijos ó nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare ó valiere la tercera parte de sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no la pueda el testador cometer á otra persona alguna.* Tres son los fines de esta disposicion legal: 1.° que el padre, madre y abuelos, haciendo mejora de tercio y quinto en vida ó muerte, que es por contrato ó última voluntad, puedan señalar bienes ciertos y determinados para su pago: 2.° que el tercio no exceda de lo que montare la tercera parte

1 L. 25 de Toro n. 4.

de los que tengan al tiempo de su muerte, aunque los consignados para satisfacerlo valgan mucho mas: 3.° que no puedan cometer á otro la consignacion de ellos, pues deben hacerla por sí propios. Pregunto ahora: ¿El consignar es dar y entregar en vida cosa alguna al mejorado? No por cierto. Es únicamente señalar la cosa cierta y determinada, en que despues del fallecimiento del mejorante se le ha de entregar el importe de la mejora; luego aunque la ley inserta ordena que el tercio no exceda de lo que valga la tercera parte de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, respecto á no tener efecto la consignacion hasta que fallezca, y existir entónces entre sus bienes los señalados en que se ha de adjudicar y entregar la mejora al mejorado, no se verifica ni puede verificarse su infraccion; ni hay que hacer acumulacion ni computacion, ni de qué, y por consiguiente no es aplicable al presente caso su disposicion en la cosa mas mínima, porque ni aun remotísimamente habla de él. Pregunto de nuevo: ¿A que de dirige esta concesion ó señalamiento? A dar y conceder al mejorado derecho específico en los bienes señalados hasta en la parte que alcance la mejora, y á que los coherederos, quieran ó no, puedan ser compelidos á entregarle precisamente los mismos que el mejorante señaló, y no otros de la herencia, para pago de la mejora, como no habiendo consignacion lo pueden hacer. ¿Y qué fin tuvo la ley en mandar que el tercio no exceda de lo que valga la tercera parte de los bienes del testador al tiempo de su muerte? El obviar dudas y pleitos y no gravar las legítimas. ¿Y en qué podian ser gravadas estas? En que si desde la constitucion de la mejora hasta la muerte del mejorante transcurrian algunos años, se disminuia su caudal, y el mejorado, á pretexto de la consignacion, pretendia se le diese todo lo consignado en pago de su mejora, alegando se le habia transferido su dominio, como al legatario de cosa específica el de esta, y por la diminucion del caudal no le cabian los bienes señalados; no le sufragase alegar ni justificar que el total de estos tenia cabimiento en el importe de la mejora cuando se le habia hecho (pues se desfalcaban las legítimas por el menoscabo de caudal), ántes bien estuviese obligado á contentarse con lo que de ellos le cupiese, considerado el valor de los que el mejorante dejase, porque el tercio es parte de legítima; y así como esta cuota de bienes se considera al tiempo de la muerte, porque hasta entónces no se debe, del mismo modo la mejora de los que el testador deja, se debe considerar cuando fallece y no cuando se hizo, porque de lo contrario serian perjudicados enormemente los hijos en sus legítimas, y el mejorado se utilizaria indebidamente en su detrimento.

17. La ley 23 de Toro, que es la 8 del mismo título y libro, dice: *Cuando el padre ó la madre por contrato entre vivos, ó en otra postrimera voluntad, hiciere á alguno de sus hijos ó descendientes alguna mejoría del tercio de sus bienes, que la tal mejoría haya consideracion á lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se hizo dicha mejoría.* Esta ley tampoco habla palabra del caso de donacion ni entrega de la mejora del tercio ni parte de él, y sí de que, ya sea hecha revocable ó irrevocable, por contrato ó última voluntad, se atienda siempre al valor que tengan los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, por la misma razon alegada en el párrafo anterior; y así, como no hay entrega en vida, es preciso atender á aquel tiempo, y por no existir en poder del mejorante todos sus bienes, no hay que computar ni colacionar; ni debe el mejorado, á pretexto de ser irrevocable la mejora, hacer mérito de lo que valian cuando la constituyó el mejorante, ni de que desde entónces adquirió derecho á ello, porque su irrevocacion sirve únicamente para que no pueda ya dejar de ser mejorado sin causa legal, y para que su padre quede sin potestad para mejorar á otro y gravar el tercio, mas no para que en su deduccion se considere el tiempo en que se hizo la mejora, sino el de la muerte, desde el cual empieza á tener efecto por no haber precedido entrega. Por consiguiente esta ley tampoco es aplicable al caso propuesto.

18. La disposicion de la ley 25 se dirige á prohibir que de los bienes ó donaciones que se colacionan (*) se saque mejora, porque como no son del mejorante, no puede hacerla de lo que importen, y estando ya en poder del donatario, y siendo suyos, si se deduce de ellos, se le quitan indebidamente por beneficiar al mejorado, y hacer que la mejora sea mas cuantiosa. Pregunto ahora: ¿Prohibe que se hagan la computacion y acumulacion referidas en el párrafo 14 que se observan en la práctica? No por cierto: ni habla una palabra de ellas, ni aun se colige. Luego pueden hacerse, porque en materia privativa, lo que no está prohibido por ley se entiende permitido, y si la ley lo quisiera lo expresaria. ¿Manda por ventura que se haga la deduccion mencionada en el párrafo 15; ó que cuando el donante entregó al donatario lo que le donó, y despues hizo mejora, se haya de sacar precisamente el importe de lo donado en vida (ya sea en cuenta de legítima ó mejora) del de los bienes que deja cuando muere, y disminuir la expresa posterior, aunque de esta suerte se verifique que no dispone del tercio y quinto íntegros en vida y muerte, limitándole en este caso la facultad que para esto le confieren otras leyes? Tampoco. ¿Se quita algo al donatario ó mejorado en vida para darlo á otro, ó aplicarlo á legítimas, como suce-

(*) Son los entregados en vida á cuenta de legítima los que tienen obligacion de colacionar los donatarios para igualarse con los que nada recibieron, que es el motivo de haberse establecido la colacion.

de haciendo la cuenta del segundo modo demostrado en el párrafo 13? Nada, ni por consiguiente se infringe la ley 25 citada; y decir lo contrario es nimio alucinamiento y preocupacion. ¿Puede el testador mejorar á uno ó mas en vida y muerte, y entregarle toda la mejora en vida, ó solamente parte, y dejar en su poder el resto para que se le entregue despues de su muerte? No hay duda. ¿Debe observar su voluntad, no siendo opuesta á las leyes? Es constante. ¿Se opone á su precepto principiando á disponer en vida de parte de la mejora, y entregarla al donatario ó mejorado, y concluir en muerte la disposicion del resto de su importe á favor de él ó de otro? De ningun modo, ántes bien es conforme á su permision. Pues si todo es así, ¿á qué viene el valerse de esta ley para el presente caso? No lo alcanzo; y así saco por legítima consecuencia que ninguna de las tres leyes habla ni aun remotisímamente del caso propuesto: por cuyo motivo no se debe contraer á él su disposicion, y la interpretacion que les dieron los autores referidos es arbitraria.

19. Habiendo demostrado que el caso propuesto no está comprendido en las leyes 19, 23 y 25 de Toro, resta indagar si lo estará en la 26, que es la 10 del propio título y libro; y si estándolo, se deberá hacer con arreglo á ella la cuenta formada en el párrafo 14, que se observa en la práctica; y para proceder á esta indagacion, inserto sus mismas palabras: *Si el padre ó la madre, en testamento ó en otra cualquier última voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos, ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio y en el quinto, entiéndase que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cuantidad del dicho tercio y quinto y legítima de lo que debian haber de los bienes de su padre y madre y abuelos, y no en mas.* Esta ley contiene cuatro partes. La primera, suponiendo la facultad concedida por las precedentes al ascendiente legítimo para mejorar á alguno de sus descendientes, se dirige á mandar que si se hiciere donacion en vida ó legado en muerte, pues esta es donacion hecha en última disposicion segun derecho[1], se estime lo donado por mejora, aunque no lo exprese; lo cual entiendo, ya sea simplemente por mera liberalidad, ó por alguna causa, con tal que no sea necesaria, pues la ley no distingue; bien que algunos autores la entienden solamente de la donacion simple, y se colige de sus palabras, así como de las de la ley 29 que habla de las donaciones causales. La segunda, que al donatario se cuente por parte

1 LL. 6 tit. 6 y 1 tit. 9 part. 6, y § 1. Inst. *De legat.* L. *legatum est.* ff. *De legat.* 1 y 2.

de tercio y quinto de los bienes de su ascendiente lo que este le donó, en cuanto quepa en el mismo tercio y quinto de ella. La tercera, que hecha la donacion, no puede mejorar al donatario ni á otro en mas de lo que importaren el tercio y quinto juntos con lo donado, el cual se ha de contar é incluir en el valor de ellos. La cuarta, que si lo donado excediese al valor del tercio y quinto de los bienes del donante, valga hasta su importe y en el de su legítima, y no en mas. Pregunto ahora: ¿Habla del caso concreto en la disputa? Sí. ¿Prohibe la computacion y acumulacion expresadas en el párrafo 14? No; ántes quiere que se haga, ya porque manda que se cuente al donatario por parte de tercio y quinto de los bienes del donante lo que le donó (que esto es computar y acumular) para ver lo que resta de mejora, sin lo cual no se puede saber ni igualar á todos en sus legítimas; ya tambien porque prohibe al donante que pueda mejorar al donatario ó á otro en mas que en el exceso de lo que, contando é incluyendo lo donado, importe la mejora de los bienes que entregó en vida, y deja por su muerte, pues por la donacion general hecha por título lucrativo, no se entiende revocada la precedente particular, ántes sí esta restringe á aquella, y la limita al residuo del tercio y quinto[1], y esto significan sin violencia aquellas palabras: *Y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto.*... Así se entiende, y debe entenderse cuando principia en vida la mejora y la concluye en muerte, porque á mas de que la ley no hace distincion de tiempos, y cuando no distingue no debemos distinguir, se colige de sus últimos periodos: *de lo que debian haber de los bienes de su padre ó madre, abuelos, y no en mas.* Ahora bien: ¿se debe aplicar á legítimas lo donado simplemente? No: porque esta ley manda que se estime por mejora, y de hacer lo contrario se contraviene á ella. ¿Tienen derecho todos los hijos á los bienes íntegros de sus padres en concepto y con el título de legítima contra su voluntad? No: porque se permite á estos disponer del tercio á favor de algunos de ellos, y del quinto al de extraño, ó en otras cosas á su arbitrio. ¿Hay alguna ley que mande se cercene la mejora para que crezcan las legítimas, ó al contrario? No; porque todas quieren se dé á cada uno lo suyo, y á este fin fueron establecidas. ¿Será contra lo dispuesto en alguna por aplicar al mejorado en testamento el residuo íntegro de la mejora que le corresponde, considerada ó acumulada la donacion hecha á otro en vida por parte de ella? No; ántes bien se cumple con lo dispuesto en la 26. ¿Y se gravan por esto las legítimas diminutas de los hijos? Tampoco: porque nada de su importe se les quita, pues

1 Covar. *in Rubr. de testam.* part. 3 n. 19. Tello en la ley 17 de Toro n. 125. Angul. en la 9 tit. 6 gl. 10 n. 4.

les toca lo mismo que si su padre, en caso de no haber hecho la donacion, y de tener en su poder lo donado, mejora solamente por testamento en el todo de sus bienes á los dos, mandando llevase cada uno lo que habiendo donacion le toca. ¿Se debe deducir solamente la mejora de los bienes que el testador deja, y del importe de ella sacar el de lo donado, como quieren los autores contrarios á Tello? De ningun modo: 1.° porque ninguna ley lo manda, ántes bien de la 26 se prueba lo contrario: 2.° porque se restringe al testador la facultad que otras de Toro le dan para mejorar en vida y muerte en el tercio y quinto íntegros de todos sus bienes, y la que esta le concede para hacer donacion en vida, y mejorar en muerte hasta la cantidad que quepa en los del donante: 3.° porque seria notable absurdo hacer que los bienes entregados en el concepto de mejora se aplicasen á legítimas, y clara injusticia é iniquidad quitarlos al mejorado que ya los poseia como dueño, por darlos á los que no lo son, ni tienen el mas leve derecho á ellos, si no excede su valor á la legítima y mejora, atendidos los del mejorante unidos con ellos: 4.° porque debiendo cumplirse la voluntad de este en cuanto quiso que la mejora se dedujese con consideracion á lo donado, y á los que dejare, respecto haber principiado en vida á usar de la facultad que le conceden las leyes, y concluido en muerte, no solo no se cumple, sino que contra ella y contra el precepto de la ley 26 se perjudica al mejorado en testamento, lo cual es inicuo. Por estas razones, por no infringirse la ley 25 de Toro, respecto no quitarse al mejorado en vida cosa alguna de lo que ya es suyo, ni por consiguiente sacar de ello la mejora, como sucede haciendo la cuenta del modo explicado en el párrafo 13; por no prohibir esta ley ni otra la acumulacion de lo donado en vida con lo inventariado para hacer la computacion y deduccion; no venir al caso las leyes 19, 23 y 25, ni haber ley que mande se gire la cuenta como quieren los autores opuestos, ántes bien probarse lo contrario de la 26 de Toro, y ser esto preciso para igualar á todos en sus legítimas; y por lo demas expuesto en los párrafos anteriores, soy de opinion que la cuenta se debe girar en los términos explicados en el párrafo 14, que en la práctica de la corte es corriente; y de esta suerte se cumple la voluntad del donante, se observan las leyes, nada se quita á los mejorados, no se defraudan las legítimas necesarias de los hijos, y se procede con justificacion dando á cada uno lo que le toca.

20. Si el padre por contrato oneroso, v. g. casamiento, ó por el irrevocable, aunque no seo oneroso, mejoró expresa é indistintamente á un hijo en el tercio de todos sus bienes, y á cuenta de la mejora le entregó parte de ellos, ó si le hizo donacion *propter nuptias*, ú otra con causa que es conferible, y despues por última voluntad le mejoró en dicho tercio, ¿para la deduccion de la mejora se deberá ó no hacer la acumulacion verbal y numérica de lo entregado en vida al hijo, ó se ha de sacar solamente de los bienes que el testador deja por su muerte, y luego unir el residuo con lo entregado, para dividirlo todo igualmente entre todos los herederos como legítima? Esta dificultad la toca el sr. Castillo[1], como caso ocurrido en la real audiencia de Sevilla, la cual, segun dice, lo resolvió como el anterior, y defiende vigorosamente su decision, fundándose en la leyes 19 y 23, y mucho mas en la generalidad de la 25 que prohibe se saque mejora de las dotes y donaciones que se traen á colacion y particion. Contiene esta dificultad dos casos distintos, los cuales se deberán resolver de diverso modo, y no confundirse uno con otro. En cuanto á lo primero, digo: que el ser un hijo solo ó dos los mejorados, no muda el espíritu de las leyes ni la sustancia de la disposicion, y mucho ménos versando para su resolucion no solo iguales razones ó las mismas, sino otra superior, que es el ser mejora expresa (de que no se puede dudar), con entrega de parte de ella al mejorado en cuenta del total que le puede caber en vida y muerte; y si cuando es tácita, porque la finge la ley, se deben hacer la acumulacion y computacion referidas, con mayor razon siendo expresa se deberá acumular, porque cesa toda duda, y está clara la voluntad del mejorante, que principió en vida, como pudo, á poner en ejecucion la mejora, con entrega de parte de los bienes que la habian de componer, para que se concluya en muerte su entrega con lo que le falte, como si nada estuviera entregado. Ademas, no hay razon para que los entregados en este concepto muden el de aquel en que lo fueron, y se unan á los que se han de dividir como legítima, ni ley alguna lo manda, porque no son colacionables como las dotes y donaciones causales, ni para que á este efecto se quiten al que los tiene ya como suyos, pues esto seria clara injusticia. Agrégase á lo dicho que la entrega de parte de la mejora es donacion exenta expresamente de colacionarse como legítima, y la ley 26 incluye este caso, por cuanto dice: *Para que á él ni á otro no pueda mejorar mas &c.*; y así se debe practicar lo propio que en el precedente. Mas para hacer esta deduccion es de advertir, que respecto no haber mejora de quinto, se separarán previamente hasta en el importe de este, y no mas, de los bienes que el testador deje, y no de los entregados á cuenta del tercio, los gastos de su funeral, misas, entierro, legados y todo lo demas que, segun la ley 30 de Toro, corresponde deducir de él; y de lo que reste se hará la acumulacion y computacion, porque por el hecho de no haberlo mejorado en él, es visto haberlo reservado para disponer á su arbitrio de lo que importase. Separado que sea lo que se deduzca, si queda algo del

1 Cap. citado n. 59 y sig. en el lib. 5.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

quinto, se une al resto de los bienes inventariados, como que son de la herencia, los dejó el difunto, y mejoró en el tercio de todos; y junto todo con lo recibido á cuenta de este, se ve si el mejorado tiene ó no que tomar por su mejora, y si no le cabe todo en ella, que reciba el exceso en cuenta de legítima; y si nada sobra del quinto, tenga paciencia, y esta diferencia, de que no se acordó el sr. Castillo, es la única que hay de este caso al anterior, porque no hay mejora de quinto. Adviértase que si el testador hizo donacion simple á un hijo en vida, y despues por última disposicion le mejoró, y á otro en el tercio de sus bienes, partirán ambos igualmente el total de la mejora recibiendo en cuenta el donatario lo que en vida percibió; excepto que el mejorante mande que dividan con igualdad el importe de la mejora de los bienes que deje, y que el donatario lleve ademas lo que le ha donado, pues entónces percibirá esto mas que el otro de ella.

21. El segundo caso contenido en la dificultad propuesta es cuando el testador hizo donacion *propter nuptias*, ú otra conferible al hijo, y se le agregó, y despues le mejoró en el tercio. Entónces se hará la cuenta de otro modo, esto es, se deducirá únicamente la mejora de los bienes que por muerte del testador se encuentren sin cumular con ellos para su deduccion la precedente donacion causal que hizo y entregó al mejorado. Lo primero, porque esta se dió y anticipó en cuenta de legítima, y como tal es conferible para la igualdad; por lo que se debe unir solamente al acervo destinado para legítimas, por ser de una misma clase y naturaleza, y no deberse unir ni aplicar á un fin lo que se dió para otro. Lo segundo, porque de no practicarse así, se infringe la ley 25 de Toro que prohibe sacar el tercio y quinto de las donaciones precedentes que traen á colacion y particion, para que no sean defraudados los donatarios en sus legítimas: solo en cuanto al quinto se observará lo explicado en el párrafo anterior, así por lo respectivo á su deduccion, como á lo que de él se debe bajar, y demas expuesto; y en este caso es fundada la opinion del sr. Castillo, aunque ni en uno ni en otro toca cosa alguna acerca del quinto.

22. Si el padre teniendo, v. gr. cuatro hijos, entrega á cada uno por via de dote ó donacion *propter nuptias* su legítima corta en el concepto y con expresion de tal, quedándose solamente con tercio y quinto de los bienes que á la sazon posée, y despues mejora al uno de ellos, y no dejando al tiempo de su muerte mas bienes que aquellos con que se quedó, parece que la mejora se deberá deducir solamente de estos, y que por consiguiente no se hará computacion ni se unirán las legítimas entregadas para el giro de la cuenta, porque la mejora no se debe sacar de las dotes y donaciones que se traen á colacion y particion. No obstante se debe distinguir: si el padre al tiempo de

su entrega expresó que se quedaba con el tercio y quinto para disponer de ellos íntegramente con arreglo á derecho, y que los hijos habian de colacionar sus legítimas, y cumularse á efecto de deducirlos del mismo modo que si no se las hubiera entregado, se acumularán y sacarán de ellas el tercio y quinto, porque en este concepto las recibieron; mas si faltó la expresion referida, no, porque ya son suyas, y el padre no puede mejorar en los bienes agenos, por prohibirlo la 25 de Toro: y así sin embargo de que por la colacion se constituyen como de la herencia, esto es para la igualdad y no para deducir de ellas el tercio ni quinto, y que con su cumulacion sea mayor la mejora; por lo que el mejorado llevará el tercio y remanente del quinto del mismo tercio y quinto con que su padre se quedó, y el resto se dividirá igualmente entre todos.

23. Legando el ascendiente en última voluntad á su hijo ó descendiente ó á extraño el quinto de sus bienes, ó disponiendo de él á favor de su alma, ¿se deberá deducir solamente de los que se encuentran en su herencia cuando muere, ó tambien de los que colacionan los hijos por habérselos dado en vida? Parece que de todos se deberá deducir, por las razones siguientes: 1.ª porque debiéndose mezclar estos con ellos para igualarse los herederos, y reputándose unos mismos porque constituyen una herencia, es consiguiente que de todos se deduzca como de patrimonio del difunto: 2.ª porque aunque los hijos sean instituidos con desigualdad en el testamento, de modo que el padre deje mas á uno que á otro, aquel hijo que en vida recibió algo de su padre, está obligado á colacionarlo[1]: luego es claro que si el padre deja el quinto, debe ser aumentado y deducido de lo que el otro hijo trae á colacion: 3.ª porque por el hecho de conferirse las dotes y bienes donados se confunden y hacen de la herencia, del mismo modo que los que se encuentran en ella[2]; por consiguiente de los conferidos se ha de deducir igualmente que de los hereditarios, porque se consideran tambien de esta clase; y á no ser así, se coartaria indirectamente á los padres la libre y amplia potestad que la ley les concede para testar del quinto; la que no se les debe restringir: 4.ª porque el precepto de que se colacionen las dotes y donaciones á la herencia del que las dió ó hizo, no se limita á un solo efecto, ántes bien habla simple, general ó indistintamente, confundidos ya y mezclados los bienes colacionados con los hereditarios: luego no deben separarse unos de otros para la deduccion del quinto, sino hacerse esta de todos; pues si otra cosa quisiera el testador, la hubiera expresado: 5.ª porque cuando los padres dotan ó hacen donaciones á sus hijos ó hijas sin expresar cosa alguna, es con la tá-

1 Gom. en la ley 29 de Toro n. 5.
2 L. 3 § 1 ff. *De collat. bonor.* y ley *Si so-* | *ror.* Cod. *De collationib.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cita condicion de que las colacionen y traigan á la herencia que dejen, pues la ley con su precepto suple la falta de manifestacion de su voluntad; y la colacion se hace para que lo colacionado se divida, y los herederos sean igualados; y si de las dotes y donaciones no se pudiese deducir, hubiera sido superflua la disposicion de la ley 25 de Toro en contrario en cuanto al tercio y quinto cuando son mejora: por consiguiente cuando este no lo es, se debe deducir de todos. A pesar de todo lo expuesto, digo: que el quinto, ya lo debe el testador á un hijo como mejora ó legado, ó á extraño, ó disponga de él en otras cosas, debe deducirse únicamente de los bienes que tiene cuando muere, y no de los colacionados[1]. Lo primero, porque por lo mismo que los dió y el donatario ó dotada los recibió, salieron de su dominio y patrimonio, y pasaron al de estos; y así se debe entender que legó de otros, que de los que tenia al tiempo de su muerte como suyo: lo segundo, porque jamas se presume que ninguno dispone de lo ageno, sino de lo propio, porque no puede; y si legase el quinto de lo ya donado, testaria de lo que no es suyo, y está en poder de su dueño: lo tercero, porque la colacion inducida y preceptuada por derecho, es únicamente para igualar á los hijos, y que no sean perjudicados en su legítimo haber[2]; y si de los bienes colacionados se sacase el quinto, resultaria desigualdad, porque se les desfalcaba: lo cuarto, porque aunque se legue el quinto á un hijo, respecto á no ser legítima á que tenga derecho, es lo mismo para el caso que si se legara á extraño, con el cual no ha lugar la colacion[3]: lo quinto, porque el quinto es cuota de bienes como la legítima, para la cual se debe atender al tiempo de la muerte, por lo que se debe tener igual atencion para él; y lo sexto, porque para que se haga el cómputo de los colacionados, no milita la razon que cuando se hace donacion simple, pues esta se entiende parte de mejora, y en el exceso de legítima, y por este es colacionable; y no siéndolo el quinto, ni teniendo accion á él ningun hijo, cesa el motivo de hacer la colacion. Ademas, respecto á que sabia y debia saber el testador cuando hizo la donacion, que su única hacienda era el quinto, y que por consiguiente la quinta parte de lo donado era suya, y no obstante la donó, es visto haber querido por lo mismo que el donatario la llevase, y reservado únicamente para testar el quinto de los bienes que se hallasen cuando falleciese; por lo que los colacionados se entenderán entregados á los colacionantes en parte de legítima ó por via de mejora, segun sean, hayan intervenido ó no las causas para su donacion: esta debe entenderse, excepto que al tiempo de dar la dote ó hacer la donacion, exprese y conste en ellas que las han de colacionar y computar, para sacar de todo el cúmulo el quinto, y disponer de él á su arbitrio; pues en este caso habrá lugar la computacion y deduccion de su importe, igualmente que de los bienes inventariados por su muerte.

1 Tello en la ley 23 de Toro n. 2 vers. *Unde teneo.* Matienz. en la 7 tit. 6 gl. 2 n. 3. Angul. en ella gl. 2 n. 6 y en la 9 gl. 1 n. 8. Castill. lib. 4 *Controv.* y cap. 16 dichos, n. 52 y cap. 35 n. 45. Hermos. en dicha ley 3 tit. 4 part. 5 gl. 6 n. 84. Velasc. *De partit.* cap. 19 n. 6 al 17.

2 L. *Ut liberis.* Cod. *De collation.*

3 L. *A patre,* Cod. *De collat.* ibi *Extero jure.*

24. Para la conclusion de este capítulo resta examinar si en la computacion para deducir la mejora de tercio y quinto, se ha de incluir ó no la cuarta marital que el derecho concede á la viuda[1]. Digo, pues, que dicha cuarta no se ha de computar para la deduccion del tercio y quinto; ántes bien, como deuda legal y necesaria contra los bienes del marido, se debe bajar de estos primero que se haga la deduccion de la mejora, segun se practica con las demas deudas que deja cuando fallece, porque no es donacion que hace á su muger, sino débito que contrae á su favor en fuerza de la concesion legal por el derecho de casarse con ella siendo pobre, á cuyo importe adquiere derecho la muger en caso que no la asigne lo suficiente para sus decentes alimentos miéntras subsista[2]: lo cual se debe observar sin disputa cuando se contrajo ántes de hacer la mejora.

1 Los legisladores, considerando la miseria y desamparo de la viuda, y con el fin de mitigar su dolor, estimularla á que viviese castamente, y evitar que por la indigencia se prostituyese en desdoro y oprobio suyo y de su difunto marido, aunque no la concedieron alimentos, ni gravaron á los herederos de este con la obligacion de dárselos de sus bienes (á ménos que se los legue el marido, ó quede embarazada, ó miéntras la restituyen su dote), dispusieron justamente que si quedase tan pobre al tiempo de la muerte de su marido que no tuviese bienes propios con que alimentarse, ni este la dejase con que vivir segun su calidad, y sus hijos heredasen una cuantiosa herencia del padre, tuviese derecho á la cuarta parte de esta, como dije en el lib. 2 tit. 2 cap. 9 § último, con tal que no exceda de cien libras de oro (*a*). Esta cuarta marital corresponde á la viuda aun cuando con su trabajo pueda ganar el sustento, porque ademas de no ser este seguro, se la concede para consuelo de la pérdida de su esposo; y tambien la corresponde aun que despues adquiera bienes por otra parte, en razon de que se atiende al tiempo de la muerte del marido, y no al posterior, que es eventual. Tambien tiene derecho á ella, aun cuando el marido la legue el quinto, y mande que se contente con él, siempre que no alcance para su decente manutencion, porque es débito necesario. Pero este derecho á la cuarta marital no tiene lugar en los casos que se expresan en dicho cap. 9.

Con motivo de esta cuestion habla tambien aquí Febrero de varios efectos que produce la viudedad á favor de las mugeres, algunos de los cuales son bien extraños, y estan concebidos en términos chocantes, por ejemplo: *que la viuda no es ménos estimada que la vírgen, ni está distante de esta; que está reputada por mas liberal que las otras mugeres; que es una verdadera imágen de su marido; que goza de los rayos de honor y nobleza de este &c.* Prescindiendo de estos elogios extravagantes, me contraeré á los verdaderos privilegios de las viudas, y son los siguientes: 1.° les compete el fuero de su difunto marido, y gozan de las mismas prerogativas que este: 2.° en todo deben ser respetadas y honradas, como si su marido viviera: 3.° su testimonio ó deposicion prevalece al de otras mugeres: 4.° por la viudez no vuelven á caer bajo la potestad paterna: 5.° gozan de los privilegios concedidos á los pupilos y á las doncellas: 6.° les compete el beneficio de la restitucion *in integrum*, como personas miserables: 7.° deben determinarse sus causas sin estrépito ni figura de juicio, porque se reputan entre las sumarias y piadosas: 8.° pueden, ya sean actoras ó demandadas, pretender que las avoque á sí el soberano; y últimamente deben ser juzgadas con equidad y misericordia (*b*).

2 Tello en la ley 25 de Toro n. fin. vers. *Pro complemento.* Segur. in *Repetit. leg. cohaeredi,* § *Cum filiae,* fol. 30 col. 3 y 4. Gom. Arias en la 32 de Toro n. 19 al fin.

(*a*) *Cada una de estas libras hace sesenta y dos castellanos ó sueldos de oro, y cada uno de estos valia* 485 *maravedis de los presentes, segun Escobar* De ratiocin. *comput.* 1 *ns.* 16 *y* 17, *y comput.* 25.

(*b*) *La doctrina relativa ó los privilegios y penas de las viudas, puede verse en Bartolomé Bersano, que la tratá con extension.*

UNIVERSIDAD DE NAVARRA
BIBLIOTECA GENERAL DIGITAL

25. Si el marido mejoró irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio ántes de casarse segunda vez, parece que se computará la cuarta para deducir la mejora, y que despues de deducida esta, se sacará aquella del residuo, porque el mejorado ya tenia adquirido derecho á la mejora del total de los bienes de su padre cuando se volvió casar, y la viuda pobre no revoca las donaciones anteriormente hechas[1]. Sin embargo de esto no la disminuirá, pues aunque la donacion sea irrevocable, sirve solamente su irrevocabilidad para que el hijo no deje ya de ser mejorado, ni de percibir la mejora cuando fallezca su padre; mas no para disminuir la cuarta, porque esta es débito necesario contraido ántes de su muerte, y aquella se ha de graduar atendidos los bienes efectivos y propios del testador al tiempo que fallece; y como entónces ya está contraido el débito de la cuarta, y su importe como débito legal no es suyo sino de su viuda, por eso se debe sacar ántes que la mejora, ya sea hecha á hijo del anterior matrimonio ó del mismo[2]. Entiéndese lo dicho cuando no intervino entrega de parte de la mejora al mejorado ántes de casarse el mejorante, pues si la hubo no se cumulará ni computará su importe respecto á que cuando se contrajo el débito, ya era dueño el mejorado de lo que le habia donado, y no pudo estar obligado á las deudas del mejorante; por lo que se sacará únicamente la cuarta de los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte, y no de los que al de contraer matrimonio ya no eran suyos. En cuanto á si compete ó no al marido pobre la cuarta, véase lo que dije en el citado capítulo 9 título 2 libro 2 párrafo último. Por lo concerniente á si sucediendo este en ella, estará ó no obligado á satisfacer los gastos funerarios de su muger de lo que importe, ó se ha de deducir primero la cuarta para él, y luego el quinto, y de este pasarse; aunque hay variedad de opiniones[3], creo que primero se ha de sacar la cuarta que el quinto, por ser deuda y cosa agena. Y en órden á si la cuarta marital se debe ó no deducir de los bienes confiscados al marido, mi dictámen es que sí[4], porque es deuda contra ellos.

1 Corn. consil. 178 vol. 2. Socin. consil. 108 vol. 1. Greg. Lop. ibi gl 9.
2 Angul. en dicha ley 9 gl. 2 n. 9 al 11. Escobar. comput. 1 ns. 14 y 15.
3 Angul. ley 13 gl. 3 ns. 30 y 34.
4 Antunez Portugal *De donat. reg.* lib. 3 cap. 26 n. 11 al 16.

CAPITULO VIII.

De la obligacion que tienen los viudos ó viudas que pasan á segundas nupcias de reservar á los hijos ó descendientes legítimos de su primer matrimonio la propiedad de cierta clase de bienes.

1 Razon de tratarse aquí esta materia, y fundamento del derecho de reservacion.
2 y 3 Bienes que debe reservar la viuda que se casa segunda vez, y cómo en la particion solo debe aplicársela el usufruto de ellos, y no la propiedad.
4 La obligacion de reservar alcanza en los mismos términos al marido que sobrevive y pasa á segundas nupcias, debiendo adjudicársele solamente el usufruto de dichos bienes.
5 Se proponen y resuelven tres cuestiones que suelen ocurrir en esta materia. Primera. ¿Si el padre ó la madre que pasó á segundas nupcias sucediere á algun hijo del primer matrimonio, y falleciere dejando pendientes los frutos de los bienes de este hijo, cuya propiedad debia reservar á sus hermanos, se dividirán ó no entre su segunda muger y los hijos de ambos matrimonios, como gananciales, al modo que si ya los hubiera percibido?
6 Cuestion segunda. Si viviendo el padre y la madre casaron y dotaron á alguna hija de entrambos, muriere la madre, y despues de ella su hija abintestato sin sucesion, y el padre se volviese á casar, y teniendo otros hijos de aquel matrimonio, como tambien del segundo mejorase á alguno en el tercio y quinto de sus bienes, ¿esta mejora se deberá sacar íntegra de todos, inclusos los de la hija muerta que ya son suyos, y como hechos un cuerpo se confunden?
7 Cuestion tercera. Teniendo el padre dos hijos del primer matrimonio, si por haber muerto abintestato el uno que habia heredado á su madre recayeren sus bienes en el padre, este se volviere á casar, y despues el otro hermano suyo entero falleciere tambien, habiendo legado á algun extraño ó medio hermano el tercio de aquellos bienes suyos procedentes del herma no, cuya propiedad debia reservarle su padre por haberse casado segunda vez, y tambien el de todos los demas que poseia; ¿este tercio se ha de deducir del cúmulo de los bienes reservables del primer hermano muerto, ó solamente de los que el legante poseia como suyos por otro título?
8 La viuda que despues de la muerte de su marido vive licenciosamente, pierde la propiedad y el usufruto de los bienes que este la dejó, como tambien las arras y su mitad de gananciales.

1. Habiéndose tratado hasta ahora de los derechos hereditarios de los hijos legítimos, no será fuera de propósito instruir al contador acerca de la obligacion que tienen los viudos ó viudas que pasan á segundas nupcias, de reservar á los hijos ó descendientes legítimos de su primer matrimonio la propiedad de ciertos bienes. Para la debida inteligencia es de saber que por derecho antiguo incurrian en infamia y en otras penas las viudas que se volvian á ca-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

25. Si el marido mejoró irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio ántes de casarse segunda vez, parece que se computará la cuarta para deducir la mejora, y que despues de deducida esta, se sacará aquella del residuo, porque el mejorado ya tenia adquirido derecho á la mejora del total de los bienes de su padre cuando se volvió casar, y la viuda pobre no revoca las donaciones anteriormente hechas[1]. Sin embargo de esto no la disminuirá, pues aunque la donacion sea irrevocable, sirve solamente su irrevocabilidad para que el hijo no deje ya de ser mejorado, ni de percibir la mejora cuando fallezca su padre; mas no para disminuir la cuarta, porque esta es débito necesario contraido ántes de su muerte, y aquella se ha de graduar atendidos los bienes efectivos y propios del testador al tiempo que fallece; y como entónces ya está contraido el débito de la cuarta, y su importe como débito legal no es suyo sino de su viuda, por eso se debe sacar ántes que la mejora, ya sea hecha á hijo del anterior matrimonio ó del mismo[2]. Entiéndese lo dicho cuando no intervino entrega de parte de la mejora al mejorado ántes de casarse el mejorante, pues si la hubo no se cumulará ni computará su importe respecto á que cuando se contrajo el débito, ya era dueño el mejorado de lo que le habia donado, y no pudo estar obligado á las deudas del mejorante; por lo que se sacará únicamente la cuarta de los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte, y no de los que al de contraer matrimonio ya no eran suyos. En cuanto á si compete ó no al marido pobre la cuarta, véase lo que dije en el citado capítulo 9 título 2 libro 2 párrafo último. Por lo concerniente á si sucediendo este en ella, estará ó no obligado á satisfacer los gastos funerarios de su muger de lo que importe, ó se ha de deducir primero la cuarta para él, y luego el quinto, y de este pasarse; aunque hay variedad de opiniones[3], creo que primero se ha de sacar la cuarta que el quinto, por ser deuda y cosa agena. Y en órden á si la cuarta marital se debe ó no deducir de los bienes confiscados al marido, mi dictámen es que sí[4], porque es deuda contra ellos.

1 Corn. consil. 178 vol. 2. Socin. consil. 108 vol. 1. Greg. Lop. ibi gl 9.
2 Angul. en dicha ley 9 gl. 2 n. 9 al 11. Escobar. comput. 1 ns. 14 y 15.
3 Angul. ley 13 gl. 3 ns. 30 y 34.
4 Antunez Portugal *De donat. reg.* lib. 3 cap. 26 n. 11 al 16.

CAPITULO VIII.

De la obligacion que tienen los viudos ó viudas que pasan á segundas nupcias de reservar á los hijos ó descendientes legítimos de su primer matrimonio la propiedad de cierta clase de bienes.

1 Razon de tratarse aquí esta materia, y fundamento del derecho de reservacion.
2 y 3 Bienes que debe reservar la viuda que se casa segunda vez, y cómo en la particion solo debe aplicársela el usufruto de ellos, y no la propiedad.
4 La obligacion de reservar alcanza en los mismos términos al marido que sobrevive y pasa á segundas nupcias, debiendo adjudicársele solamente el usufruto de dichos bienes.
5 Se proponen y resuelven tres cuestiones que suelen ocurrir en esta materia. Primera. ¿Si el padre ó la madre que pasó á segundas nupcias sucediere á algun hijo del primer matrimonio, y falleciere dejando pendientes los frutos de los bienes de este hijo, cuya propiedad debia reservar á sus hermanos, se dividirán ó no entre su segunda muger y los hijos de ambos matrimonios, como gananciales, al modo que si ya los hubiera percibido?
6 Cuestion segunda. Si viviendo el padre y la madre casaron y dotaron á alguna hija de entrambos, muriere la madre, y despues de ella su hija abintestato sin sucesion, y el padre se volviese á casar, y teniendo otros hijos de aquel matrimonio, como tambien del segundo mejorase á alguno en el tercio y quinto de sus bienes, ¿esta mejora se deberá sacar íntegra de todos, inclusos los de la hija muerta que ya son suyos, y como hechos un cuerpo se confunden?
7 Cuestion tercera. Teniendo el padre dos hijos del primer matrimonio, si por haber muerto abintestato el uno que habia heredado á su madre recayeren sus bienes en el padre, este se volviere á casar, y despues el otro hermano suyo entero falleciere tambien, habiendo legado á algun extraño ó medio hermano el tercio de aquellos bienes suyos procedentes del herma no, cuya propiedad debia reservarle su padre por haberse casado segunda vez, y tambien el de todos los demas que poseia; ¿este tercio se ha de deducir del cúmulo de los bienes reservables del primer hermano muerto, ó solamente de los que el legante poseia como suyos por otro título?
8 La viuda que despues de la muerte de su marido vive licenciosamente, pierde la propiedad y el usufruto de los bienes que este la dejó, como tambien las arras y su mitad de gananciales.

1. Habiéndose tratado hasta ahora de los derechos hereditarios de los hijos legítimos, no será fuera de propósito instruir al contador acerca de la obligacion que tienen los viudos ó viudas que pasan á segundas nupcias, de reservar á los hijos ó descendientes legítimos de su primer matrimonio la propiedad de ciertos bienes. Para la debida inteligencia es de saber que por derecho antiguo incurrian en infamia y en otras penas las viudas que se volvian á ca-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sar dentro ó despues del año de su viudedad[1], como puede verse en el tratado de Bartolomé Bersano[2]; pero estan corregidas y suprimidas hoy por decreto canónico[3], y tambien por el real, como se prueba por la ley 4 tit. 2 lib. 10. Nov. Rec. que al principio dice: *Mandamos que las mugeres viudas puedan libremente casarse dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren, sin alguna pena, é sin incurrir en alguna infamia ella ni el que con ella casare, no obstante cualesquier leyes de Fuero y Ordenamientos, é otras cualesquier leyes que en contrario sean fechas y ordenadas, las cuales revocamos y anulamos.* Sin embargo, en todo lo concerniente al favor y utilidad de sus hijos, subsisten en su fuerza y vigor, por no ser propiamente penas, sino disposiciones favorables á los hijos de los matrimonios precedentes, para evitar que sean perjudicados, y que los de los posteriores se enriquezcan en su detrimento con los bienes que fueron del patrimonio de sus padres[4].

2. Entre las penas impuestas á las viudas que se volvian á casar, y tienen por principal objeto el beneficio de los hijos de sus anteriores matrimonios, es una el estar obligadas á reservarles la propiedad íntegra de todos los bienes de cualquier clase sin excepcion, que de sus respectivos padres hubieron en virtud de testamento ú otra última voluntad, ó de contrato en sanidad por título lucrativo, mas no por el oneroso; y así se las prohibe donarlos, enagenarlos y disponer de ellos entre los de los matrimonios ulteriores, y tambien entre extraños, pues todos son respectivamente para los de los precedentes[5]; por lo que si al tiempo de hacerse la particion estan casadas, se las han de aplicar dichos bienes en usufruto, ó el usufruto de ellos y no su propiedad.

3. En virtud de esta obligacion, si el marido deja á su muger algun legado genérico ó específico, ó fideicomiso, ó la dona arras ó joyas, ó hace otra donacion *propter nuptias*, debe reservarles en cualquier tiempo que se case, aun cuando sea fuera del año de su viudez, y ningun hijo tenga en el matrimonio segundo, todo lo líquido de su padre hubo y entró en su poder, y solo podrá gozarlo como mera usufrutuaria miéntras viva; pues por el hecho de volverse á casar pierde en pena el dominio y propiedad de todo ello; y así tampoco puede enagenar, gravar ni hipotecar lo inmueble, distribuirlo entre los hijos del marido de quien lo hubo, ni dejar mas á uno

1 L. ult. tit. 12 part. 4, y ley 5 tit. 3 part. 6. LL. 13 tit. 1 libro 3 del Fuero Real, y lib. 3 tit. 2 del Fuero Juzgo. LL. 1, 2 y 3 y Authent. *Eisdem. plenis.* Cod. *Secund. nupt.*
2 *De viduis.* cap. 3 q. 2.
3 Apostol. 1 ad Corinth cap. 7, y cap. penúl. y últ. *De secund. nupt.* Covar. in *Epitom. ad sponsalib.* part. 2 cap. 3 § 9 n. 4.
4 Morquech. *De divis. bonor.* lib. 4 cap. 12 ns. 40 y 41. Matienz. en la ley 3 tit. 1 lib. 5 gl. 2 n. 1.
5 LL. *Faeminae* 3 y *Cum aliis.* 4 Cod. *De secund. nupt.* L. *Mater quae.* Cod. *ad tertyllam.*

de estos que al otro, por lo que deben llevarlo y repartirlo con arreglo al testamento de su padre[1]; y si se dedujo del quinto, debe volver al mejorado en este de donde salió, y no á los demas herederos el residuo líquido de él; y al contrario habiendo salido del globo de la herencia, pues entre todos se ha de dividir en la forma expuesta, observando lo mismo en cuanto al padre, pues es recíproca la obligacion de ambos, y á la responsabilidad de todo estan tácita é indistintamente hipotecados todos los bienes maternos, presentes y futuros, aunque ella no los obligue expresamente[2]; y siendo muebles los que se han de reservar, deben estimarse por peritos electos por las partes, y la viuda constituir fianza de restituirlos[3]. Tambien tiene obligacion la madre de reservar los bienes que hubo de alguno de los hijos del primer matrimonio, bien por sucesion abintestato, como se dijo en el libro 2 título 2 capítulo 24 párrafo 2, bien por título particular de legado ó fideicomiso, provenientes de su padre, ya se case ántes, ya despues que muera el hijo, ó aunque ninguno haya fallecido, y lo habido fuere donacion de su padre hecha á dicho hijo, pues para el caso es lo mismo; en cuya atencion, si deja el quinto de sus bienes ú otro legado á los hijos de su segundo matrimonio, ó al padre de ellos, ó á un extraño, no se ha de deducir de las arras, joyas, ni demas que por título lucrativo adquirió de su primer marido, ni de lo que heredó abintestato de alguno de los de su anterior matrimonio, y este hubo de su padre, porque no son suyos sino de estos, y solo se deducirá de los que verdaderamente le pertenecen.

4. No solo esta impuesta á la madre la pena y obligacion de reservacion, sino tambien al padre que se vuelva á casar una ó mas veces, sin la mas leve diferencia ni distincion de cosas; y así es recíproca entre ambos, como lo ordena la ley 15 de Toro, que es la 7 tit. 4 lib. 10. Nov. Rec., y dice: *En todos los casos que las mugeres, casando segunda vez, son obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primer marido, ó heredado de los hijos del primer matrimonio; en los mismos casos el varon que casare segunda ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad de ellos á los hijos del primer matrimonio*: de manera que lo establecido cerca de este caso en las mugeres que casaren segunda vez, haya lugar en los varones que pasaren á segundo ó tercer matrimonio. Por lo que el padre tampoco puede enagenar ni disponer de los bienes de reservacion, y á su seguridad estan igualmente afectos é hipotecados los suyos propios[4]; y así para no estar obligado

1 L. 1 tit. 2 lib. 3 del Fuero Real.
2 L. 25 tit. 43 part. 5.
3 Gom. en la 15 de Toro n. 5.
4 L. *Generaliter*, 5 y ley *Si quis prioris.* 8 Cod. *De secund. nupt.* Gom. ibi n. 5.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

á ella, es necesaria la licencia del príncipe ó el consentimiento de su muger ó hijos, de que en el siguiente párrafo trataré.

5. Sentados estos principios generales, y supuesta la doctrina que sobre esta materia de reservacion expliqué en dicho capítulo 21 del título 2 lib. 2 á que me refiero, paso á resolver varias cuestiones dudosas que suelen ocurrir en las particiones sobre esta materia. 1.ª Si el padre ó la madre que pasó á segundas nupcias, sucediere á algun hijo del primer matrimonio, y falleciere dejando pendientes los frutos de los bienes de este hijo, cuya propiedad debia reservar á sus hermanos, ¿se dividirán ó no entre su segunda muger, y los hijos de ambos matrimonios, como gananciales, al modo que si ya los hubiera percibido? De ningun modo; ántes bien se deberán restituir á los hermanos enteros del muerto, con los bienes reservables que los produjeron, sin diferencia, sacados los gastos, y nada llevarán la viuda ni demas hijos del matrimonio segundo: lo primero, porque los frutos pendientes son parte de la finca que los produce, se conceptuan una misma cosa con ella, y se debe juzgar de ellos como de su propiedad: lo segundo, porque aunque tocan al padre que pasa á segundas nupcias, y debe gozar del usufruto de los bienes de los hijos de su anterior matrimonio, pero está obligado á reservarles su propiedad ilesa; y siendo los pendientes una misma cosa con esta, necesariamente deben seguirla, y por consiguiente pasar á quien aquella corresponde, y no á otro[1].

6. Cuestion segunda. Si viviendo el padre y la madre casaron y dotaron á alguna hija de entrambos, muere la madre, y despues de ella su hija abintestato sin sucesion (por cuya razon recae en el padre la herencia materna), y este se volviere á casar, y teniendo otros hijos de aquel matrimonio, como tambien del segundo, mejora á alguno, ya sea de este ó del primero, en el tercio y quinto de sus bienes; ¿esta mejora se deberá sacar íntegra de todos, inclusos los de la hija muerta, que ya son suyos, y como hechos un cuerpo se confunden y no se pueden distinguir ni separar? Respondo que no ha de practicarse así, pues solo debe sacarse de los bienes propios del padre que son los que por su parte dió en dote á su hija, y por muerte de esta volvieron luego á él; y asímismo de los demas que este adquirió por otro título; mas nada se ha de deducir de los que la hija hubo de su madre por su dote y herencia, porque estan sujetos á la reservacion que el padre debe hacer de ellos á los hijos de aquel matrimonio, los cuales deben dividirlos entre sí con arreglo al testamento materno[2].

1 Guid. consil. 170 part. 3. Casaneo *in Consuetudin. Burgundiae.* Rubr. 6 § 7 al fin fol. *mihi* 224. Avendañ. respons. 5 n. 5. Castill. *De usufruct.* dicho cap. 2 n. 38.

2 Castill. dicho cap. 2 n. 70.

7. Cuestion tercera. Teniendo el padre dos hijos del primer matrimonio, si por haber muerto abintestato el uno que habia heredado á su madre, recayeren sus bienes en el padre, este se volviere á casar, y despues el otro hermano suyo entero falleciere tambien habiendo legado á algun extraño ó medio hermano el tercio de aquellos bienes suyos procedentes del hermano, cuya propiedad debia reservarle su padre por haberse casado segunda vez, y tambien el de todos los demas que poseia; ¿este tercio se ha de deducir del cúmulo de los bienes reservables del primer hermano muerto, que si el segundo viviera serian para él en propiedad, ó solamente de los que el legante poseia como suyos por otro título? Aunque á primera vista parece que de todo deberá deducirse, porque todos corresponden al legante, los unos en propiedad y usufruto, y los otros en propiedad solamente miéntras vive su padre, sin embargo lo contrario es lo seguro; y así se deducirá únicamente de los que este hijo último heredó por sí de su madre, ó que por título le competen, cuya propiedad y usufruto gozaba, y no de los reservables; porque por muerte de este último hijo se resolvió en plena propiedad el usufruto de sus bienes que competia á su padre; y por haber cesado la causa de reservacion de la propiedad, cesó tambien la pena de privacion. Así que no pudo disponer del tercio de su importe, porque en el instante que falleció, se hicieron absolutamente de su padre; pues para que haya lugar esta pena, se requieren dos cosas: la una, que el viudo pase á otras nupcias; y la otra, que existan hijo ó hijos ó descendientes del anterior matrimonio, á quien hayan de pasar los bienes reservables; y faltando una de ellas, no há lugar. Ademas, la reservacion no se estableció á favor de otros que de los mismos hijos ó descendientes; por lo que si el hijo no poseia mas bienes, será ineficaz en él todo el legado[1]; bien que Escobar[2] es de contrario sentir.

8. Ultimamente, debo advertir al contador que si la viuda despues de la muerte de su marido vive lujuriosamente, ya sea dentro ó fuera del año de su viudedad, pierde la propiedad y usufruto de los bienes que su marido la dejó por via de herencia, legado ó donacion graciosa: la tutela de sus hijos, las arras que le dió ú ofreció, y la facultad de testar que la concedió, como tambien la mitad de gananciales que durante su matrimonio adquirió, si existen hijos de este; á los cuales, y no á ella, se debe aplicar todo en dicho caso, porque milita igual ó superior razon que si se volviera á casar, y

1 Paul. consil. 67 al fin. vol. 1. Alex. cons. 66 vol. 3. Bertrand. consil. 133 vol. 1 in *Novis.* y consil. 263 vol. 3. Aimon consil. 36. Anchar. consil. 278. Tello en la ley 6 de Toro ns. 67 y 68. Avendañ. en ella gl. 10 n. 2.

2 *De ratiocin.* comp. 1 n. 20 al 22.

no debe ser de mejor condicion la incontinencia y lujuria de la viudedad, que la castidad del matrimonio segundo: lo cual no procede para con su marido, segun he dicho en otra parte.

CAPITULO IX.

Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de los hijos legitimados é ilegítimos, para la sucesion testamentaria de sus padres.

1 Razon de tratarse aquí este asunto.
2 Los hijos legitimados por el siguiente matrimonio, no se diferencian de los legítimos; y así acerca de ellos debe tener presente el contador cuanto se ha dicho acerca de los últimos.
3 El legitimado por merced del soberano no puede concurrir con los hijos legítimos á la herencia paterna ó materna.
4 Derechos hereditarios del hijo natural. Cuando el padre le deja el quinto para alimentos, y hace ademas algunos legados, se deducirán estos de dicho quinto, si alcanza para todo; pero si no, se deducirán solamente los gastos del funeral, y no valdrán los legados.
5 Diferencia que hay entre el padre y la madre respecto á la sucesion hereditaria del hijo natural.
6 No solo puede el padre dejar á sus hijos naturales todos sus bienes, á falta de legítimos, sino tambien el abuelo paterno á sus nietos naturales.
7 Lo dicho en los párrafos anteriores sobre la sucesion de los hijos naturales á su padre y ascendientes paternos, tiene lugar en estos respecto de aquellos.
8 Observaciones acerca de los otros hijos ilegítimos llamados espurios.
9 El hijo de adúltera, cuando esta incurre por el adulterio en pena de muerte natural, no puede suceder á la madre por testamento ó abintestato.
10 El hijo de hombre casado y muger libre, puede suceder á su madre por testamento y abintestato, aunque esta tenga ascendientes legítimos.
11 Los incestuosos pueden heredar á sus madres á falta de legítimos por las razones que allí se expresan.
12 y 13 Nada pueden heredar de sus padres los hijos de clérigo, fraile ó monja profesa.
14 Si el clérigo dejare á su nieto, existente en poder de su padre espurio, el usufruto de sus bienes, no se anulará la institucion, ántes bien percibirá dicho nieto el usufruto.

1. Hasta ahora se ha tratado de la division de la herencia del que murió testado entre sus descendientes legítimos. Como á falta de ellos suelen suceder con preferencia á los ascendientes algunos ilegítimos, diré á cerca de estos lo que crea conducente para instruccion del contador, sin repetir la doctrina que dejo sentada sobre esta materia en el libro 2 título 2 capítulo 6, adonde me remito, ciñéndome aquí á lo puramente preciso para seguir la debida serie en los trámites de la particion.

2. En el tomo 1 título 3 capítulo 2, tratando de las legitimaciones se dijo que los hijos naturales pueden legitimarse de dos modos, á saber: 1.° por el siguiente matrimonio de sus padres: 2.° por decreto de los cuerpos legislativos cuya gracia puede alcanzar tambien á los espurios, y entónces se llama *dispensacion*. Esto supuesto, los legitimados por el siguiente matrimonio no se diferencian de legítimos, y así heredan con estos, si los hubiese, tanto por testamento como abintestato, segun se dijo en el libro 2 título 2 capítulo 3, desde el párrafo 2 hasta el 7; y así acerca de estos debe tener presente el contador cuanto se ha dicho sobre los legítimos.

3. El legitimado por rescripto del legislador no puede concurrir á la herencia paterna ó materna con los legítimos, segun la ley 12 de Toro, ó 7 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec., citada en el capítulo 6 del título 2 libro 2 párrafo 3, la cual dice así: *Si alguno fuere legitimado por rescripto ó privilegio nuestro ó de los reyes que de nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres ó madres ó de sus abuelos, y despues su padre ó madre ó abuelos ovieron algun hijo ó nieto, ó descendiente legítimo, ó de legítimo matrimonio nacido, ó legitimado por siguiente matrimonio, el tal legitimado no puede suceder con los tales hijos ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres, ni de sus ascendientes abintestato ni ex testamento; salvo si sus padres ó madres ó abuelos, en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podian mandar por su ánima, le quisieren alguna cosa mandar, que hasta en la dicha quinta parte bien permitidos que sean capaces, y no mas.* A falta de descendientes legítimos puede el testador instituir heredero al legitimado por privilegio, aun cuando tenga padre ó ascendientes legítimos, segun dije en el capítulo 6 título 2 libro 2, párrafo 3 y siguientes, porque en este caso el legitimado es tenido por legítimo; á ménos que el privilegio de la legitimacion se coarte á suceder *sin perjuicio de los ascendientes.*

4. Tambien puede el padre instituir heredero á su hijo natural no legitimado á falta de legítimos, aun cuando tenga ascendientes, segun se puede ver en el citado capítulo 6, párrafos 10, 11 y 12; de suerte que el hijo natural es heredero absoluto de su padre, mediante su voluntad, y no en otra forma, á falta de legítimos descendientes[1], y de justicia debe darle alimentos en caso de que no tenga con que subsistir. Lo mismo podrá hacer el padre aunque tenga descendientes legítimos, si estos renuncian sin fraude su herencia[2], porque para el caso es igual no haberlos, que aun cuando los haya no puedan ó no quieran sucederle[3]. Lo dicho debe tambien entenderse res-

1 Por derecho comun solo se les podia dejar la sexta parte de la herencia.
2 Greg. Lop. en la ley 8 tit. 13 part. 6 gl. 3. Matienz. en la ley 9 tit. 8 lib. 5 R. gl. 1 n. fin.
3 L 1 § *Qui habebat.* ff. *De bonor. possess. contra tab.*

no debe ser de mejor condicion la incontinencia y lujuria de la viudedad, que la castidad del matrimonio segundo: lo cual no procede para con su marido, segun he dicho en otra parte.

CAPITULO IX.

Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de los hijos legitimados é ilegítimos, para la sucesion testamentaria de sus padres.

1 Razon de tratarse aquí este asunto.
2 Los hijos legitimados por el siguiente matrimonio, no se diferencian de los legítimos; y así acerca de ellos debe tener presente el contador cuanto se ha dicho acerca de los últimos.
3 El legitimado por merced del soberano no puede concurrir con los hijos legítimos á la herencia paterna ó materna.
4 Derechos hereditarios del hijo natural. Cuando el padre le deja el quinto para alimentos, y hace ademas algunos legados, se deducirán estos de dicho quinto, si alcanza para todo; pero si no, se deducirán solamente los gastos del funeral, y no valdrán los legados.
5 Diferencia que hay entre el padre y la madre respecto á la sucesion hereditaria del hijo natural.
6 No solo puede el padre dejar á sus hijos naturales todos sus bienes, á falta de legítimos, sino tambien el abuelo paterno á sus nietos naturales.
7 Lo dicho en los párrafos anteriores sobre la sucesion de los hijos naturales á su padre y ascendientes paternos, tiene lugar en estos respecto de aquellos.
8 Observaciones acerca de los otros hijos ilegítimos llamados espurios.
9 El hijo de adúltera, cuando esta incurre por el adulterio en pena de muerte natural, no puede suceder á la madre por testamento ó abintestato.
10 El hijo de hombre casado y muger libre, puede suceder á su madre por testamento y abintestato, aunque esta tenga ascendientes legítimos.
11 Los incestuosos pueden heredar á sus madres á falta de legítimos por las razones que allí se expresan.
12 y 13 Nada pueden heredar de sus padres los hijos de clérigo, fraile ó monja profesa.
14 Si el clérigo dejare á su nieto, existente en poder de su padre espurio, el usufruto de sus bienes, no se anulará la institucion, ántes bien percibirá dicho nieto el usufruto.

1. Hasta ahora se ha tratado de la division de la herencia del que murió testado entre sus descendientes legítimos. Como á falta de ellos suelen suceder con preferencia á los ascendientes algunos ilegítimos, diré á cerca de estos lo que crea conducente para instruccion del contador, sin repetir la doctrina que dejo sentada sobre esta materia en el libro 2 título 2 capítulo 6, adonde me remito, ciñéndome aquí á lo puramente preciso para seguir la debida serie en los trámites de la particion.

2. En el tomo 1 título 3 capítulo 2, tratando de las legitimaciones se dijo que los hijos naturales pueden legitimarse de dos modos, á saber: 1.° por el siguiente matrimonio de sus padres: 2.° por decreto de los cuerpos legislativos cuya gracia puede alcanzar tambien á los espurios, y entónces se llama *dispensacion*. Esto supuesto, los legitimados por el siguiente matrimonio no se diferencian de legítimos, y así heredan con estos, si los hubiese, tanto por testamento como abintestato, segun se dijo en el libro 2 título 2 capítulo 3, desde el párrafo 2 hasta el 7; y así acerca de estos debe tener presente el contador cuanto se ha dicho sobre los legítimos.

3. El legitimado por rescripto del legislador no puede concurrir á la herencia paterna ó materna con los legítimos, segun la ley 12 de Toro, ó 7 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec., citada en el capítulo 6 del título 2 libro 2 párrafo 3, la cual dice así: *Si alguno fuere legitimado por rescripto ó privilegio nuestro ó de los reyes que de nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres ó madres ó de sus abuelos, y despues su padre ó madre ó abuelos ovieron algun hijo ó nieto, ó descendiente legítimo, ó de legítimo matrimonio nacido, ó legitimado por siguiente matrimonio, el tal legitimado no puede suceder con los tales hijos ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres, ni de sus ascendientes abintestato ni ex testamento; salvo si sus padres ó madres ó abuelos, en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podian mandar por su ánima, le quisieren alguna cosa mandar, que hasta en la dicha quinta parte bien permitidos que sean capaces, y no mas.* A falta de descendientes legítimos puede el testador instituir heredero al legitimado por privilegio, aun cuando tenga padre ó ascendientes legítimos, segun dije en el capítulo 6 título 2 libro 2, párrafo 3 y siguientes, porque en este caso el legitimado es tenido por legítimo; á ménos que el privilegio de la legitimacion se coarte á suceder *sin perjuicio de los ascendientes.*

4. Tambien puede el padre instituir heredero á su hijo natural no legitimado á falta de legítimos, aun cuando tenga ascendientes, segun se puede ver en el citado capítulo 6, párrafos 10, 11 y 12; de suerte que el hijo natural es heredero absoluto de su padre, mediante su voluntad, y no en otra forma, á falta de legítimos descendientes[1], y de justicia debe darle alimentos en caso de que no tenga con que subsistir. Lo mismo podrá hacer el padre aunque tenga descendientes legítimos, si estos renuncian sin fraude su herencia[2], porque para el caso es igual no haberlos, que aun cuando los haya no puedan ó no quieran sucederle[3]. Lo dicho debe tambien entenderse res-

1 Por derecho comun solo se les podia dejar la sexta parte de la herencia.
2 Greg. Lop. en la ley 8 tit. 13 part. 6 gl. 3. Matienz. en la ley 9 tit. 8 lib. 5 R. gl. 1 n. fin.
3 L 1 § *Qui habebat.* ff. *De bonor. possess. contra tab.*

pecto de la madre cuando hay descendientes legítimos, de modo que existiendo estos, solo pueden dejar al hijo natural el quinto de sus bienes, del cual puede disponer este á su arbitrio, excepto en tres casos, que se especificaron en el citado capítulo 6, párrafo 19; siendo de advertir que si el padre deja á su hijo ilegítimo el quinto para alimentos, y ademas hace algunos legados pios ó graciosos, y el quinto alcanza para todo, se deducirán estos de él; pero si no, sacarán únicamente los gastos de su funeral y entierro, y los legados, aunque sean piadosos, no valdrán, porque el derecho de los alimentos es débito necesario, y no los otros legados [1].

5. La diferencia que hay entre el padre y la madre respecto de los hijos naturales es, que si esta, careciendo de legítimos, no hace mencion de ellos en su testamento, ó los deshereda injustamente, pueden romperle ó anularle del mismo modo que los legítimos. Al contrario si el padre los excluye expresamente de la sucesion á sus bienes, ó los deshereda, á nada tienen derecho ni les compete accion alguna contra su testamento, segun dije en dicho capítulo 6, párrafos 10 y 11. Esta diferencia se funda en tres razones: 1.ª porque está decidido expresamente en derecho que á falta de hijos legítimos sean herederos forzosos ó legítimos de la madre [2], mas no del padre: 2.ª porque así como la suceden por testamento y abintestato, segun la ley citada, así tambien deben sucederla contra testamento, por la pretericion ó injusta desheredacion: 3.ª porque respecto de su padre son llamados por derecho en cierta parte y porcion solamente, que es en lo que quiera dejarles [3]; pero respecto de la madre, simple y absolutamente en todos sus bienes, como sus legítimos herederos á falta de descendientes legítimos [4].

6. No solo puede el padre dejar á sus hijos naturales todos sus bienes á falta de legítimos, sino tambien el abuelo paterno á sus nietos naturales, hijos de hijo legítimo, y á los nacidos de hijo natural, aunque tenga ascendientes legítimos, v. g. bisabuelos; porque si tiene facultad para dejarlos á los hijos, en quienes se supone mas vicio y óbice por la liviandad y torpeza de sus padres, con mayor razon á los nietos, en quienes no se considera tanta [5]; y por consiguiente si se les dejare, los heredarán sin que nadie tenga accion á disputárselos.

7. Lo que queda expuesto en órden á la sucesion de los hijos naturales para con su padre y ascendientes paternos, há lugar en estos respecto de aquellos; por lo que en el mismo derecho y parte en que los hijos y nietos naturales suceden á su padre y abuelo paterno por testamento (y lo mismo abintestato), suceden estos á aquellos,

1 Gom. en la ley 9 de Toro n. 40 al fin.
2 L. 5 tit. 20 lib. 10 N. R.
3 L. 6 del mismo tit. y lib.
4 Gom. en la ley 9 de Toro n. 12.
5 L. fin. Cod. *De naturalib. liber.* Gomez. la ley 10 de Toro n. 7.

como se prueba por las siguientes palabras de la ley 8 tit. 13 Part. 6, cerca del fin: *Otrosí decimos que en aquella misma manera que el fijo natural puede é debe heredar á su padre en los bienes de él, é aprovecharse de ellos, así como sobre dicho es, que en esa misma manera puede heredar el padre en los bienes del tal fijo, é ayudarse de ellos*: pues así como entre los padres é hijos legítimos es recíproca la sucesion y causa de alimentos, del mismo modo debe serlo entre los naturales [1].

8. Por lo que hace á los otros ilegítimos, que se llaman propiamente espurios, no pueden suceder por testamento ni abintestato al padre, directa ni indirectamente, haya ó nó hijos legítimos; de suerte que ni tienen derecho á pretender la herencia, ni á quejarse de la pretericion, ni aun cuando sean instituidos herederos pueden percibirla, ántes bien pasará á los parientes mas cercanos del difunto [2]. La razon es, porque ademas de traer orígen de una cópula reprobada por derecho, no se pueden contar entre los hijos por la incertidumbre de su filiacion; bien que por equidad se les deben los alimentos, como dije en otra parte. Respecto de la madre hay diferencia, pues á falta de hijos legítimos la heredará el espurio, así por testamento como abintestato; excepto en los dos casos que se expresan en dicho capítulo 6, párrafo 15. Mas como allí no se desenvolvió lo bastante esta doctrina, reservando su aclaracion para este lugar, diré lo que se observa acerca de cada uno de estos espurios.

9. Los que nacen de muger casada, ya sea ó no consanguínea del adúltero, no heredarán á sus madres por testamento ni abintestato aunque carezcan de legítimos, y solo podrán legarles el quinto de sus bienes, como lo dice la ley 9 de Toro, ó 5 tit. 20 lib. 10. Nov. Rec.: *Salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos no puedan heredar á sus madres ex testamento ni abintestato; pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de la que podian disponer por su alma; y de la tal parte, despues que la ovieren, puedan disponer en su vida ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren. Y queremos y mandamos que entónces se entienda y diga dañado y punible ayuntamiento cuando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural.* De los siete casos en que la muger casada incurre por el adulterio en pena de muerte natural trata Matienzo [3].

10. Siendo hijos de hombre casado y muger libre, aunque si esta es pública concubina suya, merecen ser castigados los dos, pero como

1 Gom. en la ley 10 de Toro n. 7. Gom. Arias en la 9 de Toro n. 7.
2 Véase lo que acerca de esto dije en una nota al párrafo 14 cap. 6 tit. 2 lib. 2 don. de hice ver la contradiccion en que incurrió Febrero; como tambien otra en cuanto á la obligacion de alimentar el padre a los hijos espurios, segun puede verse en una nota al párrafo 16 del mismo capítulo.
3 En la ley 7 tit. 8 lib. 5 R. gl. 11.

no se les impone pena de muerte, sin embargo de ser ayuntamiento dañado, parecen podrán suceder á sus madres por testamento y abintestato, no obstante que tengan ascendientes legítimos, segun la misma ley 9 de Toro, que así lo ordena. Al padre no pueden suceder sino en el quinto por via de alimentos, porque no son hijos naturales á quienes pueda, á falta de legítimos, dejar sus bienes, sino espurios, por cuanto al tiempo de su generacion y nacimiento estaba imposibilitado de casarse con su madre. Esta es la opinion de varios respetables autores, á la cual me inclino; pues la ley 10 tit. 13 Part. 6, que no está derogada ni corregida por otra posterior, dice terminantemente: *Nascido seyendo de fornicacion ó de incesto ó de adulterio, este atal non puede ser llamado fijo natural, ni debe heredar ninguna cosa de los bienes de su padre*: por consiguiente tampoco podrá este espurio heredar á sus parientes paternos.

11. Los nacidos de hombre y muger consanguíneos, ya sean nefarios ó incestuosos (que es ayuntamiento dañado tambien, aunque no punible como el de la casada), heredarán á sus madres por testamento y abintestato en defecto de legítimos: lo primero, porque por el acceso no incurre en pena de muerte; y lo segundo por la generalidad de dicha ley 9 de Toro, que al principio dice: *Los hijos bastardos ilegítimos de cualquier calidad que sean:* y mas abajo prosigue: *y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos ó descendientes que tuviere naturales ó espurios, por su órden y grado, le sean herederos legítimos ex testamento y abintestato*[1]: bien que algunos[2] dicen lo contrario, fundados en la exclusion que de los incestuosos hace la ley 11 tít. 13 Parte. 6, ibi: *Fueras ende si fuese tal hijo como el que llaman en latin incestuoso:* y en la final tít. 18 Part. 7, que impone pena de adulterio á los que sabiendo son parientes cometen el incesto, que es al hombre la de muerte, y á la muger la de azotes, reclusion y pérdida de su dote y arras, excepto que se prostituya á su siervo. Pero yo me adhiero á la opinion de Gomez, porque á mas de la generalidad de la ley 9 de Toro, por la que es visto corregir las de Partida, concurre el que esta ley constituye á los hijos herederos de su madre, cuando por tenerlos no incurrió en pena de muerte: es así que por el derecho de las Partidas no incurre en ella por el adulterio, como el hombre, segun la ley penúlt. tít. 17 part. 7: luego aunque por la final del 18 se la impone la de adulterio, no siendo, como no es, la de muerte, la heredarán, porque se conceptúa haber querido que cada uno

1 Gom. en dicha ley 9 de Toro n. 14 vers. *Tertio infero.*
2 Greg. Lop. en la ley penult. tit. 13 part. 6 gl. 9 vers. *Hodie per leges.* Matienz. en la 7 tit. 8 lib. 5 gl. 11 ns. 1 y 2. Acev. en ella n. 44. Velazquez de Avendañ. en la 9 de Toro gl. 2 n. 4 y gl. 8 n. 8, y allí Tello n. 6.

sufriese la que por este delito le estaba impuesta, y no precisamente la de muerte, como el hombre. A su padre sucederán por testamento en el quinto, como cualquiera extraño; mas no abintestato, porque sin dispensacion no podia casarse con su madre al tiempo que los procreó, ni les concede derecho á sus bienes[1].

12. Los hijos de clérigo ordenado *in sacris* en nada deben suceder por testamento ni abintestato á sus padres, ni tampoco haber de ellos ni sus parientes cosa alguna por via de legado y donacion, ni aun con título de venta que les hagan, ni por consiguiente ser sustituidos pupilarmente de otro hijo legítimo impúbero, porque esta sustitucion es segunda institucion directa, segun se prueba de las leyes 4 y 5 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec. Y aunque el padre diga en su última disposicion que les deben frutos, dinero ú otra cosa, no estan obligados sus herederos á entregársela, excepto que lo acrediten por otro medio legal, por que se presume que lo hace por beneficiarlos, perjudicar á sus herederos, y defraudar la ley[2]. Esta prohibicion no se amplía á los hijos de clérigo de menores que goza beneficio eclesiástico, porque dejando y perdiendo el beneficio, puede casarse con su madre, y por el coito no se impone pena civil á uno ni otro, como dice Matienzo[3] citando otros, y es lo corriente. El nieto de clérigo *in sacris*, hijo legítimo y natural de su hijo espurio, bien puede ser instituido (ya su padre viva, ó esté muerto) por el clérigo su abuelo, no siéndolo por contemplacion de su padre, porque esta ley habla solamente de los hijos, y no se extiende á los nietos[4].

13. Asimismo no pueden heredar cosa alguna de sus padres los hijos de monjas, frailes y freiles profesos, segun previene la citada ley 5 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec.; y de consiguiente tampoco deberán llevar cosa alguna de sus parientes por testamento, abintestato, ni por contrato[5], como se prueba de la expresada ley 9 de Toro, que manda se observe con los hijos de estos lo que la próxima inserta ordena acerca de los de clérigos. De modo que los hijos ilegítimos ó espurios en todos casos pueden heredar á sus madres, excepto en tres: el primero, si tienen hijos legítimos: el segundo, si la madre por tenerlos ilegítimos incurre en pena de muerte; y el tercero, si son hijos de monja profesa: con la advertencia, de que en los dos primeros les pueden dejar el quinto, pero en el tercero nada.

14. Si el clérigo deja á su nieto, existente en poder de su padre espurio, el usufruto de sus bienes, parece que no valdrá la disposi-

1 Com. ibi vers. *Patri vero.*
2 L. 3 tit. 14 part. 3. L. *Qui testam.* 27 ff. *De probat.*
3 Gl. fin. de la ley 7 tit. 8 lib. 5 R.
4 Covar. cap. 8 § 5 n. 14. Cifuent. en la ley 9 de Toro n. 7. Gom. en ella n. 17. Matienz. en la 6 tit. 8 lib. 5 gl. 8 n. 24. Dueñ. regul. 36 limitat. 2 al fin.
5 L. 2 § 1 ff. *De admin. test. ad civit. pertinent.* ley *Sed plures*, § *In arrogato*, ff. *De vulgar. et pupillar. substitut.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cion estando el nieto bajo la patria potestad, porque siendo su padre incapaz de haberlo por su propia persona, del mismo modo lo será por interposicion de otra. Sin embargo, lo cierto es que la institucion no se anula, ni el padre adquiere para sí el usufruto, ántes bien lo hace suyo el nieto, por ser visto y presumirse que el tertador así lo quiso y dispuso, para que fuese valedero, y no inútil el acto: porque aunque por derecho antiguo todo cuanto adquiria el hijo era para su padre, y nada podia quedar en él, aun cuando quisiese el donante ó testador; por derecho nuevo ó posterior adquiere el hijo la propiedad y dominio de lo donado, y el padre el usufruto solamente, á ménos que lo prohiba el testador ó donante[1]; por lo que, no pudiendo adquirirlo el padre por su incapacidad, lo adquiere el hijo, y en él se queda por tácita voluntad del testador[2]. De suerte que los nietos del hijo espurio, quiero decir, que el procedente de la hija espuria, ó de la muger de hijo espurio, puede ser instituido heredero, con tal que el testador abuelo no tenga prole legítima, que no intervenga incesto, y que no se haga la institucion por contemplacion del hijo ó hija espurios[3] (*).

1 Authont. *Excipitur.* Cod. *De bonis quae liber.*
2 Paul. in leg. *Gallus.* § *Quid si his.* ff. *De liber. et posthum.* Gom. en la ley 9 de Toro n. 17 vers. *Sed dubium.* Matienz. en la 6 tit. 8 lib. 5 gl. 8 n. 25.
3 Lara *Compendio vitae homin.* en el cap. 5.
(*) Acerca de los hijos adoptivos véase lo que se dijo en el cit. cap. 6, párrafos 8 y 9.

CAPITULO X.

Observaciones acerca de la sucesion por testamento de los ascendientes á sus legítimos descendientes. ¿De qué parte de sus bienes podrán estos disponer en perjuicio de aquellos: si de ella se han de sacar ó no los gastos de su funeral y legados; y últimamente, si tendrá lugar la colacion entre los ascendientes?

1 Derechos hereditarios de los ascendientes.
2 En esta sucesion no se debe hacer diferencia ni separacion de bienes entre los ascendientes.
3 Excepcion acerca de los bienes troncales.
4 Entre los ascendientes no tiene lugar la representacion cuando se trata de suceder á los descendientes.
5 Los descendientes pueden disponer del tercio en perjuicio de sus ascendientes, é imponer en él las condiciones que quieran. Este tercio se entiende de lo líquido, deducidas ante todas cosas las deudas que haya contra el caudal del descendiente.
6 hasta el 9 Si los gastos del funeral y entierro del descendiente, misas que manda celebrar y legados que hace, ¿se han de deducir ó no del tercio de que dispone, ó del cuerpo de los bienes que deja?
10 Entre los ascendientes no tiene lugar la colacion, como entre los descendientes.

1. Así como son herederos forzosos de los ascendientes sus descendientes legítimos, lo son aquellos de estos, no solo abintestato sino por testamento[1]; de modo que no interviniendo y probándose alguna de las ocho causas legales que expliqué en el libro 2 título 2 capítulo 13 párrafo 10, no pueden exheredarlos; pues por derecho deben ser instituidos, y sucederles en todos sus bienes libres y partibles de cualquiera calidad que sean, sin excepcion de adventicios, profecticios, castrenses ni casicastrenses, no teniendo hijos ú otros legítimos descendientes, ó que hayan derecho de heredarlos, segun se prueba de la ley 6 de Toro, que es la 1 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec. que su primera parte dice: *Los ascendientes legítimos por su órden y línea derecha sucedan ex testamento y ab intestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos ó que hayan derecho de los heredar.*

2. En esta sucesion no se debe hacer diferencia ni separacion de bienes entre los ascendientes: quiero decir, no hay obligacion de que los bienes que el hijo ó descendiente hubo y heredó de su padre y abuelo paterno ó por su causa y atencion, vuelvan al padre ó ascendiente por la línea paterna, y los que adquirió de su madre y abuela materna ó por su respecto, á los de esta línea, sino que al contrario, ya los haya adquirido por una sola ó por ambas, se deben dividir con igualdad entre los ascendientes[2]: y solo se debe mirar á que estos se hallen con igual grado, y este sea el mas cercano; pues aunque haya muchos de varios grados, v. gr. abuelos, bisabuelos, si hay otro ó mas en grado inmediato, v. gr. padre y madre, ó padre ó madre solamente, no heredarán los remotos, sino el inmediato ó inmediatos iguales en grado (que son el padre ó madre) al descendiente; porque en las sucesiones, ya sean por testamento ó abintestato, se atiende á la prerogativa del grado y proximidad del parentesco[3], y no á otra cosa.

3. Sin embargo no en todos los pueblos de los reinos de Castilla está en rigorosa observancia la disposicion general de la ley 6 de Toro, pues hay muchos en que se sucede de otro modo en los bienes raices patrimoniales, y ella misma los exceptúa dejando en su

1 L. *Nam et si parentibus.* Cod. *De inoffic. testam.* et ibi Barbos. Authent. *De haeredibus et falcidia,* § 1 collat. 1 y Authent. *Ut cum de appellation.* § *Illud quoque capitulum.* collat. 8. Guerreir. *De divis.* lib. 3 cap. 1 n. 2. Gom. lib. 1 *Var.* cap. 4 n. 7 vers. *Nec obstant.*
2 Matienz. en la ley 1 tit. 8 lib. 5 R. gl. 3 n. 7 y gl. 5 n. 1. Gom. en la ley 6 de Toro n. 8 vers. *Sed is non obstantibus.* Greg. Lop. en la ley 4 tit. 13 part. 6 gl. 2. Avendañ. en dicha ley 6 de Toro gl. 6 n. fin.
3 L. 6 de Toro que es la 1 tit. 20 lib. 10 N. R. ibi. *Por su órden y línea derecha,* y ley 4 tit. 13 part. 6.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

fuerza y vigor el fuero municipal ó costumbre de suceder en sus moradores: *Lo cual mandamos que se guarde* (concluye la ley), *salvo en las ciudades, villas y lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.* Este punto se trató con extension en el libro 2 tít. 2 capítulo 9, desde el párrafo 43 al 47, donde podrá enterarse el partidor cuando ocurra algun caso.

4. Entre los ascendientes no tiene lugar la representacion cuando se trata de suceder á sus descendientes, ni la transmision por derecho de sangre: lo primero, porque estos heredan por derecho divino, natural y positivo; y aquellos en virtud de este solo; y como que no son procreados por sus descendientes, no puede tampoco haber dicha transmision: lo segundo, por presumirse que han de morir primero como mayores de edad, y la ley imita á la naturaleza.

5. Sentados estos principios, y supuesta la restante doctrina sobre los derechos hereditarios de los ascendientes, que expliqué en el libro 2 título 2 capitulos 7 y 9, á donde remito al contador, pasaré á tratar de la parte de herencia de que pueden disponer los descendientes en perjuicio de sus legítimos ascendientes; y si de ella han de sacarse ó no los gastos de su funeral, misas, entierro y legados, cuyo punto reservé para este lugar como mas enlazado con el tratado de particiones. En dicho capítulo 7 párrafo 4, dije que podian dichos descendientes diponer del tercio, citando en apoyo la ley 6 de Toro, cuyas son las siguientes palabras: *Pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida ó hacer cualquiera última voluntad, por su alma ó en otra cosa cual quisieren.* Asimismo pueden poner en dicho tercio las honestas y posibles condiciones que les parezca, y gravarle, ya le dejen á alguno de los ascendientes que le han de heredar, ó á extraño, del mismo modo que el ascendiente las puede poner en el quinto; previniendo que esta tercera parte se entiende de lo líquido, deducidas ante todas cosas las deudas que haya contra el caudal del descendiente.

6. De la citada ley 6 de Toro se originan tres dudas, á saber: 1.ª si los descendientes podrán consignar el tercio, dejándolo á alguno de sus descendientes ó á extraño: 2.ª si el hijo que está bajo la patria potestad podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad y usufruto, ó solamente en propiedad; y si aquel ha de quedar ó no reservado al padre miéntras viva: 3.ª si los gastos del funeral y entierro del descendiente, misas que manda celebrar, y legados que hace, se han de deducir ó no del tercio de que dispone, ó del cuerpo de los bienes que deja. Las dos primeras dudas se resolvieron en dicho capítulo 7 del título 2 libro 2, párrafos 5, 6 y 7; y procediendo á explicar la tercera, es preciso ántes saber lo que se entiende por gastos del funeral y entierro, pues aunque ya se tocó algo de esto en el capítulo 2 de este título, no los especifiqué individualmente como voy á hacerlo ahora. Por funeral y entierro se entiende el hábito con que se amortaja el cadáver, el ataud, la cera que alumbra miéntras está en su casa de cuerpo presente, y en la iglesia hasta que se le sepulta; la limosna de la vigilia, misas, responsos, ofrenda y demas derechos parroquiales; los clamores, la sepultura, el costo de sepultarlo, la conduccion del cadáver á la iglesia, ya sea en público con acompañamiento, ó de secreto sin él; el velarlo y amortajarlo, y algunas otras cosas, sin las cuales, segun el estilo del pueblo, carácter, circunstancias y haberes del difunto, no se puede hacer el entierro. Los gastos que en todo esto ocurren son preferidos á todas las deudas que el testador contrajo en su vida, siendo moderados, porque si son excesivos, los ha de moderar el juez de su domicilio, atendido su caudal y calidad[1], en caso que no haya el suficiente para todos sus acreedores; pues habiendo que heredar, se arreglarán á él sus herederos, y gastarán lo que les parezca. Pero no se incluyen en el nombre de funeral los lutos de los herederos ni viuda; y así cada heredero hará á su costa el suyo, como que cede en su privativa utilidad y no del legatario del tercio ni quinto, porque no es preciso, y ninguna ley manda traerlo, segun he dicho en otra parte. Tampoco se incluyen los gastos de la última enfermedad hechos en medicinas, médico, cirujano, alimentos del enfermo &c., porque los hizo en vida, y no se causaron con motivo de su muerte, ni despues de acaecida esta; por lo que se deducirán del cuerpo de su caudal, al modo que las demas deudas que contrajo ántes de caer enfermo; bien que aunque no son funerarias, ocuparán el primer lugar despues de estas los acreedores á quienes competa el percibo de su importe, sin embargo de que otros sean anteriores y privilegiados[2].

7. Supuesto lo referido, digo que acerca de la duda propuesta hay dos opiniones diametralmente opuestas: la una afirma que los gastos funerarios deben deducirse del tercio, por las mismas razones que, habiendo descendientes, del quinto, y entregarse las otras dos terceras partes al ascendiente ó ascendientes herederos, sin gravámen ni descuento alguno, como legítima suya que por derecho positivo les pertenece[3]. La otra opinion afirma que se deben deducir del cuerpo del caudal del difunto, y que el residuo ha de dividirse entre los herederos y el legatario del tercio; por manera que pagan á pro-

1 LL. 12 tit. 13 part. 1, y 30 al fin. tit. 13 part. 5. L. *Et si quis.* 14 §§ 3, 4 y 6, y ley *funeris sumptus*, 37 ff. *Relig. et sumptib. funer.*

2 Acest. *De privil. cred.* reg. 2 ampliat. 1 n. 20 y 21. Ayor. *De partit.* part. 2 q. 12.

3 Castill. en la ley 6 de Toro verb. *Por su alma.* Gutier. en la ley *Nemo potest.* n. 93 y lib. 2 *Pract.* q. 71. Angul. *De meliorat.* en la ley 13 tit. 6 lib. 5 gl. 3 n. 2. Matienz. en la 1 tit. 8 lib. 5 gl. 8 n. 2. Covar. in cap *Raynaldus*, § 3 n. 2 al medio. Tello en la ley 30 de Toro n. 6.

porcion, como interesados en su respectiva cuota de herencia, porque el entierro y lo anexo y preciso para él, es deuda que el hombre contrae por el hecho de nacer, y á cuyo pago estan sujetos indistintamente todos sus bienes, al modo que cuando la dote de la hija vuelve á su padre ó madre enteramente por haber muerto sin sucesion, pues estan obligados estos á enterrarla, y no su marido, porque son sus herederos. De este dictámen es Garcia[1] citando á Palacios Rubios, que se halló presente á la formacion de las leyes de Toro, y dice no estar comprendida esta especie en la 30, ni por consiguiente deberse deducir dichos gastos del tercio, sino del cúmulo de la herencia, como deuda contra ella; y añade que Castillo habiendo reflexionado mas bien, corrige su primer dictámen en la citada ley 30.

8. Adhiriéndome á esta última opinion por las razones del mismo Garcia, y sin embargo de la autoridad del sr. Covarrubias, digo que los gastos de entierro se deben sacar del cuerpo de bienes, como otra cualquiera deuda contra ellos, y de superior privilegio, excepto que el testador mande deducirlos del tercio; y así lo he practicado, y con mi dictámen se practicó y aprobó judicialmente en ciertas particiones, no obstante la infundada oposicion de algunos legistas, que sin apoyo legal terminante, ni razon poderosa que destruyese las referidas, sostenian lo contrario.

9. Pero en cuanto á las misas, mandas y demas de que disponga el testador (acerca de lo cual nada dicen ni explican con distincion los autores), soy de sentir que se deben deducir del tercio y no del cuerpo de bienes: lo primero, porque los gastos de todo esto son totalmente voluntarios, y los del entierro forzosos, y de derecho público, como deuda preferida á todas; y así aunque el testador prohiba que se le entierre ó que se paguen, se tendrá por no escrito este precepto, y como tal no será obedecido: lo segundo, porque la ley 6 de Toro le permite testar del tercio por su alma, ó en lo que quisiere, y respecto usar de su permiso, debe observarse su disposicion, aunque el testador mande lo contrario; pues de no practicarse así se quebrantaria la ley, se daria al ascendiente mas facultad que la que esta le da, y se equipararian los gastos de su funeral, de que la ley no hace mencion, con los de las misas, legados y demas en que le concede facultad expresa para invertir el tercio.

10. Debe tener tambien presente el contador que entre los ascendientes no tiene lugar la colacion como entre los descendientes, porque ningun derecho la ordena; y así aunque un hijo ó nieto haya dado en vida á su padre, madre ó abuelo algunos bienes ó cantidad, y nada al otro ascendiente que está en igual grado, lo mismo heredará el uno que el otro de los que deje, si muere ántes que ellos.

1 *De expensis.* cap. 8 ns. 49 y 50.

CAPITULO XI.

Observaciones acerca de los legados: modo de deducirlos: ¿si los hechos por el testador á su muger, acreedores, y tutor que nombra, se compensarán ó no con la dote y gananciales de la muger, con lo debido al acreedor, y con la décima correspondiente al tutor? De la division de los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada; y si revocándose el legado deberá ó no restituir el legatario los que percibió.

1 Controversia suscitada por el reformador de Febrero sobre el legado *á dia cierto.*

2 Explicacion de las dificultades que se ofrecen acerca de la doctrina del párrafo anterior.

3 Se especifican varios legados condicionales.

4 Caso de un legado *modal.*

5 Reflexiones del reformador de Febrero sebre si vale el legado hecho con demostracion, aunque esta sea falsa.

6 y 7 Caso en que el testador lega á dos personas junta ó apartadamente alguna cosa.

8 Del legado de alimentos hecho á los menores.

9 Dificultad suscitada por el reformador de Febrero, sobre si legando el testador una casa, se arruinase esta, y reedificase otra en el mismo solar, ¿se deberá ó no esta segunda al legatario? Explicacion de la doctrina relativa á este punto.

10 Modo de deducir los legados graciosos ó voluntarios.

11 ¿Cómo se ha de hacer la deduccion cuando el testador, teniendo ascendientes ó descendientes legítimos, deja á extraños tantos legados que no caben en el quinto ó tercio?

12 Continuacion del mismo asunto.

13 ¿Si se habrá de hacer la deduccion solamente de los legados genéricos, ó se ha de ampliar tambien á los específicos?

14 La dote no debe compensarse con legado ó legados que el marido hubiere hecho á su muger.

15 Si la legare los esclavos que recibió estimados en dote, los conseguirá la muger como legado, y tambien su estimacion como parte de dote.

16 Tampoco se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado.

17 Si el testador hubiere recibido cierta cantidad en dote, y otra mayor en bienes parafernales, y en su testamento dejare á las hijas que tuvo en aquella, mayor suma que las dos recibidas, mandando que se contentasen con ella por todo lo que debian haber, valdrá y se compensará el legado con la dote y bienes parafernales de su madre hasta en lo que alcance.

18 Tampoco tiene lugar la compensacion de las arras con el legado del quinto ú otro que el testador hiciere á su muger.

19 Ni se ha de compensar el legado hecho á la muger con la mitad de gananciales que la corresponden.

20 Si el padre hubiere hecho algun legado á su hija en tiempo que todavía no podia casarse por falta de edad, no se debe decir que fué con ánimo de compensarlo con la dote que debia darla cuando tuviese edad nubil; y así no se compensará con esta.

21 Si el marido lega á su muger todos sus vestidos y joyas, no se entiende que se los manda dos veces en caso que no esten destruidos los que la tenia entregados al tiempo de hacer la manda.

22 No solo se comprenden en el legado general de vestidos los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cor-

porcion, como interesados en su respectiva cuota de herencia, porque el entierro y lo anexo y preciso para él, es deuda que el hombre contrae por el hecho de nacer, y á cuyo pago estan sujetos indistintamente todos sus bienes, al modo que cuando la dote de la hija vuelve á su padre ó madre enteramente por haber muerto sin sucesion, pues estan obligados estos á enterrarla, y no su marido, porque son sus herederos. De este dictámen es Garcia[1] citando á Palacios Rubios, que se halló presente á la formacion de las leyes de Toro, y dice no estar comprendida esta especie en la 30, ni por consiguiente deberse deducir dichos gastos del tercio, sino del cúmulo de la herencia, como deuda contra ella; y añade que Castillo habiendo reflexionado mas bien, corrige su primer dictámen en la citada ley 30.

8. Adhiriéndome á esta última opinion por las razones del mismo Garcia, y sin embargo de la autoridad del sr. Covarrubias, digo que los gastos de entierro se deben sacar del cuerpo de bienes, como otra cualquiera deuda contra ellos, y de superior privilegio, excepto que el testador mande deducirlos del tercio; y así lo he practicado, y con mi dictámen se practicó y aprobó judicialmente en ciertas particiones, no obstante la infundada oposicion de algunos legistas, que sin apoyo legal terminante, ni razon poderosa que destruyese las referidas, sostenian lo contrario.

9. Pero en cuanto á las misas, mandas y demas de que disponga el testador (acerca de lo cual nada dicen ni explican con distincion los autores), soy de sentir que se deben deducir del tercio y no del cuerpo de bienes: lo primero, porque los gastos de todo esto son totalmente voluntarios, y los del entierro forzosos, y de derecho público, como deuda preferida á todas; y así aunque el testador prohiba que se le entierre ó que se paguen, se tendrá por no escrito este precepto, y como tal no será obedecido: lo segundo, porque la ley 6 de Toro le permite testar del tercio por su alma, ó en lo que quisiere, y respecto usar de su permiso, debe observarse su disposicion, aunque el testador mande lo contrario; pues de no practicarse así se quebrantaria la ley, se daria al ascendiente mas facultad que la que esta le da, y se equipararian los gastos de su funeral, de que la ley no hace mencion, con los de las misas, legados y demas en que le concede facultad expresa para invertir el tercio.

10. Debe tener tambien presente el contador que entre los ascendientes no tiene lugar la colacion como entre los descendientes, porque ningun derecho la ordena; y así aunque un hijo ó nieto haya dado en vida á su padre, madre ó abuelo algunos bienes ó cantidad, y nada al otro ascendiente que está en igual grado, lo mismo heredará el uno que el otro de los que deje, si muere ántes que ellos.

1 *De expensis.* cap. 8 ns. 49 y 50.

CAPITULO XI.

Observaciones acerca de los legados: modo de deducirlos: ¿si los hechos por el testador á su muger, acreedores, y tutor que nombra, se compensarán ó no con la dote y gananciales de la muger, con lo debido al acreedor, y con la décima correspondiente al tutor? De la division de los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada; y si revocándose el legado deberá ó no restituir el legatario los que percibió.

1 Controversia suscitada por el reformador de Febrero sobre el legado *á dia cierto.*

2 Explicacion de las dificultades que se ofrecen acerca de la doctrina del párrafo anterior.

3 Se especifican varios legados condicionales.

4 Caso de un legado *modal.*

5 Reflexiones del reformador de Febrero sebre si vale el legado hecho con demostracion, aunque esta sea falsa.

6 y 7 Caso en que el testador lega á dos personas junta ó apartadamente alguna cosa.

8 Del legado de alimentos hecho á los menores.

9 Dificultad suscitada por el reformador de Febrero, sobre si legando el testador una casa, se arruinase esta, y reedificase otra en el mismo solar, ¿se deberá ó no esta segunda al legatario? Explicacion de la doctrina relativa á este punto.

10 Modo de deducir los legados graciosos ó voluntarios.

11 ¿Cómo se ha de hacer la deduccion cuando el testador, teniendo ascendientes ó descendientes legítimos, deja á extraños tantos legados que no caben en el quinto ó tercio?

12 Continuacion del mismo asunto.

13 ¿Si se habrá de hacer la deduccion solamente de los legados genéricos, ó se ha de ampliar tambien á los específicos?

14 La dote no debe compensarse con legado ó legados que el marido hubiere hecho á su muger.

15 Si la legare los esclavos que recibió estimados en dote, los conseguirá la muger como legado, y tambien su estimacion como parte de dote.

16 Tampoco se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado.

17 Si el testador hubiere recibido cierta cantidad en dote, y otra mayor en bienes parafernales, y en su testamento dejare á las hijas que tuvo en aquella, mayor suma que las dos recibidas, mandando que se contentasen con ella por todo lo que debian haber, valdrá y se compensará el legado con la dote y bienes parafernales de su madre hasta en lo que alcance.

18 Tampoco tiene lugar la compensacion de las arras con el legado del quinto ú otro que el testador hiciere á su muger.

19 Ni se ha de compensar el legado hecho á la muger con la mitad de gananciales que la corresponden.

20 Si el padre hubiere hecho algun legado á su hija en tiempo que todavía no podia casarse por falta de edad, no se debe decir que fué con ánimo de compensarlo con la dote que debia darla cuando tuviese edad nubil; y así no se compensará con esta.

21 Si el marido lega á su muger todos sus vestidos y joyas, no se entiende que se los manda dos veces en caso que no esten destruidos los que la tenia entregados al tiempo de hacer la manda.

22 No solo se comprenden en el legado general de vestidos los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cor-

tados en casa del sastre, y la tela tejida ó que se estaba tejiendo para emplearla en ellos; á ménos que lo limite el testador.

23 Donando en sanidad el deudor á su acreedor alguna cosa, no se presume haberle hecho esta donacion con ánimo de compensarla con lo que le debia.

24 y 25 Si el acreedor lega al deudor simplemente alguna cantidad, ¿se entenderá que se la lega con ánimo de compensarla con lo que le debe?

26 Excepcion de lo dicho en el párrafo anterior.

27 Cuando el acreedor que tiene en su poder la prenda, la lega á su deudor, no tendrá lugar la compensacion en cuanto á la liberacion de la deuda.

28 Cuando es especie lo que se debe, y cantidad lo que se lega, no tiene lugar la compensacion de una con otra.

29 Percibiendo el tutor testamentario el legado que el testador le deja por premio de la administracion de la tutela, no le corresponde la décima que la ley le concede, ántes bien ha de compensarse con ella; y si se lo deja simplemente, se compensará hasta en la concurrente cantidad.

30 No se compensará el legado que el testador hace á su mismo hijo cuando le nombra tutor del pupilo su hermano.

31 Pertenecen al legatario y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa simplemente legada ó dejada en fideicomiso por el testador.

32 Lo dicho en el párrafo anterior se entiende cuando el testador testa entre extraños por carecer de herederos legítimos; pues si los tiene, y el legatario es extraño, se ha de mirar si los frutos caben ó no en el quinto ó en el tercio de que respectivamente puede disponer.

33 Estos frutos no deben dividirse á prorata.

34 Siendo legatario de usufruto de alguna finca el que muere, pertenecen á su heredero los frutos que deja pendientes.

35 No dejando el testador la propiedad de la finca al legatario, sino solo su usufruto, si al tiempo de la muerte de aquel hay frutos pendientes, pertenecen al heredero propietario.

36 Modo de dividir las pensiones de la cosa arrendada por el testador entre sus herederos, y el legatario á quien estando arrendada se la manló.

37 Al legatario de la cosa específica, propia del testador (ya sea legada sola, ó señalada por este para parte de pago de la cuota de bienes que le lega), corresponden los frutos que produce luego que muere dicho testador.

38 Si el legado es de cosa genérica ó agena, no se deben al legatario los frutos sino desde el tiempo que se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega.

39 Lo mismo procede cuando el legado es del quinto ó de otra cuota de bienes del testador sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario.

40 Si no hubiere heredero, ó el instituido no quisiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar á los legítimos ó al ejecutor testamentario para que la acepten, porque desde la aceptacion se le transfiere el derecho de percibir los frutos de lo legado.

41 Revocado el legado que fué hecho en última voluntad, ó en donacion por causa de muerte, y entregado al legatario por el legante, con expresion del instrumento revocable en cuya virtud se le entrega, no hará el legatario suyos los frutos de la cosa donada.

1. En el libro 2 título 2 capítulos 18 y 19, se insertó casi toda la doctrina del autor relativa á los legados, reservando para este lugar la aclaracion de algunos puntos dudosos, y la explicacion de otros que estan mas enlazados en el tratado de particiones. Allí se dijo que de los legados voluntarios unos son genéricos, y otros específicos. Genericos son los que no designan cosa alguna individual y determinada, por ejemplo, un caballo, sin especificar cual sea, ó bien de las que estan sujetas á número, pero y medida, como trigo, aceite, dinero &c. Específicos son los que denotan individualmente la cosa legada, esto es, la designan con nombre particular y no comun, ó con ciertas señales: v. gr. la casa que tengo en tal calle, el caballo negro &c. Cuando el legado es de esta última clase, se transfiere su dominio al legatario luego que fallece el testador; pero en el genérico ó de cantidad no se verifica esta translacion de dominio hasta que se entrega la cosa legada. Habiendo sentado el autor esta doctrina, que es indudable, añade luego, hablando del legado que se hace *á dia cierto*, ó señalando el tiempo en que se ha de entregar, que ántes de llegar el dia señalado nacen la accion de pedirlo y la obligacion de pagarlo; y que así puede pagarlo el heredero ántes que venga el dia prefijado, *porque es preciso que llegue, y toca al legatario como dueño por la translacion de dominio.* El reformador de Febrero notó aquí dos equivocaciones, en que á su parecer incurrió el autor: 1.ª diciendo que nace ántes de llegar el dia la accion de pedir el legado y la obligacion de pagarlo: 2.ª que el dominio de lo legado á dia cierto se transfiere despues de muerto el testador, y ántes que aquel llegue, en el legatario y sus herederos. El adicionador de Febrero impugna largamente sobre estos dos puntos al sr. Gutierrez, y este le contesta aun con mayor difusion, como puede verse en el prólogo del adicionado, párrafo 5, y en la apología del otro, párrafo 6.

2. En cuanto á la primera equivocacion, debió decir Febrero, segun el sr. Gutierrez, que ántes del dia nacia la accion á pedirle, y la obligacion á pagarle cuando llegase. El adicionador, contestando á esto, dice lo siguiente. ¿Qué mas tiene decir: *nace la accion de pedirle, y la obligacion de pagarle ántes que llegue*, como se lée en el autor, ó que *ántes que llegue nace la accion de pedirle y la obligacion de pagarle*? Pero ó no entendió el sr. Gutierrez, ó no quiso entenderle; á lo ménos no propone la dificultad de este en los términos que debe. Yo me haré cargo de ella, y responderé del modo que á mi parecer no se ha hecho para salvar esta dificultad. El sr. Gutierrez opina que nace ántes de llegar el dia la accion para pedir el legado y la obligacion de pagarlo *para cuando llegue el dia*, esto es, que no hay obligacion de satisfacerlo ántes. Esto es muy cierto, y cabalmente Febrero pen-

saba del mismo modo, pues dice en el mismo párrafo lo siguiente: *y así puede pagarlo el heredero ántes que llegue el dia ó tiempo prefinido:* aquel *puede* quiere decir, está en su arbitrio el hacerlo, pero no tiene obligacion hasta que llegue el dia. Por otra parte, la accion y la obligacion son correlativas: si nace la accion ántes que llegue el dia, tambien debe nacer la obligacion, pues aquella supone á esta, ó lo que es lo mismo, existiendo el derecho de pedir, existe al mismo tiempo la obligacion en otra persona contra quien corresponda aquel; pero esta accion y esta obligacion estan suspensas hasta que llegue el dia. Así se concilia en mi entender la doctrina de unos y otros, y viene á resolverse todo en una cuestion gramatical. Mayor dificultad ofrece el otro punto, y en él me parece que el sr. Gutierrez tiene mucha razon. Febrero acababa de sentar en el párrafo anterior (suprimido sin razon por el reformador) que en el legado específico se trasladaba el dominio desde la muerte del testador, y no en el genérico; pero el autor, contradiciéndose indudablemente, asegura en el legado á dia cierto, v. gr. *mando á Pedro cien ducados para la próxima navidad*, se transfiere el dominio en el legatario y sus herederos despues de muerto el testador. Esta es una inconsecuencia manifiesta por mas que procure paliarla el adicionador impugnando al sr. Gutierrez. El ejemplo que pone Febrero es precisamente de un legado genérico, y en estos jamas se traslada el dominio hasta la entrega. Pero el sr. Gutierrez avanzó mas diciendo que aun cuando fuese específico el legado, no se trasladaria el dominio hasta que llegase el dia; opinion aventurada que refuta con solidez el adicionador, y contraria en mi entender á la ley 34 tít. 9 Part. 6 que dice: *Et aun decimos que luego que el testador es muerto pasa el señorío de la cosa que es así mandada á aquel á quien fué fecha la manda.... et esto serie si la manda fuese de tal natura que fuese fecha puramente ó á dia cierto; mas si fuese fecha só condicion, non serie así, cá moriendo aquel á quien fuese fecha la manda enante que se complise la condicion non valdrie la manda, nin la podrie demandar el heredero de aquel á quien fué fecha &c.* Segun esta ley es indudable que el dominio del legado á dia cierto pasa al legatario desde que muere el testador, y la razon que da Febrero es porque es preciso que llegue, lo cual no sucede en el condicional, por cuanto puede verificarse ó no la condicion. Pero esto debe entenderse en mi dictámen cuando el legado á dia cierto es de cosa específica, en que se verifica la translacion de dominio desde la muerte del testador. Así que el error de Febrero consiste en haber puesto por ejemplo un legado de cosa genérica, en el cual no se traslada el dominio hasta la entrega, como habia sentado ántes.

3. En el citado capítulo 18 título 2 libro 2, se dijo que el legado podia hacerse tambien condicionalmente, y aunque en el capítulo 2

del mismo título se habló de las condiciones en general, especificaré aquí algunas que allí se tocaron ligeramente. De las condiciones posibles unas se llaman *casuales ó contingentes*, y son *las que solo dependen de la casualidad ó fortuna, y pueden cumplirse ó no: v. gr. si tal navío viniere de las Indias; si Pedro ascendiere á tal dignidad; si tal cosa aconteciere &c.;* en cuyos casos y otros semejantes, de cualquiera naturaleza y calidad, hasta que se cumple la condicion no tiene derecho el legatario á la manda, ni el heredero extraño á la herencia[1]. Otras se llaman *ciertas ó necesarias, las cuales tienen las apariencias de casuales, y no lo son, por lo que es preciso se cumplan: v. gr. si Pedro muriere &c.;* y así no hacen el acto condicional, ni suspenden su virtud ni efecto, y de consiguiente el legatario y heredero pueden pedir la manda y herencia luego que muere el testador[2], porque fueron puras, como si no hubiera condicion. Otras son *mixtas de casuales y potestativas*, y se llaman así *porque su cumplimiento depende de la voluntad del hombre y de la casualidad: v. gr. hacer algun contrato ó negocio con alguno, contraer matrimonio con cierta persona, ir á tal parte, venir de tal tierra &c.;* y en estos casos y otros semejantes es forzoso se cumpla la condicion para que el legatario perciba la manda, y el heredero extraño la herencia[3]. Se pueden cumplir estas condiciones así en vida del testador como despues de su muerte, porque no dependen enteramente del legatario ó heredero, y el testador solo atiende á que tengan efecto, y no al tiempo en que se ha de verificar su cumplimiento. Otras son de *presente*, otras de *pretérito*, y otras de *futuro:* de presente, v. gr. *si esto es así, legó tal cosa á Juan:* de pretérito, v. gr. *si Juan hizo tal cosa, ó si esto sucedió:* de futuro, v. gr. *si la hiciere ó si sucediere.* Las dos primeras, siendo verdaderas, obligan al instante, y no suspenden el acto, por lo que el legatario y el heredero percibirán el legado y la herencia; pero si no son ciertas, es nula é ineficaz la disposicion. Las de futuro ningun efecto causan al presente, y sí solo hay la esperanza de que le surtirán con el tiempo[4]. Otras son *expresas*, y otras *tácitas*. Se llaman expresas, *las que el mismo testador pone por su propia boca en la institucion ó legado;* y tácitas *las que en alguna disposicion se entienden puestas por derecho, aunque el testador no las ponga*, lo cual sucede en muchos casos, de los cuales se han expuesto varios en los lugares oportunos de esta obra. Otras consisten en *dar*, y otras en *hacer;* y siendo posible lo que el testador manda dar ó hacer, no percibirán el legado ó herencia el legatario ni heredero hasta que lo cumplan. Pero si la condicion es *prohibitiva*, como cuando le encarga que no dé ó no haga tal cosa, y puede cumplirla, debe dar la caucion *muciana* con fianzas, de que no la dará ó hará, para que se le en-

1 L. 8 tit. 4 part. 6.
2 Dicha ley 8.
3 L. 9 tit. 4 part. 6.
4 L. 21 tit. 9 part. 6.

tregue el legado, porque de lo contrario no lo percibirá; y si despues de percibido procede contra lo prometido, ha de restituir el legado con frutos[1]. Si el testador manda al legatario que jure darla ó hacerla, se tiene por no puesto el juramento, aunque sin embargo no ha de percibir lo que le legó hasta que cumpla su mandato; y si el juramento es sobre cosa pasada ó presente, debe hacerle, y de lo contrario nada tomará del legado[2].

4. Tambien pueden hacerse los legados bajo de cierto modo, y entónces se llaman *modales*, segun se indicó en dicho capítulo 18 párrafo 14. Esto sucede cuando el testador lega á uno alguna cosa ó cantidad porque dé ó haga algo, cuyo *porque*, que parece casual, equivale á *para*, y así la virtud y efecto de este legado son que el legatario no pueda pedirle, ni se le deba entregar ántes de cumplir el modo con que se le hizo, sin dar caucion ó fianza y seguridad de cumplirle[3]; excepto que el testador quiera expresa ó tácitamente que ántes que se le entregue le cumpla, pues entónces no basta la fianza. Esto procede aunque el testador añada condicion al modo, diciendo: *Lego á Pedro cien pesos con la condicion de que dé ó haga esto;* pues será modo y no condicion, porque mas se atiende á su mente y voluntad, que no á las palabras con que la declara; y siempre que quiere que lo que ordena se cumpla ántes que su disposicion, será *condicion*; y si despues, será *modo*, el cual no suspende la disposicion. Ademas, faltando la condicion se irrita ó invalida *ipso jure* la disposicion, y no se transmite la herencia al sucesor; pero aunque falte el modo, no se anula y debe cumplirse. Acerca del dominio irrevocable que adquiere el legatario en la cosa legada cuando cumple el precepto del testador, véase el párrafo 15 del citado capítulo.

5. Asimismo se hacen los legados con demostracion, segun se insinuó en el citado capítulo, esto es, con alguna señal ó aditamento que designe la cosa legada; añadiendo el autor que regularmente vale el legado aunque la demostracion sea falsa; pero sobre este último punto debe tener presentes el contador las reflexiones siguientes que hace el reformador de Febrero[4]. La regla de que la demostracion falsa tocante á la cosa legada no vicia la manda puede padecer muchas excepciones, si no por causa de tal demostracion, por razon de algun otro aditamento ó de otra alguna circunstancia; y así en todo legado hecho con dicha demostracion debe examinarse atentamente la voluntad del testador, que habrá de observarse. Y en órden al error que puede padecerse en el nombre del legatario ó de la cosa legada, acerca del cual no habla Febrero, no

1 LL. 7 y 14 tit. 4, y 22 tit. 9 part. 6.
2 L. 6 tit. 4 part. 9.
3 L. 21 tit. 9 part. 6.
4 Tom. 4 pág. 22.

será fuera de propósito insertar en este lugar las leyes 9 y 28 tit. 9 Part. 6, que tratan de dicho error. Ley 9: *La persona de aquel á quien es fecha la manda, debe ser puesta é nombrada ciertamente, de guisa* (de manera) *que puedan saber cuál es, ó por su nome, por otras señales, cá si cierta non fuese, non valdria la manda. E esto seria como si el testador oviese dos amigos que oviese el uno nome así como el otro, é dijesse assí: Mando á fulano mio amigo tantos maravedis ó tal cosa, é non dijesse el sobrenome* (apellido) *de aquel á quien lo mandaba. Cá pues que non se puede saber ciertamente cuál de aquellos sus amigos quisiera el testador que oviesse aquella manda; por ende* (por tanto) *non vale, nin es el heredero tenudo de la cumplir. Pero si fuesse cierta la persona de aquel á quien fuesse mandada, maguer errase el testador en el nome ó el sobrenome de aquel á quien la ficiesse, non empeze* (no perjudica) *tal yerro, nin se embarga por ende la manda.* Ley 28: De legatis tercio, *en latin, tanto quiere decir en romance como una razon que es escrita en el derecho que muestra por qué palabras pueden ser dejadas las mandas. E decimos que por todas palabras que ayen entendimiento* (sentido) *que sean guisadas* (razonables) *é convenibles para espaladinar* (declarar) *las cosas que el facedor del testamento quiere mandar á otri, pueden ser otorgadas é puestas las mandas en los testamentos ó en el codicilo que alguno ficiere, cá si de otra guisa las dijese, non valdria la manda: é esto seria como si el testador oviesse voluntad de mandar oro á alguno, é dijesse que mandaba laton, creyendo quel oro habia tal nome, cá entónce non valdria tal manda, maguer aquel á quien fuesse fecha quisiesse provar que su intencion del testador era de mandarle oro é non laton. E esso mismo decimos que seria en todas las otras cosas que han nomes generales, en que acuerdan los omes comunalmente en cada tierra en nombrarlas: assí como plata, ó vino, ó pan, ó paños, ó vestiduras, é todas las otras cosas semejantes destas. Cá en cualquier de estas cosas sobredichas, si el testador errase el nome de la cosa que mandasse diciendo otro nome é non el suyo, cuidando* (creyendo) *que aquel que él decia era su nome, non valdria la manda. Pero en las cosas que han nomes señalados, assí como son los omes, non seria ansí. Cá maguer el testador errasse en el nome de algun ome, diciendo otro nome é non el suyo, cuidando que aquel era su nome que él le decia, valdria la manda, é non se embargaria por tal yerro si fuere probado que su intencion era del testador que aquella persona que nombró oviesse tal manda. Otrosí decimos que cuando los facedores de los testamentos usan tales palabras en las mandas, diciendo: Mando é quiero que fulano aya tal cosa, ó pláceme, ó tengo por bien que la aya: ó dice al heredero: Creo que tú darás tal cosa á fulano, ó déjolo en la tu fe que lo cumplas: ó dice el testador: Quiero que el mio heredero haga tal cosa. Cá usando el testador cualquier de estas palabras sobredichas*

cuando ficiese la manda, ú otras semejantes dellas, porque pueda ser entendida la atencion ó la voluntad dél, valdria la manda que assí fuesse fecha.

6. Legando el testador á dos personas junta ó apartadamente alguna cosa: juntamente, v. gr. diciendo: *Mando á Pedro y Juan tal casa ó viña &c.:* apartadamente, si se dice en una cláusula: *Mando á Pedro tal casa*: y luego en otra de la misma disposicion: *que manda á Juan la propia casa*, deben partirla con igualdad los legatarios, porque á cada uno se dejó simplemente é in sólidum; y ya sean conjuntos ó separados en la cosa ó palabras, ó disyuntos en estas y juntos en aquella, ninguno ha de llevar mas. Y si alguno de ellos muere ántes que el testador, ó renuncia su parte, ó sobreviene algun impedimento por el que no puede adquirirla, se acrece al otro, sea dividua ó individua[1].

7. Y si uno de estos legatarios sucede al otro, puede aceptar la parte que le corresponde, y repudiar lo perteneciente al colegatario; ó por el contrario, si á uno de los dos impuso gravámen el testador y al otro no, excepto que conste manifiestamente haber querido que el uno llevase la cosa y el otro su estimacion; pues entónces el legatario que sucede al otro lo conseguirá todo, porque hace de dos personas, y cuando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolida enteramente en este el de ambos, y podrá pedirle.

8. Cuando se legan á los menores los alimentos hasta la pubertad, ha de ampliarse esta en los varones hasta los diez y ocho años, y en las hembras hasta los catorce, ya por piedad, y ya porque hasta dicha edad no pueden adquirir regularmente con su industria lo necesario para vivir; excepto que el testador prefina hasta cuándo se les ha de contribuir con ellos, y no señalando este el tiempo, se les han de dar por toda su vida. La cantidad que en todos casos se les ha de dar, si cuando vivia los alimentaba, y no se la consigna, ha de ser la que les daba al tiempo que falleció; y si en vida variaba, dándoles unas veces ménos y otras mas, ha de dárseles la que al mas cercano de su muerte solia darles. Por alimentos se entienden la comida, el vestido, calzado y la habitacion, no la enseñanza, sino que el testador la exprese; por lo que si este deja alimentos á alguno, ó lo necesario para vivir, se comprende en ellos lo dicho[2]: si le lega los alimentos diarios, se le debe dar únicamente la comida; y para hacer una regulacion prudente y caritativa, cuando se han legado simplemente sin señalamiento de cuota, ni constar cuánto daba el legatario ó á otros de su condicion, se ha de atender á esta y

1 L. 33 tit. 9 part. 6 y su gl. 7.

2 L. 2 tit. 19 part. 4.

á las facultades y rentas de los bienes de aquel[1], sin que por no ser bastantes las rentas, se deba enagenar la propiedad de sus bienes.

9. En el citado capítulo 18 del título 2 libro 2, párrafos 27 y 28, se dijo que si el testador lega una casa, y despues se arruina, quema ó destruye toda, se debe al legatario el área ó suelo en que estaba edificada; pero si despues reedifica el testador otra casa sobre dicho solar, no se debe al legatario este ni aquella. Sobre esta cuestion opina el reformador D. José Gutierrez contra Gomez y Febrero, que la nueva casa pertenecerá al legatario, ya porque habiendo de ser suyo el solar, debe corresponderle lo edificado sobre él, ya porque la ley 37 tit. 9 Part. 6, que el autor cita, dice expresamente, que si habiendo el testador legado un solar construyese despues sobre este alguna casa, le toca al legatario, y ya por ser evidente que edificando de nuevo el testador sobre dicho solar quiere que pertenezca al legatario el edificio, mayormente cuando de lo contrario hubiera revocado la manda. A pesar de estas razones parece mas fundada la doctrina del autor, quien dice que no se debe al legatario la nueva casa por ser distinta de la primera, y en esto tiene sobrada razon. El legado fué de la primera casa, esto es, de una casa específica y señalada, la cual pereció, y por consiguiente en esta parte faltó la materia del legado. Quedó el solar, y por eso dice Febrero que le corresponde al legatario; esto es, si el testador no construye en él otro edificio, pues de lo contrario no tendrá tampoco derecho el legatario al solar, porque ya deja de serlo, y se constituye parte de la nueva casa edificada. Esto tambien es consiguiente á lo primero, porque así como pertenece al legatario el solar cuando se le lega la casa que está fundada en él por considerarse parte de esta, del mismo modo no debiéndose al legatario la segunda casa por ser cosa distinta de la primera, tampoco le corresponde en este caso el solar por la misma racon, esto es, por considerarse siempre parte de la casa. Nada obsta la ley 37 en que se apoya el reformador, pues esta dice que si el testador mandase un solar, y despues construyese en él casa ú otro edificio, corresponden al legatario el solar y la casa. Este caso es diferente del otro en que se mandó la casa, se arruinó y se construyó otra. El sr. Gutierrez da por supuesto que siempre que corresponde el solar al legatario, y esto era lo que debia probar, pues de la citada ley no se infiere. Tampoco es evidente, como él dice, que edificando de nuevo el testador sobre dicho solar quiere que pertenezca al legatario. Supongamos que la casa primera fuese ruinosa ó de poco valor, y que despues de la ruina de ella construyese un edificio suntuoso, ¿habrá razon para dar tal amplitud al legado por meras conjeturas con perjuicio de los he-

1 Dicha ley 2 tit. 19 part. 4.

rederos? Está, pues, muy fundada la doctrina del autor, quien añade lo siguiente: „Y si esta segunda casa se arruina, quema ó perece enteramente, tampoco se debe el área ó solar, porque es parte de ella (la cual no fué legada), y no de la primera que lo fué." Yo distinguiria: cuando el legado fué de la casa y no del solar, está bien que arruinada aquella perdiese tambien el legatario el derecho á este cuando se construyó en él una nueva casa; pero si el legado fué del solar, es mi dictámen que siempre debe corresponder al legatario despues de arruinada la segunda casa, por constar en cuanto á aquel la voluntad del testador. Continúa el autor diciendo: „Pero si poco á poco se fué destruyendo ó cayendo, y el testador la fué levantando ó reedificando, se le debe, no solo el área, sino el edificio, porque se contempla la misma cosa legada, y dura aunque reparada y renovada." Este período puesto á continuacion del anterior, en que habla Febrero de la segunda casa, parece que se refiere á esta, lo cual seria un absurdo; y así debe entenderse de la primera casa, con lo cual desaparece la contradiccion. Se ve claramente que está dislocado ó traspuesto; pero como se halla de este modo en las ediciones de Febrero adicionado y reformado, me ha parecido conveniente hacer esta advertencia para evitar equivocaciones.

10. Paso ahora á instruir al contador en tres puntos importantes. El primero es relativo al modo de deducir los legados. El segundo versa sobre si los legados hechos por el testador á su muger, acreedores y tutor que nombra, se compensarán ó no con la dote y gananciales de la muger, con lo debido al acreedor y con la décima correspondiente al tutor. El tercero se reduce á la division de los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada; y á si, revocándose el legado, deberá ó no restituir los que percibió. En cuanto á la deduccion de los legados graciosos ó voluntarios, se hace del modo siguiente. O el legante testa entre herederos extraños ó legítimos: si entre extraños (y por tales se reputan para el caso todos, aunque sean sus hermanos, excepto los ascendientes y descendientes legítimos), se deben deducir del cuerpo del caudal que deje despues de pagar las deudas, gastos funerarios y misas, no mandando otra cosa, segun por derecho comun está dispuesto[1], por no haber ley real que en esta parte y caso lo corrija. Si testa entre herederos legítimos; ó son descendientes ó ascendientes: si son hijos ó descendientes, se han de sacar del quinto líquido de su hacienda (que es lo único de que por la ley 28 de Toro se le permite disponer en vida y muerte), como lo ordena la 30 tambien de Toro, que es la 9 tit. 10 lib. 10 Nov. Rec.

1 L. 1 § fin. ff. *Ad leg. falcid.* L. *Papianus.* § *Quarta autem*, ff. *De inoffic. testam.* y ley fin. § *In computation.* Cod. *De jure deliberand.* Gom. en la 30 de Toro. Matienz. en la fin. tit. 6 lib. 5 R. gl. 3 n. 1.

Y si son ascendientes, se deben deducir del tercio que es de lo que por la ley 6 de Toro se le permite testar por su alma, ó á favor de quien quisiere; pues el residuo de su hacienda líquida es legítima respectiva de los ascendientes y descendientes legítimos, que no puede ser gravada: bien entendido, que si los legatarios particulares fallecen ántes de adquirir derecho á sus legados, ó por algun impedimento legal no los adquieren, se acrecen á la herencia; lo que no sucederá cuando hay legatario ó mejorado en el quinto, pues en este caso, como los legados se sacan de este entre los descendientes legítimos, y son parte suya, y no del residuo de la herencia, deben volver, ó por mejor decir, no se debe desfalcar el quinto en su importe, ántes sí quedarse con él el legatario de este, y entenderse que el testador no los hizo: y lo propio milita con el tercio entre ascendientes en igual caso, no mandando la contrario en ambos el testador. Pero si deja legado vitalicio, v. g. á un hijo religioso, que renunció sus legítimas á su favor ó á otro; en este caso, aunque algunos contadores sacan de la herencia el importe de diez, quince ó veinte anatas, teniendo consideracion á lo que segun su edad y robustez puede vivir el legatario, y se las entregan; no obstante, lo mejor es bajar de la herencia el capital correspondiente al legado anuo regulado al tres por ciento, é imponerlo dándole facultad para percibir los réditos durante su vida, y despues de esto partirlo los herederos, ó consignarle en una finca el legado para el propio efecto, y dividirla por su fallecimiento, y de esta suerte ninguno sale perjudicado. Esto se entiende no habiendo otro convenio de los interesados, ya toque ó no al legatario mas cantidad por su legítima que el capital de la consignacion; pues si lo hubiere, se ha de estar á él, respecto á que ninguna ley habla de este caso, y su convenio, siendo justo, se debe observar. Y si marido y muger que testan de conformidad, se legan alguna finca adquirida por ambos durante el matrimonio, para que la lleve el sobreviviente, se entiende legar cada uno al otro el derecho que en ella tiene, que es la mitad; y así se sacará del cupo del caudal, y se le aplicará por entero: la mitad por via del delegado del difunto, y la otra mitad como suya, si testando entre herederos legítimos cabe la mitad; mas si no, lo que quepa, y el residuo en cuenta de su haber, y no todo por via de legado.

11. Teniendo el testador ascendientes ó descendientes legítimos, si deja á extraños tantas mandas ó legados pios ó graciosos que no caben en el quinto ó tercio, se ha de ver á cuánto ascienden estos, y cuánto mas importan los legados juntos, v. g. si es mitad, tercia, cuarta, quinta ó sexta parte, ó lo que sea, y de cada uno deducirse proporcionalmente el exceso, separando primero el importe del funeral y misas, pues esto no entra en el prorateo; de modo que todos

juntos se reduzcan á la cantidad de que pudo disponer, llevando cada legatario pio ó gracioso á proporcion de lo que importaba el suyo, pues al que legó sesenta, debe tocar mas que al que cuarenta; y al que treinta, mas que al que veinte[1]. Y no deben ser preferidos los nombrados primero, ni por consiguiente haber predileccion entre ellos, sean ó no de distintas clases ó esfera, porque se presume que el testador á todos profesó igual afecto[2]; y cuando se trata de anular, no se debe atender al órden del nombramiento[3], excepto que el testador lo mande expresamente.

12. Si deja á uno el quinto, y ademas hace tantos legados á otros que no caben en él, se han de prorratear entre todos los legatarios, y el del quinto, despues de bajadas las deudas contra el caudal y los gastos funerarios y misas, y haciendo una regulacion proporcional con vista de la cantidad excesivamente legada á cada uno, y detrayendo respectivamente de cada legado lo que le corresponda. Lo propio milita cuando tiene hijos, y así á estos como á extraño hace tantas mandas que no caben en el tercio y quinto; bien que en este caso se ha mirar que nada del tercio toque á los extraños, porque es legítima de los hijos, entre los cuales se debe repartir proporcionalmente, segun la disposicion del testador: por cuya razon solo en el quinto tendrá cabimiento para todos el prorateo de lo legado á los hijos que no quepa en el tercio. Lo mismo se ha de observar cuando lega á un extraño el quinto, y hace á alguno de sus hijos ciertos legados de cantidad ó genéricos; en cuyo caso estos se han de sacar del tercio hasta en lo que alcance, y lo que falte deducirlo del quinto, y al legatario extraño darle el sobrante de este ó su total, si las mandas de los hijos caben en dicho tercio, porque como tuvo facultad de mejorarlos en él, y tambien de legar el quinto íntegro al extraño, es visto haber querido que del tercio se pagasen á sus hijos sus mandas hasta en lo que alcanzase, y que el extraño percibiese el quinto íntegro ó su residuo si faltaba algo para completar las de sus hijos ó descendientes. De lo contrario podria ser ilusorio el legado del quinto, y perjudicado el legatario, al cual tal vez nada quedaria que tomar, y no se cumpliria la voluntad del legante que quiso lo llevase en todo lo que permite la ley; pero los gastos funerarios, misas y legados pios se han de sacar del quinto, y no del tercio; lo que observará el contador no mandando el testador otra cosa. Ultimamente, debo advertir que los legados pios sufrirán la deduccion del mismo modo que los voluntarios, excepto que el testador lo prohiba[4].

1 L. *In quantitate*, § fin. ff. *Ad leg. falcid.* Cifuent. en la 30 de Toro n. 2. Greg. Lop. en la ley 1 gl. 1 tit. 11 part. 6. Escob. *De ratioc.* comput. 10 n. 5.
2 L. *Si quis testam.* § *Apud Julianum*, ff. *De legat.* 1. Escobar ibi n. 4.
3 L. *Quidam*, ff. *De peculio.* Escobar ibi n. final.
4 L. *Si post. missionem*, 17 et ibi DD. ff. *De leg. falcid.* Parlad. lib. 1. *Rer quotidian.* cap. 18. Greg. Lop. y Angul. ubi supr. proxime. Escob. dicho comput. 10, ns. 8, 9 y sig.

13. Ofrécese ahora la duda de si se ha de hacer la deduccion solamente de los legados genéricos, ó se ha de ampliar tambien á los específicos. Algunos dicen que estos entrarán tambien en el prorateo, no apareciendo lo contrario de la voluntad del legante. Yo á la verdad soy de contrario dictámen, porque los legatarios de ellos adquieren su dominio y los hacen suyos inmediatamente que el testador muere, lo que no sucede con los genéricos; y así solo mandándolo el testador, ó no quedando nada que percibir á los legatarios, me parece deberá hacerse de ellos la deduccion respectiva y proporcional.

14. Los maridos hacen muchas veces legados á las mugeres, y suele dudarse si se han de compensar ó no hasta su importe con la dote, bienes parafernales, arras y gananciales que las corresponden. En cuanto á la dote, digo que no se debe compensar con el legado ó legados que el marido hizo á su muger; y así no solo la ha de llevar íntegra, sino tambien los legados: lo cual se entiende á ménos que haya dicho expresamente que se los dejaba por via de compensacion de ella, ó conste claramente que su ánimo fué hacérselos en este concepto. Asimismo aunque la legue la misma cantidad numérica que contiene la dote[1], ó el usufruto del todo ó parte de sus bienes, se la adjudicará todo[2]; siendo de advertir que los herederos del marido no pueden diferir la restitucion de la dote legada con pretexto de los gastos hechos en ella, excepto que fuese necesario ejecutarlos[3]. En cuanto á si estos gastos, ya sean útiles, necesarios ó voluntarios, se entienden tambien legados ó no, hay que distinguir de casos, y aun de opiniones[4].

15. Si la lega los esclavos que recibió estimados en dote, los conseguirá como legado, y tambien su estimacion como parte de dote[5]. Lo mismo procede aunque haya dicho que legaba tales cosas ó tales esclavos que se le habian dado en dote; pues estas palabras se entienden puestas y añadidas por causa de demostracion y no de tasacion[6]. Lo mismo procede cuando la lega alguna heredad ú otra finca afecta especial ó generalmente á la responsabilidad de su dote, pues tampoco se compesará en todo ni parte con ella; excepto que así lo exprese ó conste ser esta su voluntad[7], porque estos débitos son voluntarios, á causa de haberlos contraido espontánea-

1 Gom. lib. 1 *Var.* cap 12 n. 27 vers. *Quod extende*, ley única § *Primum*, 3 Cod. *De rei uxor action.* desde la palabra *Sciendum*, ley *Cum pater*, 77 § *Qui dotali*, ff. *De legat.* 2.
2 Castill. *De usufruct.* cap. 46.
3 L. *Dote praelegata*, 6 ff. *De dote praeleg.* Bersan. *De viduis*, cap. 2 q. 43 n. 1 al 3.
4 Bersan dicho cap. y q.
5 Gl. in leg. *Licianus*, 48 ff. *De legat.* 2.
6 Imol. in leg. 1 § *Mela*, 14 ff. *De dote praeleg.*
7 L. única, Cod. *De rei uxoriae action.* § y vers. inserto, y ley *Cum pater*, 77 § *Qui dotale*, ff. *De legat.* 2. Greg. Lop. en la 16 tit. 9 part. 6 gl. 3 vers. *Sed quid si debitor.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mente, y en los voluntarios no há lugar en caso de duda la compensacion.

16. Tampoco se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado: lo primero, porque este débito es voluntario en su origen por estar en arbitrio del marido el recibir ó no su administracion[1], y cuando el contrato fué voluntario en su principio, se conceptúa siempre por tal[2]; ademas de que el legado hecho por el deudor al acreedor voluntario no se compensa con el débito[3]; y lo segundo, porque lo mismo se juzga de lo accesorio que de lo principal: es así que los bienes parafernales son accesorios á la dote; luego por igual regla se han de pagar; y al modo que con la dote no há lugar la compensacion del legado, tampoco con los parafernales: por lo que si el estatuto permite á la muger que teste de aquella, se debe extender y ampliar la permision respecto de estos[4].

17. Si el testador recibió de la muger, v. gr. ciento en dote y doscientos en los bienes parafernales, y en su testamento dejó á las hijas que tuvo en aquella, mayor suma que las dos recibidas, mandando que se contentasen con ella por todo lo que debian haber, y podian pedir; valdrá y compensará el legado con la dote y parafernales de su madre hasta en lo que alcance, porque estas palabras: *que se contentasen con ella por todo lo que debian haber y podian pedir*, son universales, y comprenden toda especie de débito; por lo que es visto haber hecho el legado en compensacion de la dote y bienes parafernales[5].

18. Por lo respectivo á las arras que el marido promete á su muger, tampoco há lugar su compensacion con el legado del quinto ú otro que la hizo, porque el débito de ellas fué voluntario en el principio, á causa de estar en su arbitrio el ofrecérselas ó no, por no obligarle á ello ley alguna; pues en las deudas voluntarias, que son las que se contraen y deben por pacto y condicion, sin distincion de género, especie ni cantidad, no se admite compensacion con el legado, excepto que conste de la voluntad del testador; y mucho ménos há lugar si las arras estan entregadas á la muger, porque con el débito ya pagado no se hace compensacion[6]. Todo esto se entiende, excepto que el testador tenga ascendientes ó descendientes al tiempo que se casa; pues si viven algunos de ellos ó todos al de su fallecimiento, se compensará el importe de las arras con otro tanto de su quinto ó tercio, y del uno de estos se deducirá, y no del cuerpo del caudal.

1 L. fin. Cod. *De pact. convenit.*
2 L. *Sicut.* Cod. *De obligat et action.*
3 Imol. in leg. *Si cum dotem*, § *Si pater*, ff. *Solut. matrim.* Alex. in leg. *Hujusmodi*, 84 § *Cum pater*, 6 ff. *De legat.* Menoch. lib. 2. *De arbitr. caus.* 180 n. 52. Aimon Cravet. consil. 149.
4 Cravet consil. 149 n. 6 Ana consil. 36, vers. *Utrum.* n. 1.
5 Menach. consil. 56 n. 36 vers. 10 vol. 1. Ruin. consil. 60 n. 6, consil. 79 n. 8 y consil. 81 n. 7 lib. 2.
6 Tello en la ley 16 de Toro ns. 7 y 8. Covar. in cap. *offic.* ns. 4 y 11 *De testam.* Matienz. en la ley 7 gl. 1 n. 8 tit. 9 lib. 6 R. et ibi Acev. n. 6 al fin, y n. 7. Palac. Rub. in cap. *Per vestras. De donat.* cap. 27 ns. 2 y 3. Gutier. lib. 2, *Pract.* q. 124 n. 2, y *De tut.* part. 3 cap. 5 n. 75.

19. En órden á los gananciales, si el marido hace á su muger algun legado, no se ha de compensar con la mitad que de ellos la toca, ántes bien la ha de llevar, y ademas el legado, el cual se debe deducir del privativo caudal del marido, segun se prueba de la ley 8 tít. 4 lib. 10 Nov. Rec. que dice: *Si el marido madare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte, ó testamento, no se le cuente en la parte que la muger ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de los bienes*, y la tal manda en lo que de derecho debiere valer. La razon es, no porque los gananciales sean débito voluntario en su principio, como afirma Matienzo[1], pues lo son necesario; y así, ya quiera ó no el marido, los ha de llevar por concedérselos en los reinos de Castilla la costumbre aprobada por la ley[2]; al modo que lo es tambien el lucro de la dote, que segun la ley ó estatuto gana el marido[3]: ni tampoco porque la ley lo estableció así por evitar dudas, segun opina Acevedo, pues todas las leyes se hacen generalmente con este mismo objeto; sino porque, como á la muger se comunica el dominio y posesion (bien que revocable durante la vida de su marido) de los gananciales, segun senté en otra parte, estos se la deben á dia incierto, que es por muerte de su marido, ó por divorcio, y no ántes; y por causa onerosa, que es su trabajo y sociedad: el dia incierto hace condicion[4], y el legado para pagar el débito contraido á cierto dia ó condicion, no parece hecho con ánimo de que se compense ántes que el dia llegue ó la condicion se cumpla[5]. Por eso estableció la ley inserta que el hecho por el marido á su muger no se compense con los gananciales, que no se la deben ni se la han de pagar hasta que su marido muera; pues aunque tampoco se debe el legado hasta que fallece, y por concurrir este y los gananciales en un mismo tiempo, parece se debian compensar, no obsta, porque se atiende á aquel en que se hizo, en el cual no se la debian todavía los gananciales, y al motivo por que se la deben.

20. Por la misma regla se ha de juzgar el legado que el padre hace á su hija impúbera, pues aunque de necesidad está obligado á

1 En la gl. 1 á la ley citada.
2 Segur. en la ley 3 § fin. n. 246 ff. *De liberis et posthum.*
3 Covar. ibi n. 2. Menoch. praesumpt. 109 n. 35 lib. 4.
4 L. 1 § *Dies autem incertus*, y ley *Dies incertus*, 75 ff. *De conditionib. et demonstr.*
5 Alex. in leg. *Hujusmodi* § *Cum pater*, ff. *De legat.* 1. Menoch. consil. 151 n. 23 lib. 2 y praesumpt. 109 n. 57 lib. 4. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12 n. 27 al fin vers. *Ex quibus subtiliter.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dotarla teniendo edad competente para casarse[1], este débito y obligacion son necesarios solamente á cierto dia, que es cuando se halle en disposicion de poder contraer matrimonio, y no ántes[2]. Así que si la hizo algun legado en tiempo que todavía no se podia casar por falta de edad, no se debe decir que fué con ánimo de compensarlo con la dote que debia darla cuando la tuviese; y así no se compensará con esta, ántes bien lo llevará todo[3]; y lo mejor será, ya tenga ó no edad para casarse la hija, que el padre lo declare en su testamento, y de esta suerte se evitan dudas[4].

21. Si el marido lega á su muger todos sus vestidos y joyas, no se entiende que se los manda dos veces, en caso que no esten destruidos los que la tenia entregados al tiempo de hacer la manda, porque dos causas lucrativas de una misma especie no pueden concurrir en una persona[5], á ménos que conste lo contrario de la voluntad del legante; pues entónces se observará esta en todo lo que sea conforme á derecho. En cuanto á los demas vestidos y joyas no entregadas, se ha de distinguir: si son dotales, porque la muger los trajo al matrimonio, no los ha de percibir duplicados; y lo propio milita para con otra cualquiera cosa dotal[6]. Esto se entiende, excepto que al tiempo de recibirlos el marido se hubiesen estimado, pues en este caso se le han de dar, y ademas su estimacion[7]; previniendo que si expresa lo que valen, aunque resulte tener mayor valor, es visto legarla este íntegro[8].

22. No solo se comprenden en el legado general de vestidos los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cortados en casa del sastre, y el paño y tela tejida, ó que para emplear en ellos se estaba tejiendo, excepto que lo limite el testador[9]: lo cual se entiende no estando prohibido su uso en el pueblo; bien que en este caso se deberá su estimacion al legatario. Y aunque se aumente despues porque no murió entónces el testador, no se extenderá el legado á otros que á los que legó, no obstante que esten algo gastados ó rotos; pero estando consumidos sucederán en su lugar los nuevamente hechos hasta en el valor que aquellos tenian, y no mas[10].

23. Donando en contrato el deudor á su acreedor alguna cosa,

1 L. 8 tit. 11 part. 4. L. *Qui liberos*, 19 ff. *De ritu nuptiar.* L. fin et ibi DD. Cod. *De dotis promiss.*
2 L. *Quod pupillae*, 30 ff. *Quando dies legator. cedat.*
3 Alex. consil. 80 lib. 2 n. 6. Menoch. dicha praesumpt. 109 n. 57 al fin.
4 Morquech. *De divis.* lib. 4 cap 11 desde el n 1 al 43.
5 L. *Omnes*, ff. *De obligat et action.* L. *Si servus legatus*, § *Stichum*, ff. *De legat.* I, y § *Si res alienae*, Institut. *De legat.*
6 L. 1 § 14 ff. *De dote praelegata.*
7 Acev. en la ley 7 tit. 9 lib. 5 N. R.
8 Paul in leg. *Si fundum*, 83 § *Si libertus*, ff. *De legat.* I.
9 Jason. in leg. *Caetera*, 41 § *Sed si paraverit.* ff. *De legat.* 1 n. 20 et in leg. *Hujusmodi*, 84 § *Legatum*, n. 8 Cod. dicho tit.
10 Castill. en la ley 16 de Toro ns. 14 y 15.

no se presume haberle hecho esta donacion con ánimo de compensarla con lo que le debia; y así no se hará la compensacion, porque en duda no se hace con el débito necesario, ántes bien llevará el importe del débito y la cosa donada[1].

24. No vale el legado hecho por el deudor á su acreedor de lo que le debe, cuando ninguna utilidad ni comodidad se le sigue; pero si alguna se puede considerar, valdrá[2]. Por lo que si le lega simplemente alguna cantidad, se duda ¿si es visto legársela con ánimo de compensarla con lo que le debe? Y se responde, que siendo el débito necesario (cual es el que por disposicion de la ley contrae el legante, aunque á él no se obligue expresamente), se compensará, porque es visto haberlo hecho con este ánimo: v. gr. cuando el padre lega alguna cosa á su hija, que ya se halle en edad de casarse, pues se entiende legársela con ánimo de compensarla con la dote, que segun derecho está obligado á darla[3]. Lo mismo se entenderá si deja algo á un hijo, pues se presume dejárselo por via de legítima y por compensacion de esta[4], aunque tambien puede ser por via de mejora, segun la ley 26 de Toro, como dejo explicado. Todo esto procede excepto que la cosa conste de su voluntad, ó que por conjeturas ó demostraciones se colija que su ánimo no fué hacer la compensacion: v. gr. cuando el débito proviene de una causa, y el legado se hace por otra diversa; ó el legante expresa que hace de sus bienes el legado, ó manda que este no permanezca en poder del legatario, y que ántes bien lo entregue á otro; ó cuando el deudor necesario instituyó simplemente por su heredero á su acreedor en parte y no en todos sus bienes; ó cuando el débito necesario fué declarado ántes y destinado en cierta cosa, y luego el deudor lega á su acreedor otra diversa; por cuyas demostraciones ó expresiones se colige el ánimo de que no se haga la compensacion[5].

25. Pero si el débito es voluntario (que se llama así cuando proviene de contrato celebrado por el mismo deudor) no se compensará; ántes bien el acreedor llevará el legado, y podrá pedir y percibir su crédito[6]. Y lo propio milita si le lega la cosa mueble ó inmueble que le tiene obligada ó afecta á la seguridad y responsabilidad de la deuda, pues percibirá aquella y tambien el importe de esta, porque la especie no se compensa con la cantidad[7].

1 Menoch. praesumpt. 142 n. 2 lib. 3.
2 L. *Si creditori*, ff. *De legat.* 1. L. *Maevius* 66 vers. *Debitor*, y ley *Debitor.* 84 ff. *De legat.* Institut. *De legat.* Gom. cap. 12 n. 26.
3 L. *Si cum dotem.* § *Si pater*, ff. *Solut. matrim.*
4 L. *Quoniam novella*, y ley *Omnimodo*, Cod. *De inoffic. testam.* y ley *Etiam*, § *Si debita* ff. *De bonis libertor.*
5 Simon de Praet. *De interpr. ult. volunt.* lib. 4 dubit. 6 n. 17 al 31. Gutier. *De tutel.* part. 3 cap. 5 n. 44 al 46.
6 L. unic. § *Sciendum*, Cod. *De rei uxoriae action.*
7 L. *Creditor* 16 Cod. *De legat.* y ley *Greditorem*, 85 ff. *De legat.* 2 Covar. in cap. *Offic. testam.* n 2. Gom. cap. 12 n. 27.

26. Exceptúase el caso de que concurra alguna urgente conjetura, de la cual se pueda colegir que el deudor hizo legado con ánimo de hacer la compensacion[1]; pues el ánimo de compensar se prueba tambien por conjeturas ó de nostraciones[2]: v. gr. cuando por la misma causa de que procede el débito, se hace la donacion ó legado, como si alguno debe á la muger cierta cantidad por razon ó causa de dote, y por la causa dotal la dona ó lega la propia suma[3]; ó cuando dona ó lega tanta cuanta debe, v. gr. debe ciento, y dona al acreedor otros tantos[4]; ó si la cantidad donada excede á la que debe, porque en lo mas está incluso lo ménos[5]; ó cuando por el contesto de la donacion ó legado se colige el ánimo de compensar[6]. Por estas conjeturas se infiere que la voluntad del testador fué hacer la compensacion, y así se hará; y mucho mejor cuando está clara y manifiesta[7].

27. Cuando el acreedor que tiene en su poder la prenda la lega á su deudor, aunque vale el legado, se entiende en cuanto al derecho de prenda que le remite, pero no en cuanto á la liberacion de la deuda; y así la podrán cobrar sus herederos, y no habrá lugar á la compensacion, como dije en el libro 2 titulo 2 capítulo 18 párrafo 33, y se prueba de la ley 16 tit. 9 Part. 6, que dice: *En peños teniendo algun ome cosa de otro por dineros que oviese emprestado sobre ella, si este atal, á quien fuese obligada, ficiese aquel manda de aquella cosa á aquel mismo que gela obligara, vale tal manda. Pero á sus herederos en salvo les finca su derecho para poder demandar á aquel que gela empeñó, los dineros que el testador le habia prestado sobre aquella cosa.*

28. Procede tambien lo referido cuando es especie lo que se debe, y cantidad lo que se lega, pues tampoco ha lugar la compensacion de una con otra[8], excepto que uno á otro se leguen la misma cosa que se deben, porque dos causas lucrativas de una propia cosa no pueden concurrir en una persona, aunque la primera se haya entregado. Pero esto no milita cuando son diferentes especies[9]; ni tampoco en las deudas que se deben al sobreviviente por disposicion de ley, estatuto ó costumbre, v. gr. la cuarta marital, el lecho cotidiano ó luto, pues estas son necesarias; y así habrá lugar en ellas la compensacion, sin distincion de especie, género ni cantidad[1], no constando lo contrario de la voluntad del legante.

1 Cravet. consil. 686 n. 3 lib. 4.
2 L. *Cum quo*, 58 § fin. y ley *Quod autem*. 74 ff. *Ad leg. falcid.* Matienz. en la ley 7 tit. 9 lib. 5 gl. 1 n. 9.
3 Ruin. consil. 223 n. 4 lib. 1. Cravet. consil 68 n. 3.
4 Paul. in leg. *Lucius*, 1 ff. *De legat.* 2 col. 2. Corn. consil. 230 n. 1 lib. 4.
5 L. *In eo*, ff. *De regul. jur.* Corn. consil. 292 n. 1 lib. 1 Cravet. consil. 301 al fin.
6 Menoch. praesumpt. 142 al fin lib. 3. Corn. lib. 1 consil. 210 n.
7 L. *Continuus*, § *Cum ita*, ff. *De verb. oblig.* Menoch. praesumpt. 106 Barbos. en la ley *Si cum dotem*, § *Si pater*, ff. *Solut. matr.* Gutier. *De tutel* part. 3 en todo el cap. 5.
8 Alex. consil 7 n. 16 col. fin.
9 Pichard. in §. *Si res aliena*, Inst. *De legat.* ns. 9, 10, 11 y 15.

29. Como el legado que el testador deja al tutor testamentario, se presume hecho por premio del trabajo que ha de tener en la administracion de los bienes de su hijo pupilo y en el cuidado de su persona (por cuya razon si no administra, no tendrá derecho á él, ni lo conseguirá, á ménos que expresamente ó por conjeturas conste lo contrario de su voluntad) [2]; se sigue que percibiéndolo no le toca la décima que la ley del Fuero le concede, y ántes bien se debe compensar con ella. Si se lo deja simplemente, se compensará hasta en la concurrente cantidad, porque la compensacion se debe hacer en esta forma[3]; excepto que el testador mande que se contente con él, prohibiéndole que pida mas por razon de décima, pues en este caso, si sabiéndolo lo acepta, no puede pretender lo que falte para el complemento de ella[4], porque por su aceptacion se juzga aceptar el gravámen anejo[5]. Y si le hace el legado con condicion de que á cierto dia lo entregue á otro, se compensará el producto que en su intermedio percibió de él[6]. Lo mismo procede con el que hace al hijo del tutor por mera contemplacion de este[7].

30. Pero no se compensará cuando hace la manda á su mismo hijo, á quien nombra tutor del pupilo su hermano, pues se contempla que no se la deja por razon del trabajo en la administracion, sino por el afecto filial, excepto que lo exprese[8]; ni en los casos siguientes: cuando es legado de especie, si no lo dice; cuando se lo deja para que lo exija al tiempo que la décima; cuando se le hizo por otra causa, v. gr. por conservar la familia, pues entónces se debe atender á la causa que lo motiva; cuando el legatario fué nombrado despues tutor del menor por el juez; ni tampoco cuando concurre alguna de las conjeturas ó demostraciones referidas en el párrafo 24[9].

31. Pertenecen al legatario y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa simplemente legada, ó dejada en fideicomiso por el testador, siendo suya, y los que se cogen despues de haber adquirido su dominio con dicho motivo, sin que para ello se atienda si pasó ó no la mayor parte del año, ni á cuando espiró ó se cumplió el

1 Greg. Lop. en la ley 16 tit. 9 part. 6. Escob. *De ratioc.* comput. 14 n. 6.
2 L. *Nesennius* al fin. L. *Sed haec nimium*, ley *Quod autem*, ley *Tutor*, § *Quae tutorib.* y ley *Amicissimos*, ff. *De excusat. tutor* Baez. *De decim. tutor.* cap. 11 n. 1. Gutier. *De tutel.* part. 3 cap. 5 n. 15.
3 L. *Dotale*, § fin. ff. *De fundo dotal.* L. *Titia*, 34 § *Qui in vita*, ff. *De legat.* Gutier. ibi ns. 45 y 50.
4 Glos. in leg. *Creditorem*, ff *De legat* 2. Baez. *De decim. tutor.* cap. 5 n. 43. Gutier. ibi n. 51.
5 L. *Cum ab uno*, ff. *De legat.* 2 ley *Qui tutelam.* ff. *De testam. tutel.* Gutier. ibi n. 52.
6 L. *Cum quo*, § *Is qui bonis*, ley *In quantitate*, § *Magna*, y ley *Mulier*, § *Alia*, ff. *Ad leg. falcid.* Gutier ibi ns. 28 y 29
7 L. *Qui tutelam*, ff. *De testam. tutel.* Baez. cap. 5 n. 32. Gutier. ibi n. 27.
8 Dicha ley *Tutor*, y § *Quae tutoribus*. Gutier. ibi n. 31.
9 Gutier. dicho cap. 5 n. 32 al 48.

*

dia del legado ó fideicomiso, ni tampoco á si estan maduros ó próximos á ser cogidos; pues sin embargo de todo debe percibirlos el legatario, habiéndolos dejado pendientes el testador, y no dispuesto de ellos en manera alguna. Así que si el heredero de este los coge ó percibe, se los debe restituir, pagándole los gastos de recoleccion, porque el derecho que adquirió á ellos se retrotrae siempre al tiempo de la muerte, ya los haya percibido ántes ó despues de la adicion ó aceptacion de su herencia[1]; previniendo que si no legó la cosa simplemente, sino con sus frutos y emolumentos, se deben al legatario los percibidos en vida del testador desde que él hizo el legado[2].

22. Lo expuesto se entiende cuando el testador testa entre extraños por carecer de herederos legítimos; pues si deja ascendientes y descendientes, y el legatario es extraño, se ha de mirar si los frutos caben ó no en el quinto ó en el tercio, de que puede respectivamente disponer segun las leyes 6 y 28 de Toro; porque si los frutos ó la cosa legada exceden al importe de aquellos, se revoca el legado en el exceso. Y si el legatario es legítimo descendiente, se ha de atender si le caben en su legítima y mejora, pues aumentan la herencia, y el testador, á pretexto de estar pendientes, no puede gravar á sus herederos forzosos en su legítima, como en varias partes dejo sentado.

33. Estos frutos parece debian dividirse á prorata, segun en cuanto á los de la dote está dispuesto por derecho comun[3]. Sin embargo, no debe practicarse así, y la razon de diferencia consiste en que los de esta se conceden al marido por hacerle soportables las cargas matrimoniales; por lo que solo miéntras estas duran, debe percibirlos, y no mas. Esta consideracion no milita en el legatario y fideicomisario, sino la de dominio, que es la que les presta título para adquirirlos, y por consiguiente luego que lo consiguen, les corresponden sus frutos, por ser cogidos de una cosa que á este tiempo ya es suya, y se consideran como parte de ella; y por lo mismo no estan obligados á satisfacer los gastos hechos en sus labores y siembra de aquel año, porque es visto habérselo legado todo el testador[4]; lo cual se entiende, excepto que les mande pagarlas.

34. Siendo legatario de usufruto de alguna finca el que muere, pertenecen á su heredero los frutos que deja pendientes, aunque haya muerto á poco de haber entrado el año, pues aumentan el legado[5]; lo cual es al contrario en el usufrutuario, como diré en el capítulo siguiente, párrafo 24.

1 L. *Herenius Modestinus.* ff. *De usur.* et ibi DD. Cost. *in tract. de succession. regn.* pag. 145. Gom. lib. 1 *Var.* cap. 12 n. 5.
2 L. *Lucius* 1 ff. *De legat.* 2 et ibi gl. Gom. lugar cit.
3 L. *Divortio facto*, ff. *Solut matrim.*
4 § *Item ea*, Instit. *De rerum divis.* Velasc. *De partit.* cap. 34 n. 1 al fin.
5 L. 8 ff. *De annuis legat.*

35. No dejando el testador la propiedad de la finca al legatario, sino solamente su usufruto, si al tiempo de la muerte de aquel hay frutos pendientes, parece que pertenecerán á este, y no al heredero instituido, porque los frutos de la cosa legada se deben al legatario desde que fallece el testador, desde cuyo tiempo se le transfiere el dominio de lo legado, y no ántes. No obstante, lo contrario es lo cierto; y así los llevará el heredero propietario, pues aunque lo dicho es incontrovertible, no milita en este caso, porque no le lega el dominio y propiedad de la finca, sino solamente el usufruto de ella; y como los frutos pendientes no lo son, sino parte de la finca en que existe, y la siguen, tocan al que tiene el dominio de ella, el cual es el que presta título para su adquisicion y percibo. Por tanto se entiende que le lega el usufruto sucesivo, y no los frutos actuales, pues si quisiera que los llevase, lo expresaria; y respecto no haberlo expresado, los percibirá su heredero.

36. Por lo respectivo al modo de dividir las pensiones de la cosa arrendada por el testador entre sus herederos y el legatario, á quien estando arrendada se la mandó, la opinion mas comun es que así como desde el dia de la perfeccion de la venta tocan al comprador de la cosa arrendada las rentas ó pensiones de ella, como diré en otra parte[1], parece que lo mismo se deberá practicar entre los herederos del testador que arrendó la finca, y el legatario á quien despues de arrendada la legó; sin embargo, véase lo que digo en el capítulo próximo, número 21 y siguientes, que es lo que debe seguirse, no disponiendo otra cosa el testador.

37. Al legatario de cosa específica, propia del testador, ya sea legada sola, ó señalada por este para parte de pago de la cuota de bienes que le lega, corresponden los frutos que produce luego que muere, no solo aunque su heredero no acepte la herencia ó no entre en ella, sino aunque el testamento se rompa por preterition ó exheredacion, ó carezca de nombramiento de heredero, porque en todos casos vale el legado, se le transfiere su dominio, y por consiguiente los frutos producidos por la cosa legada[2]; á diferencia de lo que por derecho comun y de las Partidas está ordenado, pues no debia llevarlos, ni el legado, hasta que el heredero aceptaba la herencia. Así en esta parte está corregido, y cesan la gran controversia,

1 El párrafo á que se remite Febrero dice casi lo contrario, como puede verse por sus mismas palabras que son las siguientes, y se hallan en el párrafo 1 del capítulo próximo al fin. „Si consisten (los frutos) en arrendamientos ó pensiones de la cosa arrendada, y al tiempo de la venta estaban vencidos, y cumplido el dia de su solucion, tocan al vendedor, y no al comprador; y si no lo estaban, deben ambos dividirlos á prorata del tiempo transcurrido desde el último plazo vencido y satisfecho." Esto es lo mas racional, y lo que debe observarse.
2 L. 7 tit. 8 part. 6, y ley 1 tit. 18 lib. 10 N. R.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

distinciones y tiempos á que daba lugar se atendiese, para ver si los frutos correspondian ó no al legatario[1].

38. Si el legado es de cosa genérica ó agena, tambien vale; pero no se deben al legatario los frutos sino desde el tiempo que se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega, que es desde la contestacion del pleito: y la razon es, porque no se le transfiere ni adquiere dominio en lo legado, como cuando es propia del testador y específica; pues cesando la razon de dominio, cesa la de pertenencia y produccion de frutos, y de ser ya parte de la misma alhaja, estar comprendidos en ella, y debe pasar con el domino al legatario[2].

39. Lo mismo procede por la propia razon cuando el legado es del quinto, ó de otra parte ó cuota de bienes del testador, sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario[3]; y en todos los casos en que no se le transfiere el dominio ántes de la eleccion y mora del heredero, dia prefinido para su entrega, ó cumplimiento de la condicion impuesta[4]; pues en ellos se le deberán los frutos desde el dia en que se le transfiera, y no ántes. La razon porque no se le transfiere, ni por consiguiente se le deben los frutos, es porque aunque consta la parte que contiene el legado, pero no específica ni señaladamente lo que se ha de entregar en pago de él, pues esto queda á eleccion del heredero, la cual impide la translacion del dominio y adquisicion de frutos durante la mora, y hasta la interpelacion y contestacion[5]; y la eleccion toca al heredero, porque fué mas amado del testador que el legatario.

40. Si ningun heredero fuere instituido, ó aunque lo sea, si no quiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar á los legítimos ó al ejecutor testamentario para que la acepten, ó se nombrará curador á los bienes yacentes, con quien se practiquen las diligencias competentes á la adicion ó aceptacion, desde la cual, así como se le transfiere el dominio verdadero de lo legado, del mismo modo se le transferirá el derecho de percibir los frutos de ello. Pero si el legado consiste en universalidad de bienes, v. gr. en un rebaño, corresponden sus frutos al legatario, y vienen desde la muerte del testador, porque se reputan un mismo cuerpo y legado[6].

41. Revocado el legado que fué hecho en última voluntad, ó

1 Matienz. en dicha ley 1 gl. 15 desde el n. 21 al 29.
2 L. fin. Cod. *De usuris et fruct. legat.* Burg. de Paz en la ley 3 de Toro part. 1 desde el n. 936. Matienzo dicha gl. 15 n. 33.
3 L. *Si quis bonorum*, 23 ff. *De legat.* 1 Matienz. ibi.
4 Vasquio *De success. creat.* lib. 2 § 17 n. 131. Matienz. ibi n. 34.
5 L. *Si quis bonorum*, y ley *Non amplius*, 26 § *Cum bonorum*, ff eod. tit. Angul. *De meboralib.* in leg. 4 gl. 6 ns. 1 y 2. Ayor. *De partit.* part. 1 cap. 6 ns. 13 y 14.
6 L. *Grege legat.* 21 ff. *De legat.* 1 Gom. dicho n. 22 Pichard. in § *Si res* Instit. *De legat.* Castill. *De usufruct.* cap. 27 desde el n. 5.

en donacion por causa de muerte, y entregado al legatario por el legante, con expresion del instrumento revocable en cuya virtud se le entrega, ¿se duda si el legatario hará suyos los frutos percibidos de la cosa donada hasta la revocacion ó muerte del testador? Y aunque algunos dicen que sí[1], lo contrario me parece debe seguirse por las razones siguientes: lo primero, porque el legado hecho en donacion por causa de muerte, ó en otra última voluntad, lleva la tácita condicion de que valdrá en caso que estas no se revoquen, y sigue la naturaleza del instrumento en que se hace[2]; y atendida esta condicion no se deben los frutos de lo legado ó donado[3]: lo segundo, porque el título revocable ningun derecho da para adquirir los frutos[4]: lo tercero, porque la entrega de la cosa legada con expresion ó conmemoracion del instrumento en que se hace, no muda la sustancia, virtud ni efecto de lo legado[5]; y por lo propio que no muda su naturaleza, se queda en la clase de lo entregado: y así conviniendo, como convienen, el no entregado y el que lo fué, en los términos referidos, debe convenir la misma disposicion á uno que á otro[6]: y lo cuarto, porque al legatario no se deben los frutos hasta despues de la muerte del testador[7]; por lo que si los percibió ántes, debe restituirlos en caso que este revoque el legado[8].

1 Gom. ibi n. 4. Gutier. in leg. *Nemo potest.* ff. *De legat.* 1 n. 258. Tello en la 17 de Toro n. 83.
2 L. *Senatus.* § 1 ff. *De donation. caus. mort.* L. *Rem legatam*, ff. *De adimemd.* ley y § 1. Instit. eod. tit.
3 L. *Necessario*, § *Quod si pendente*, ff. *De pericul. et commod. rei vindit.*
4 L. *Cum quis*, ft. *De condition. ob caus.* Tiraquel. in leg. *Si unquam.* Cod. *De revocand. donation.* verb. *Revertatur.* n. 228 al fin.
5 Glos. in leg. *Legatum*, 1 ff. *De legat.* Tello en la 17 de Toro n. 86 Covar. in rubr. *De testam.* part. 2 n. 21. Molin. *De primog.* cap. n. 19. Gom. cap. 12 n. 4 cit. vers. *Si vero testator.*
6 L. 4 § *Toties*, ff. *De damno infect.* ley *Quod constituto*, ff. *De militari testam.*
7 L. 37 verb. *Otrosí decimos*, tit. 9 part. 6 gl. in leg. *Quod servus*, ff. *De legat.* 2
8 Morquech. *De divis. bonor.* lib. 3 cap. 5. n. 12 al 25.

CAPITULO XII.

Division de los frutos de la finca que vendió el testador, y no entregó al comprador. Idem de la finca enfitéutica, caso que el enfitéusis de nominacion haya de volver al señor del dominio directo por muerte del enfitéuta. Idem de los frutos y pensiones de beneficios eclesiásticos entre los herederos del beneficiado y el sucesor. Idem de los frutos pendientes del mayorazgo entre el sucesor y los herederos del poseedor. Idem de los frutos que el usufrutuario deja cogidos ó pendientes.

1 Si el testador cuando murió tenia vendido ó no entregado al comprador algun predio ¿á quien pertenecerán los frutos, y cómo habrán de dividirse?
2 Cuando por muerte del enfitéuta ha

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

distinciones y tiempos á que daba lugar se atendiese, para ver si los frutos correspondian ó no al legatario[1].

38. Si el legado es de cosa genérica ó agena, tambien vale; pero no se deben al legatario los frutos sino desde el tiempo que se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega, que es desde la contestacion del pleito: y la razon es, porque no se le transfiere ni adquiere dominio en lo legado, como cuando es propia del testador y específica; pues cesando la razon de dominio, cesa la de pertenencia y produccion de frutos, y de ser ya parte de la misma alhaja, estar comprendidos en ella, y debe pasar con el domino al legatario[2].

39. Lo mismo procede por la propia razon cuando el legado es del quinto, ó de otra parte ó cuota de bienes del testador, sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario[3]; y en todos los casos en que no se le transfiere el dominio ántes de la eleccion y mora del heredero, dia prefinido para su entrega, ó cumplimiento de la condicion impuesta[4]; pues en ellos se le deberán los frutos desde el dia en que se le transfiera, y no ántes. La razon porque no se le transfiere, ni por consiguiente se le deben los frutos, es porque aunque consta la parte que contiene el legado, pero no específica ni señaladamente lo que se ha de entregar en pago de él, pues esto queda á eleccion del heredero, la cual impide la translacion del dominio y adquisicion de frutos durante la mora, y hasta la interpelacion y contestacion[5]; y la eleccion toca al heredero, porque fué mas amado del testador que el legatario.

40. Si ningun heredero fuere instituido, ó aunque lo sea, si no quiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar á los legítimos ó al ejecutor testamentario para que la acepten, ó se nombrará curador á los bienes yacentes, con quien se practiquen las diligencias competentes á la adicion ó aceptacion, desde la cual, así como se le transfiere el dominio verdadero de lo legado, del mismo modo se le transferirá el derecho de percibir los frutos de ello. Pero si el legado consiste en universalidad de bienes, v. gr. en un rebaño, corresponden sus frutos al legatario, y vienen desde la muerte del testador, porque se reputan un mismo cuerpo y legado[6].

41. Revocado el legado que fué hecho en última voluntad, ó

1 Matienz. en dicha ley 1 gl. 15 desde el n. 21 al 29.
2 L. fin. Cod. *De usuris et fruct. legat.* Burg. de Paz en la ley 3 de Toro part. 1 desde el n. 936. Matienzo dicha gl. 15 n. 33.
3 L. *Si quis bonorum*, 23 ff. *De legat.* 1 Matienz. ibi.
4 Vasquio *De success. creat.* lib. 2 § 17 n. 131. Matienz. ibi n. 34.
5 L. *Si quis bonorum*, y ley *Non amplius*, 26 § *Cum bonorum*, ff eod. tit. Angul. *De meboralib.* in leg. 4 gl. 6 ns. 1 y 2. Ayor. *De partit.* part. 1 cap. 6 ns. 13 y 14.
6 L. *Grege legat.* 21 ff. *De legat.* 1 Gom. dicho n. 22 Pichard. in § *Si res* Instit. *De legat.* Castill. *De usufruct.* cap. 27 desde el n. 5.

en donacion por causa de muerte, y entregado al legatario por el legante, con expresion del instrumento revocable en cuya virtud se le entrega, ¿se duda si el legatario hará suyos los frutos percibidos de la cosa donada hasta la revocacion ó muerte del testador? Y aunque algunos dicen que sí[1], lo contrario me parece debe seguirse por las razones siguientes: lo primero, porque el legado hecho en donacion por causa de muerte, ó en otra última voluntad, lleva la tácita condicion de que valdrá en caso que estas no se revoquen, y sigue la naturaleza del instrumento en que se hace[2]; y atendida esta condicion no se deben los frutos de lo legado ó donado[3]: lo segundo, porque el título revocable ningun derecho da para adquirir los frutos[4]: lo tercero, porque la entrega de la cosa legada con expresion ó conmemoracion del instrumento en que se hace, no muda la sustancia, virtud ni efecto de lo legado[5]; y por lo propio que no muda su naturaleza, se queda en la clase de lo entregado: y así conviniendo, como convienen, el no entregado y el que lo fué, en los términos referidos, debe convenir la misma disposicion á uno que á otro[6]: y lo cuarto, porque al legatario no se deben los frutos hasta despues de la muerte del testador[7]; por lo que si los percibió ántes, debe restituirlos en caso que este revoque el legado[8].

1 Gom. ibi n. 4. Gutier. in leg. *Nemo potest.* ff. *De legat.* 1 n. 258. Tello en la 17 de Toro n. 83.
2 L. *Senatus.* § 1 ff. *De donation. caus. mort.* L. *Rem legatam*, ff. *De adimemd.* ley y § 1. Instit. eod. tit.
3 L. *Necessario*, § *Quod si pendente*, ff. *De pericul. et commod. rei vindit.*
4 L. *Cum quis*, ft. *De condition. ob caus.* Tiraquel. in leg. *Si unquam.* Cod. *De revocand. donation.* verb. *Revertatur.* n. 228 al fin.
5 Glos. in leg. *Legatum*, 1 ff. *De legat.* Tello en la 17 de Toro n. 86 Covar. in rubr. *De testam.* part. 2 n. 21. Molin. *De primog.* cap. n. 19. Gom. cap. 12 n. 4 cit. vers. *Si vero testator.*
6 L. 4 § *Toties*, ff. *De damno infect.* ley *Quod constituto*, ff. *De militari testam.*
7 L. 37 verb. *Otrosí decimos*, tit. 9 part. 6 gl. in leg. *Quod servus*, ff. *De legat.* 2
8 Morquech. *De divis. bonor.* lib. 3 cap. 5. n. 12 al 25.

CAPITULO XII.

Division de los frutos de la finca que vendió el testador, y no entregó al comprador. Idem de la finca enfitéutica, caso que el enfitéusis de nominacion haya de volver al señor del dominio directo por muerte del enfitéuta. Idem de los frutos y pensiones de beneficios eclesiásticos entre los herederos del beneficiado y el sucesor. Idem de los frutos pendientes del mayorazgo entre el sucesor y los herederos del poseedor. Idem de los frutos que el usufrutuario deja cogidos ó pendientes.

1 Si el testador cuando murió tenia vendido ó no entregado al comprador algun predio ¿á quien pertenecerán los frutos, y cómo habrán de dividirse?
2 Cuando por muerte del enfitéuta ha

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de volver el enfitéusis que llaman de *nominacion* al señor del dominio directo, si el enfitéuta fallece despues de cogidos los frutos de la finca enfitéutica, es indudable que los ha adquirido, y pasan á sus herederos, y no al sucesor en el enfitéusis.

3 Si el enfitéuta cultivó por sí mismo las fincas enfitéuticas ó las arrendó, y mediado el año ó ántes de recoger los frutos, ó estando pendientes ó sembrados, muriese, y el enfitéusis ha de volver por su muerte al dueño del dominio directo, pertenecen á este sus frutos.

4 Si hubiere alguno llamado al goce del enfitéusis, y este haya de pasar á él, le tocan los frutos pendientes en la finca enfitéutica.

5 Si el enfitéuta hubiere arrendado el fundo, recibido del arrendatario las pensiones, y falleciendo pendientes los frutos ó rentas, pertenecen estos al sucesor ó al señor del dominio directo.

6 Si por delito del enfitéuta cae en comiso el enfitéusis, debiendo volver este al señor del dominio directo, y al tiempo de cometido el crímen hubiere frutos pendientes en la finca enfitéutica, pertenecen todos á dicho señor.

7 y 8 De los frutos y pensiones de beneficios eclesiásticos. Tres clases de bienes que pueden gozar los clérigos.

9 Estando pendientes los frutos de prebenda ó beneficio eclesiástico, tocan *in solidum*, atendido el rigor de derecho, al sucesor en el beneficio.

10 Sin embargo de lo expuesto en el párrafo anterior, se observa en los dominios de España como mas equitativo el prorratear entre los herederos del beneficiado y el sucesor del beneficio, así los frutos pendientes como los cogidos dentro del año de su fallecimiento.

11 Del mismo modo se ha de dividir la pension que alguno tiene sobre beneficio ó dignidad eclesiastica.

12 Modo de dividir los frutos pendientes en los bienes vinculados entre el sucesor y los herederos del último poseedor. Está generalmente observada en España la práctica de dividir los frutos, pensiones ó rentas pendientes de un mayorazgo entre los herederos del último poseedor y el sucesor á prorata del tiempo que aquel vivió en el año de su fallecimiento.

13 Como suele haber diversas especies de frutos pendientes en los bienes de mayorazgo, enseña el autor desde este párrafo lo que se debe practicar en la division de cada clase. Caso primero. Si al tiempo de la muerte del fundador quedan frutos pendientes, y nada dispone acerca de ellos, vinculando solo las propiedades y capitales que los producen, ni tampoco deja muger ni herederos legítimos ó extraños.

14, 15 y 16 Caso segundo. Si no deja viuda, pero sí hijos ú otros descendientes legítimos por herederos, y mejora á uno de ellos en el tercio y quinto, ó en bienes señalados, imponiendo el gravámen de vinculacion, y al tiempo de fallecer quedan frutos pendientes en los mismos bienes.

17 hasta el 23 Caso tercero. Cuando el poseedor del vínculo ó mayorazgo no es primer llamado, y deja frutos pendientes ó manifiestos en las tierras, viñas ú olivares que labra por sí, ó las tierras barbechadas ó sembradas solamente, ó arrendamientos de otras, alquileres de casas, réditos de censos, juros y otros efectos semejantes, cuyos plazos de pagas no han cumplido.

24 Si el usufrutuario deja cogidos al tiempo de morir los frutos de los bienes raices que usufrutuaba, pertenecen todos á sus herederos; pero si estan pendientes tocan al dueño propietario.

25 Lo mismo sucede respecto de las pensiones de las fincas productivas.

26 Instituyendo el testador á uno por heredero usufrutuario de todos sus bienes, y á otro por legatario en propiedad y usufruto de una finca, la llevará este así, á pesar de la institucion universal, y el heredero el usufruto de los demas bienes del testador.

27 Limitacion de lo dicho anteriormente.

28 Instituyendo el testador á uno por usufrutuario de todos sus bienes, ó legándole el usufruto de ellos para que perciba los frutos de la herencia, ¿será preciso que la acepte el propietario?

29 ¿Cuándo se dirán percibidos los frutos por el usufrutuario para que sus herederos los hagan suyos?

1. Si el testador cuando murió tenia vendida y no entregada al comprador alguna finca, y este y los herederos de aquel se convienen en el modo de dividir sus frutos y pensiones, se ha de observar enteramente su convenio[1], siendo justo y arreglado. Si dichos frutos estaban cogidos y separados del suelo al tiempo que falleció, le corresponden sin la menor duda, y no al comprador; y por consiguiente deben llevarlos sus herederos[2], porque se entienden percibidos, y en poder del dueño que los cogió. Si estaban pendientes en el predio vendido, ya se hallen verdes ó maduros al tiempo de la venta, pertenecen al comprador[3], porque entónces son parte integral de la cosa vendida, se contemplan comprendidos en la venta y precio prometido por la finca. En estos casos no hay que dividir los frutos, porque segun sea, pertenecen íntegramente al comprador y vendedor, excepto que pacten otra cosa. Y aunque muera el testador ántes de entregar la cosa vendida, respecto estaba obligado á su entrega, segun el estado en que la habia enagenado (que era con los frutos pendientes), estarán obligados á lo mismo sus herederos, pues la venta se entiende perfectamente celebrada, aunque no haya tradicion de la cosa, ni numeracion de precio, con tal que conste realmente de la una y del otro. Si al tiempo que se celebró la venta no tenia frutos pendientes la finca vendida, pero nacieron despues de perfeccionada por el consentimiento de los contrayentes, señalamiento del precio cierto, y ántes de su tradicion, se ha de distinguir: si el vendedor no fué moroso en hacer su entrega, le pertenecen[4]; pero si lo fué, porque ya habia recibido el precio del comprador, tocan á este[5]; y por el contrario no le corresponden, cuando ántes de satisfacerlo percibió los de la que compró y se le entregó[6]; y así como que en el caso de morosidad no son del vendedor, ni tocan por consiguiente á su testamentaría, no se deben inventariar ni tener por caudal suyo; y aun cuando se in-

1 L. 1 tit. 1 lib. 10 N. R.
2 L. *Defuncta*, 58 ff. *De usufruct. et quemadmodum quis utatur*, y ley *Si stipulatus*, 4 et ibi gl. ff. *De usor. et fructib.*
3 L. 11 tit 15 part. 5.
4 § *Venditae.* Instit. *De rerum divis.*
5 Glos. penult. in leg. *Fruct.* Cod. *De action. empti.*
6 Gom. lib. 2 *Var.* cap. 2 n. 11.

ventarien por ignorancia, debe separarlos de este el partidor para no dividirlos, expresando la causa de su separacion. Finalmente, si el precio de la venta no se declara al tiempo de su celebracion, y se remite al arbitrio del juez ó de un tercero, y ántes que estos lo declaren, percibe el comprador los frutos, le pertenecen, si paga el precio, porque el contrato es condicional, y cumpliéndose luego la condicion, se retrotrae al tiempo que se hizo[1]. Todo lo referido procede cuando los frutos son naturales ó industriales; pero si consisten en arrendamientos ó pensiones de la cosa arrendada y al tiempo de la venta estaban vencidos, y cumplido el dia de su solucion, tocan al vendedor y no al comprador; y si no lo estaban, deben ambos dividirlos á prorata del tiempo transcurrido desde el último plazo vencido y satisfecho (*).

2. Cuando por muerte del enfitéuta ha de volver el enfitéusis, que llaman de *nominacion*, al señor del dominio directo, si el enfiteuta fallece despues de cogidos los frutos de la finca enfitéutica, es indubitable que los hace suyos, y pasan á sus herederos (ya viva ó no todo el año), y no al sucesor en el enfitéusis si no es heredero suyo, pues en este caso no se atiende á lo que vivió, sino solamente á que cuando falleció ya tenia su dominio, por haberlos percibido en uso del derecho que le competia. Lo propio milita cuando al tiempo de su muerte los habian cogido los colonos, á quienes la tenia arrendada, pues las pensiones que estos le habian de satisfacer por ella, pertenecen á su heredero, aunque halla fallecido el enfiteuta ántes de cumplirse el tiempo de su pago; porque así el usufrutuario como el enfiteuta los perciben en virtud del dominio útil que tienen en la cosa, el cual basta tener al tiempo de la recoleccion, aun cuando con su muerte se extinga. No obsta que las rentas de hayan de pagar mucho despues de la recoleccion, (que es cuando cumple el plazo), porque en el mismo instante que se celebra el contrato de arrendamiento, nace la accion á la pension entera de todo el tiempo estipulado, y la obligacion del arrendatario á pagarla; en cuya atencion, y en la de que el enfiteuta la percibe por razon del útil dominio que tiene en la finca enfitéutica, no se atiende al dia en que se ha de satisfacer.

3. Si el enfiteuta cultivó por sí mismo las fincas enfitéuticas, ó las

1 El precio de lo que se vende no puede dejarse al arbitrio de ninguno de los contratantes, ni de ninguna persona incierta, pues seria nula la venta. Al arbitrio de sujeto determinado si podrán dejarse, y entónces, si le señala valdrá la venta; y si es mucho mayor ó menor de lo que merece la cosa, ha de arreglarse por el juez; y si muere ántes de señalarlo, la venta será de ningun valor. *Febrero reformado.* Sobre esta observacion tan justa del sr. Gutierrez, hace el adicionador de Febrero en otra nota ciertas reflexiones, que en mi dictámen son poco fundadas.

(*) En órden al modo de dividir los frutos pendientes en la finca vendida con el pacto *de retrovendendo*, véase el tom. 2 de esta obra, pág. 161 párrafo 40.

arrendó, y mediado el año, ó ántes de recoger los frutos, ó estando pendientes ó sembrados, murió, y el enfitéusis ha de volver por su muerte al dueño del dominio directo, por haberse extinguido todos los llamados á su obtencion, pertenecen sus frutos á este, porque se consolidan el usufruto con la propiedad, y el dominio útil con el directo; y solo estará obligado á pagar las expensas de labores y demas hechas, graduándole en este caso por la regla que el usufrutuario; y así por militar la propia razon, vale el argumento de uno á otro.

4. Si hay algun llamado, y el enfitéusis ha de pasar á él, le tocan los frutos pendientes en la finca enfitéutica: porque como son parte de esta, y la tradicion hecha al enfiteuta primero se hizo en nombre de todos los nombrados, así como la concesion; siempre el siguiente llamado adquiere por virtud de ella su dominio, muerto el poseedor: y por esto le pertenecen incontinenti todos los frutos pendientes, bajo la obligacion de entregar á los herederos las expensas de siembra y labores hechas: las cuales en todo evento se deben deducir primero, y satisfacer al que las hizo, porque á todos está prohibido lucrarse con detrimento de otro, y así no se llaman frutos, ni los hay hasta que se deducen los gastos.

5. Procede tambien lo expuesto, en caso que el enfiteuta haya arrendado el fundo, recibido al instante del conductor las pensiones de todo el tiempo del arriendo, y muerto pendientes los frutos ó pensiones; pues no obstante pertenecen al sucesor ó al señor del directo dominio, si el enfitéusis ha de volver á él, el cual no está obligado á pasar por el arriendo; y así los herereros del enfiteuta deberán restituir al arrendatario las pensiones que su causante percibió anticipadas de mas tiempo que el que vivió; lo cual milita en el usufrutuario, por quien se debe gobernar el contador en este caso, porque se equiparan.

6. Si por delito que cometió el enfiteuta cae en comiso el enfitéusis, ha de volver este al señor del directo dominio; y si al tiempo de la perpetracion del delito hubiere frutos pendientes en la finca enfitéutica, pertenecen al señor todos por la propia, y aun mayor razon que la de su muerte. Y si los percibieron despues el enfiteuta ó sus herederos, estan obligados á devolverlos al mismo, como dueño propietario de ambos dominios, directo y útil; porque por el delito se consolidan estos, y el enfiteuta lo pierde todo[1].

7. Los que gozan beneficios, dignidades y pensiones eclesiásticas, pueden fallecer á los principios, medio ó á fines del año, y suele dudarse cómo se han de dividir los frutos que dejan pendientes. Ántes de todo es de saber que el clérigo puede gozar tres clases de bie-

1 L. *Si pater*, Cod. *De usufruct. speculat.* in tit. *De emphyteusi* n. 13.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nes: *patrimoniales*, y son los que hubo de sus padres y parientes, ó adquirió con su industria y trabajo, ó por donacion, testamento ú otro contrato lucrativo, así como el lego[1], y en ellos se gradúa como este; y asi en los reinos de Castilla puede disponer de todos á su arbitrio á falta de herederos forzosos[2].

8. Otros se llaman *cuasipatrimoniales*, que son los que adquiere por razon del órden y oficio clerical: v. gr por la limosna de la misa, por predicar, cantar las horas canónicas, y por otros actos y ejercicios espírituales; de cuyos bienes como adquiridos con su personal trabajo puede testar y disponer igualmente, porque se reputan como patrimoniales[3]; por manera que en estas dos clases de ellos y en sus frutos se sucede segun las leyes y reglas de la sucesion de los legos, y del mismo modo vienen al juicio divisorio que los de estos; porque son bienes profanos ó temporales, y no espirituales ni sagrados. Otros, en fin, se llaman adquiridos por razon de la Iglesia, esto es, porque provienen de prebenda, beneficio simple ó curado, obispado ú otra dignidad eclesiástica.

9. Dejando aparte las opiniones que hay sobre la sucesion de estos últimos frutos (que es en lo que estriba la mayor dificultad), digo que estando pedientes tocan íntegramente, atendido el rigor de derecho, al sucesor en el beneficio, y el beneficiado hace suyos solamente los que dejó cogidos cuando murió; y se llaman así, aunque no esten encerrados en la trox ó parage donde se custodian, pues basta que esten segados y separados del suelo[4]: los cuales se ha de dividir entre sus herederos, como los de su patrimonio, porque en los reinos de Castilla puede testar, y se sucede en ellos por testamento y abintestato por costumbre que está mandada observar por una ley recopilada[5].

10. Pero sin embargo de lo expuesto se observa en otros dominios, como mas equitativo, el proratear entre los herederos del beneficiado y el sucesor del beneficio así los frutos pendientes como los cogidos dentro del año de su fallecimiento: de suerte qué hasta que espira el año civil (que es en el dia último de diciembre) no los hace suyos enteramente el beneficiado, aunque los tenga recogidos, y los percibirán únicamente sus herederos á proporcion del tiempo que en aquel año vivió, porque como alimentos le tocan hasta entónces, y con la misma proporcion deberán cumplir las cargas, por cu-

1 Cap. *Cum dilectos*; *de jure patronat*, cap. *Episcopus*, cap. *Manifest.* y cap. *Sint manifestae*, q. 1.
2 Cap. *Fixum*, 12 q. 5 cap. 1, y cap. *Quia non*, *de testam.* y cap. *Relatum*, q. 2 cod. tit. vers. *Ceterum*. Velasc. *De partit.* cap. 35 n. 1 al 3.
3 Perus. in rubr. *De testam.* col. 30 et in 6 n. 56. Navar. *in Apolog.* q. 1 monit. 21 y 22, ns. 1 y 3. Abb. in cap. *Cum esses* n. 26. *De testam.* Velasc. ibi n. 4.
4 Velasc. *De partit.* cap. 33 n. 11 y cap. 36 cod n. Gutier *Canon. Quaest.* cap. 33 n. 4.
5 L. 12 tit. 20 lib. 10 N. R.

yo medio se evitan muchos pleitos, gastos y perjuicios[1]; aunque sobre todo se estará á la costumbre del obispado en que exista el beneficio ó capellanía colativa.

11. Del mismo modo se ha de dividir la pension que alguno tiene sobre beneficio ó dignidad eclesiástica, porque se le concede por via de alimentos; y estos no deben darse al alimentario por mas tiempo que el que vive[2].

12. Sobre el modo de dividir los frutos pendientes en los bienes vinculados entre el sucesor y herederos del último poseedor estan discordes los autores. Unos opinan que ha de observarse en ellos lo mismo que en los de los feudos: otros son de parecer que los frutos, pensiones ó rentas pendientes de un mayorazgo pertenecen al sucesor, en quien se transfiere su dominio; y otros afirman que se deben dividir entre los herederos del último poseedor y el sucesor á prorata del tiempo que aquel vivió en el año de su fallecimiento. Esta opinion que siguen muchos autores nuestros[3], y que es seguramente la mas equitativa, pues seria cosa inicua que habiendo estado casi todo el año el último poseedor sufriendo las cargas del mayorazgo, se privase de dichos frutos á sus herederos, por haber fallecido ántes de finalizarse, y que en detrimento suyo se lucrase el sucesor con ellos: esta opinion, digo, se ha adoptado tan generalmente en España, que muchísimas veces se ha ejecutoriado el prorateo, y tal costumbre tiene fuerza de ley, por tener los cinco requisitos necesarios para que valga, y no se califique de corruptela; á saber: ser general: estar tolerada por el soberano: haberse seguido por los tribunales supremos, no solo en los dos juicios que perfine la ley, sino en muchísimos: haberse usado por mas tiempo que el de los veinte años que aquella dispone; y no oponerse al derecho divino, natural ni positivo; ni tampoco al bien comun[4]. Pero como suele haber diversas especies de frutos pendientes en los bienes vinculados ó de mayorazgo, y los autores dejaron en silencio mucho de lo que se debe practicar en la division de cada clase y caso, se hablará de este punto con mayor individualidad y extension.

13. Si al tiempo de la muerte del fundador quedan frutos pendientes, sean de los bienes que labraba por sí, ó de los réditos ó pensiones que debian los arrendadores, censuarios ó enfiteutas, y nada dispone acerca de los expresados frutos, vinculando solo las

1 Covar. lib. 1. *Var.* cap. 15 n. 22. Gutier. *Canon. Quaest.* cap. 33 n. 9 y sig. Molin. *De primog.* lib. 3 cap. 11 n. 4.
2 L. *Cum hi*, 8 Cod. *De transact.*
3 Molin *De primog.* lib. 3 cap. y n. 11. Avor part. 1 cap. 9 n. 6 y sig. Covar. lib. 1 *Var.* cap. 15 n. 14. Garcia *De expens.* cap. 16 n. 6. Castill. *De usufruct.* lib. 1 cap. 80.
4 LL. 4, 5 y 6 tit. 2 part. 1. Puede verse sobre este punto á Castill. cap. cit. y á Escob. comput. 20.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

propiedades y capitales que los producen, ni tampoco deja muger ni herederos legítimos ni extraños, son todos del primer llamado, sin que tengan obligacion de dejar otros tantos al sucesor, ni de agregar su importe al vínculo ó mayorazgo; pues por su silencio es visto haber querido los gozase libremente para sí: y como son accesorios, se estiman parte de la misma cosa, y los adquiere quien se hace dueño de ella[1]. Pero si los mandare agregar, ó instituyere á alguno heredero de ellos, ó dispusiere otra cosa, se observará su voluntad.

14. Si no deja viuda, pero sí hijos ú otros descendientes legítimos por herederos, y mejora por via de vínculo á uno de ellos en el tercio y quinto, consignándoselos en bienes determinados, cuyo valor en propiedad, segun el caudal del difunto, completa el total de la mejora; ó le mejora solamente en bienes señalados que no exceden de ella, imponiendo el gravámen de vinculacion, y llamando á otros á su goce para despues de los dias del mejorado, con arreglo á la ley 27 de Toro, y al tiempo de fallecer quedan frutos pendientes en los mismos bienes: los llevará el mejorado desde el dia de la muerte de su padre (que es cuando adquirió en los bienes su dominio), y no mas por razon de tal; á cuya consecuencia se estimarán ó apreciarán en el estado que se hallen entónces, será caudal partible de su testamentaría el valor que se les dé, y cederá enteramente á beneficio del mejorado el aumento que despues adquieran hasta su recoleccion los de dichos bienes consignados, sin perjuicio de la parte que le corresponda por su legítima en los restantes; y los gastos que se ocasionen hasta entregarlos, se harán proporcionalmente, cargando al mejorado la parte que, atendido el mayor valor, tengan, y al cuerpo comun de la testamentaría el residuo de ellos. Por ejemplo, cuando falleció el mejorante valian los frutos mil reales, y cuando se cogieron, mil y quinientos; y en su recoleccion se gastaron ciento y cincuenta. En este caso los mil reales son caudal de la testamentaría, que agregado á lo demas de esta, se ha de dividir como libre entre todos los interesados en ella, incluso el mejorado; y los quinientos restantes tocan privativamente á este: por cuya regla la testamentaría satisfará cien reales de gastos, y el mejorado como tal cincuenta; pues de los de barbechos y siembra no se hace mérito, porque salieron del caudal de todos ántes de fallecer el testador, y estan refundidos en su herencia.

15. Y si ántes de la recoleccion falleciere con hijos el mejorado ó primer llamado, entrarán aquellos á la particion con sus tios, llevando y pagando lo que su padre llevaria y pagaria, y percibiendo para sí solo el inmediato sucesor los frutos desde la muerte de su

1 Ayor. *De partit.* part. 1 cap. 9 n. 6 vers. *Ideo judicio meo.*

padre, hijo del mejorante; de modo que se deberá formar otra cuenta separada entre dicho sucesor y la testamentaría de su padre por la misma regla que la anterior, y con igual proporcion, así en cuanto al percibo de frutos como al pago de gastos, valuándose nuevamente aquellos en caso de tener aumento, para evitar perjuicios á los interesados.

16. Pero si el fundador ó mejorante que no dejó muger, falleciere, acabada la recoleccion, y las tierras quedaren barbechadas y sembradas sin manifestarse los frutos, pertenecen los recogidos al caudal comun de su testamentaría, y los que nazcan despues son propios del mejorado, con obligacion de satisfacer á la testamentaría los gastos de barbechos, semillas y siembra, ó los que sean, segun lo que se haya hecho, los cuales se apreciarán, se pondrán por caudal comun, y se dividirán á proporcion de la institucion entre el mejorado y demas coherederos: y no teniendo dinero con que satisfacerlos, se le aplicarán en vacio, ó entrada por salida, como recibido su importe en cuenta de la parte que le corresponda, al modo que si los colacionara; no haciéndose mérito en este caso de los de recoleccion, ni de la utilidad ó pérdida que pueda haber en ellos, pues todo queda de su cuenta y riesgo, y viene á ser lo mismo que si él hubiera barbechado y sembrado por sí propio las tierras. Por ejemplo, importan los barbechos y siembra de los bienes de la mejora, tres mil pesos, y agregados al caudal líquido é igualmente partible de la herencia, compone el total de esta treinta mil pesos, que han de dividirse entre tres hijos. En este caso se darán al mejorado siete mil pesos efectivos, que con los tres mil que debia aprontar, y retiene en el valor de las labores, suman diez mil, que como á uno de tres le tocan en la herencia; y si ántes de la division pagare los tres mil, se le darán cuando esta se haga los diez mil completos, y no llevará tercio ni quinto en frutos, porque solo fué mejorado en los bienes señalados, y no en los demas de su padre, de manera que percibirá en estos su legítima, y en los señalados su mejora vinculada (*).

17. No siendo primer llamado el poseedor del vínculo ó mayorazgo, y dejando frutos pendientes ó manifiestos en las tierras, viñas ú olivares de este que labraba por sí, ó en otros árboles, ó las tierras barbechadas ó sembradas solamente, y arrendamientos de otras, alquileres de casas y réditos de censos, juros y otros efectos semejantes, cuyos plazos de pagas no han cumplido; hay dificultad sobre cómo se han de dividir entre sus herederos y el sucesor es-

(*) Otras muchas especies acerca de la division de frutos de mejora se tocan en el tit. 3 cap. 3, por ser su propio lugar, adonde remito al partidor para que se instruya radicalmente.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tas clases de frutos y gastos; y para la mayor claridad distinguiré de casos.

18. En órden á los pendientes y manifiestos, los herederos del último poseedor los han de percibir á prorata del tiempo que este vivió en aquel año, y tuvo dominio en los bienes vinculados; cuyo año no ha de ser el civil, que empieza en enero y concluye en diciembre, sino el natural, que es de la cosecha de cada fruto, segun el tiempo en que se coge en cada pais ó provincia; porque una vez que la naturaleza produce y sazona los frutos en diversos tiempos, se debe observar en cuanto al pago, y contar el año, segun ella misma nos enseña. Por tanto, si el poseedor del mayorazgo fa lece v. gr. en fin de mayo, y los frutos son de trigo, uva y aceituna, deben llevar sus herederos y testamentaría la parte correspondiente de trigo desde Santa María de agosto del año anterior, hasta el dia de su fallecimiento, que son nueve meses y medio: de uva, desde 1.° de octubre del propio año, que es cuando regularmene se hace la vendimia, y son ocho meses; y de aceitunas, desde enero, que son cinco meses si se coge á principios, y si no desde el dia que se acostumbra coger; y así de los demas frutos, segun sea el tiempo de su percepcion en cada pais y en cada finca, produzca ó no todos los años. Lo mismo procede en la lana de cabaña lanar, pues para la prorata se ha de contar el año de esquileo á esquileo.

19. Antes de repartir los frutos se han de deducir de todo el caudal y valor de cada especie los gastos hechos en el barbecho, siembra, cava, poda, siega, recoleccion y demas que haya; se han de abonar á la testamentaría del último poseedor los que por parte de este y de ella, despues de muerto, se hayan hecho en su beneficio; y al sucesor los que hiciere; y luego se ha de dividir lo líquido en dos partes, aplicando á cada interesado la que le corresponda á proporcion del tiempo que poseyó: v. gr. de trigo, despues de pagado el diezmo, quedan mil quinientas fanegas, y todos los gastos ascienden á dos mil reales, de los cuales suplió quinientos el sucesor, y los mil quinientos el poseedor y su testamentaría: en este caso se aplica á cada uno en trigo, segun el precio que tenga á la sazon, lo que importan sus expensas, y el residuo del trigo se divide á prorata del tiempo que poseyó, habiendo de esperarse á la cosecha para hacer la division, porque de lo contrario podia suceder que el que hubiese suplido ménos llevase mas con perjuicio del otro. Lo propio se ha de observar en la division y prorateo de la lana de cabaña lanar vinculada, y crias de ella, que son sus frutos, si aquella no se ha esquilado, ni estas han nacido al tiempo de la muerte del último poseedor, hecho ántes por los herederos de este el reintegro de las crias que fal-

ten y hayan perecido, pues debe entregar la cabaña completa, segun la recibió.

20. Quedando barbechadas solamente, ó sembradas por el poseedor las tierras sin manifestarse los frutos, debe el sucesor satisfacer á los herederos del predecesor los gastos hechos en sus labores y siembra, y nada percibirán estos de la cosecha próxima, porque á causa de no estar manifiestos, de ignorarse si naceran ó no, y de haber muerto en tiempo en que no se conocian, no adquirió el último poseedor derecho á ellos, siendo para el caso lo mismo que muera, hechos solos los barbechos, que sembradas las tierras, una vez que no se ven nacidos los frutos al tiempo de su fallecimiento, y puede perderse la semilla; de modo que no se reputan tales hasta que nacen; y aunque luego se manifiesten, como ya entónces tiene el sucesor el dominio de las tierras por sí solo, y aun el de los frutos pendientes, porque se contemplan parte de ellas, debe llevarlos todos, y cumple con hacer el expresado pago, á diferencia de cuando estan á la vista, en cuyo caso, como el último poseedor adquirió y tuvo dominio en ellos y en el fundo el tiempo que vivió, y este dominio se dividió, se deben dividir tambien y prorratear entre los que le tuvieron.

21. Con la misma proporcion y equidad se deben repartir los arrendamientos de las heredades vinculadas, contándose no el dia en que se celebró el contrato entre el arrendatario y arrendador, sino desde el tiempo ó mes en que este ha de recoger los frutos; porque como labra las tierras con título ó permiso de su dueño, viene á ser lo mismo que si las labrase este, y así se ha de observar lo propio que está dispuesto por derecho comun acerca de los dotales.

22. Si el poseedor del mayorazgo falleciere despues de recogidos los frutos por el arrendador, y de nacidos ó manifiestos los de la cosecha siguiente, llevará á proporcion del tiempo que vivió, el arrendamiento correspondiente á esta cosecha, sin que para hacer el prorateo sea necesario esperar á que llegue el de recogerlos el arrendador, porque no hay que pagarle á él ni á sus herederos expensas algunas, por no haberlas hecho, excepto que el arrendamiento fuese á esterilidad; pues entónces no puede hacerse hasta que los peritos con vista de los frutos en el tiempo oportuno declaren cuánto debe satisfacer el colono. Y si este tuviese barbechadas solamente las tierras, ó aunque esten sembradas, si no se vieren los frutos, nada llevarán los herederos del último poseedor, por las razones expuestas anteriormente, y porque este nada expendió en su cultivo y beneficio, sino el arrendador, ni adquirió dominio en los frutos, porque no los habia; de suerte que, en cuanto á la percepcion del arrendamiento, que es fruto civil, es lo mismo que si el último poseedor

hubiese cultivado por sí propio las tierras, y no se manifestasen los frutos.

23. Siendo casas ú otros edificios los bienes arrendados, ó juros, censos ú otros derechos semejantes, se han de prorratear sus alquileres réditos, ó pensiones, contando lo que vivió el poseedor desde el último dia en que cumplió el alquiler de la casa, ó el plazo de la escritura de arrendamiento, consignacion ó imposicion; y no se ha de atender á que el año sea civil ó natural, porque los frutos de estos bienes, como civiles, convencionales, y no naturales, corren, se vencen y devengan todos los dias.

24. Si el usufrutuario deja cogidos al tiempo de morir, los frutos de los bienes raices que usufrutuaba, pertenecen todos enteramente á sus herederos sin la menor disputa, aunque no viva todo el año; pues habiéndolos hecho suyos por el título y derecho que tenia á su percibo, puede transmitirlos á dichos herederos una vez cogidos. Pero si estan pendientes, tocan al dueño propietario, á quien pasa consolidado el usufruto con la propiedad, sin embargo de que al tiempo de su fallecimiento se hallen maduros y próximos á su recoleccion[1]. Lo mismo procede para con los del fideicomiso, pues pasarán al fideicomisario, y á los herederos del fiduciario[2]; porque los frutos pendientes no se llaman tales, ántes bien se contemplan una misma cosa con la finca en que existen, y estiman ser parte de esta, atendido su estado, mas no hablando absolutamente; y como el mero usufrutuario ningun domino tiene en ella, porque la propiedad toca á otro, y sus herederos no pueden pretenderlos, ni hay transmision, á causa de que el derecho y título que tenia para su percibo, y era coherente á su persona, espiró con su muerte; por eso en el instante que fallece, pasan con ella al propietario, en quien se une y consolida el dominio ó propiedad con el usufruto. Así que, sus herederos tendrán accion únicamente á recuperar los gastos hechos en sus labores, siembras, semillas, &c., y hasta que se los paguen podrán retenerlos, porque no son ni se llaman frutos, sino el líquido residuo, bajados estos[3].

25. Lo propio milita para con las pensiones de las fincas productivas; por lo que si el usufrutuario muere estando cogidos los frutos por los colonos, á quienes tenia arrendada la finca ó fincas, pertenece la pension á sus herederos aun cuando no esté cumplido el plazo de su solucion, porque es visto haberlos cogido en nombre del usufrutuario á quien correspondian, y en derecho se presume haberlos cogido este; pero si los frutos estuvieron pendientes en ellas,

1 L. *In singulos*, 8 al fin ff. *De annuis legat.* Gom. en la 40 de Toro n. 71. Velasc. *De partit.* cap. 30 ns. 28 y 29.
2 L. 42 ff. *De usuris.*
3 L. *Fundus qui*, ft. *Familiae erciscundae.* Castill. *De usufruct.* cap. 77 n. 1 al 8.

toca al propietario[1]; pues las pensiones de fincas de esta clase como frutos civiles, se graduan en el presente caso por la regla que los naturales, porque se tienen en lugar de estos[2], y deben seguir su naturaleza[3]; y así lo dispuesto acerca de los frutos naturales, se debe observar en las pensiones de las fincas que los producen, pues son frutos civiles[4]. Se amplía lo expuesto en el caso de que parte de los frutos esten pendientes y parte cogidos, pues se ha de observar la propia regla: y es, que los pendientes tocan al propietario, y los cogidos al usufrutuario; é igualmente en las pensiones, sin que en ninguno de los casos referidos se prorateen, como algunos quieren; porque el usufrutuario hace suyos los frutos, no por la razon de cargas que sobrelleva, como el marido, sino por la de derecho de usufrutuar, que le basta tener al tiempo que los percibe, no obstante que al punto se acabe[5].

26. Pero si el testador instituye á uno por heredero usufrutuario de todos sus bienes, y á otro por legatario en propiedad y usufruto de una finca, ya sea ántes ó despues, en una misma escritura ó en diversas, llevará el legatario su predio en propiedad y usufruto, sin embargo de la institucion universal, y el heredero el de los demas bienes del testador; porque lo genérico se deroga por lo específico[6],

27. Se limita esto en cuanto á las pensiones del arrendamiento del trabajo del siervo; pues se han de dividir á prorata del tiempo entre su señor y los herederos del usufrutuario[7]. La razon de diferencia consiste en que de las obras ó trabajo del siervo se puede percibir diariamente la utilidad, porque cada dia se devenga y gana; y así se hace la division de ellos por el tiempo que dura el usufruto, y pertenecen al usufrutuario, como percibidas, y por el tiempo restante al propietario, como pendientes; pero los frutos naturales, como no se pueden percibir ni coger en sazon sino en cierta parte del año, se ha de atender necesariamente en cuanto á las pensiones que por su respeto se deben, al tiempo de su percepcion, para que las lleven los herederos del usufrutuario. Lo mismo procede para con las pensiones, alquileres de casas, naves y otras cosas que se alquilan; y con los réditos de censos, juros y otros efectos, pues se prorratearán, como las obras del siervo, por la propia razon[8].

28. Si el testador instituye á uno por usufrutuario de todos sus

1 Ayor. part. 2 q. 25 n. 3.
2 L. *Merces*, 32 ff. *De petit. haereditat.* y ley *Praediorum*, ff *De usur.*
3 L. *Si eum*, § *Qui injuriarum*, ff. *Si quis cautionibus.*
4 Alex. consil. 82 n. 19 lib. 2. Gutier. *Quaest. Canon.* q. 33 n. 20.
5 Velasc. *De partit.* cap. 33 ns. 4 y 5.
6 L. *In tot. jur.* ff. *De regul. jur.* L. *Uxorem.* 41 §§ 2 y 3 ff. *De legat.* 3 y regla *Generi, de regul. jur.* in 6. Ayor. dicha q. 25 n. 2.
7 L. *Si aperas*, 23 ff. *De usufruct.* Gom. lib. 2. *Var.* cap. 3 n. 5.
8 Castill. *De usufr.* cap. 77.

*

bienes, ó le lega el usufruto de ellos, parece que no deberá percibir los frutos que la herencia produzca, hasta que la acepte el propietario, porque el legado del usufruto no empieza ántes de su adicion, ni ántes de esta se da legado de usufruto[1]; pues aunque en los demas legados viene desde la muerte del testador[2], y se dice empezar, segun derecho comun, desde la aceptacion[3]; en el de usufruto es al contrario, porque depende de esta[4]. Mas sin embargo de esto, que segun derecho comun es corriente, lo contrario se debe seguir, segun el nuestro, porque la ley 1 tit. 18 lib. 10 Nov. Rec. manda que aunque no haya heredero, ó este no quiera heredar, valga y se cumpla todo lo que el testamento contenga, constando de la solemnidad de testigos que prescribe; pues dice: *Y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entónces herede aquel que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento; y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas y en las otras cosas que en él se contienen.* Por la generalidad con que se explica la ley, incluye todos los casos, y como la proposicion indifinida equivale á la universal, es claro que abraza tambien el presente; lo cual se limita en dos casos: 1.° cuando el testador en su testamento, nulo por pretericion ó exheredacion, pone la condicion de que se acepte la herencia para que valga el legado, pues en este caso no valdrá el usufruto ni otro alguno sin que proceda la aceptacion de la herencia: 2.° cuando el usufrutuario no quiera afianzar habiéndolo pretendido el propietario, pues se constituye de mala fe[5].

29. Resta saber cuándo los frutos se dirán percibidos por el usufrutuario para que sus herederos los hagan suyos. Acerca de esto hay dos opiniones: la primera dice que no solo han de estar separados del suelo, sino custodiados en los parages en que se acostumbran recoger: la segunda (que es la verdadera y corriente) afirma que para que así el usufrutuario como el poseedor de buena fe los hagan suyos, basta que esten separados del suelo ó cortados, aunque no se hayan custodiado[6]; pero con esta diferencia, que para hacerlos suyos el usufrutuario han de ser separados por él ó por otro de su mandato y en su nombre, y el poseedor de buena fe los hace suyos indistintamente, ya los perciba por sí en la buena fe de que le pertenecen, ú otro cualquiera sin su precepto[1]. La razon de esta diferencia es porque al poseedor de buena fe se conceptúa por dueño en cuanto á los frutos[2]: y así basta que cualquiera los perciba, para que como tal los adquiera; pero el usufrutuario, como no los posée como dueño, y solo tiene una servidumbre personal, es indispensable que él ú otro con su voluntad y de su mandato, y no de otro modo, los perciba[3]. De esta diferencia se sigue que si los frutos se caen espontánea ó accidentalmente, como suele suceder á la aceituna, no tocan al usufrutuario ántes de percibirlos, porque no se pueden decir cogidos por el ántes de su aprension, que es lo que se requiere para lucrarlos; por el contrario, el poseedor de buena fe ántes de la aprension los hace al instante suyos, porque en él no se requiere la percepcion por sí mismo, como en el usufrutuario, pues basta que esten separados del suelo[4].

1 L. 1 § *Dies autem*, ff. *Quando dies usufruct. cedat.*
2 L. *A Titio*, ff. *De furt.*
3 L. *Eam quam.* Cod. *De fideicomiss.*
4 Dicha ley 1 y § *Dies cit.* y ley *Si serva hereditaria*, ff. *Quibus modis usuf. amittat.*
5 Matienz. L. 1 gl. 14 tit. 14 lib. 5 R. desde el n. 35 al 40 y Castill. *De usuf.* cap. 16.
6 Tiraquel. lib. 2. *Retract.* § 5 gl. 4. Covar. lib. 1 *Var.* cap. 15 n. 12. Gutier. *Canon. Quaest.* q. 33 n. 4.

1 L. *Si usufructuarius.* ff. *Quibus modis usufruct. amittat.* ley *Qui scit.* § *Praeterea*, y ley *Si jur.* ff. *De usufruct.*
2 Dicha ley *Qui scit.* § *In alieno.* vers. *Porro.*
3 Velasc. *De partit.* cap. 33 ns. 11 y 12.
4 Balduin. in § *Is vero.* Instit. *De rerum divis.* al fin. Cujac. lib. 4. *Feud.* tit. 30 col. 2. Velasc. dicho cap. 33 n. 13. Castill. *De usufruct.*

CAPITULO XIII.

De la sucesion de bienes libres entre ascendientes, descendientes y transversales cuando mueren abintestato, ¿qué deberán distribuir unos y otros por el alma del difunto? ¿Si en caso de duda debe graduarse la sucesion testamentaria por la regla del abintestato?

1 De las tres líneas de sucesion que se conocen en el derecho.
2 hasta el 11 Orden con que deben suceder abintestato las dos líneas de descendientes y ascendientes, y declaracion de algunas dudas que ocurren en esta materia, para instruccion de los partidores.
12 y 13 Si por muerte del descendiente perderá el usufruto de sus bienes el ascendiente que le tenia.
14 De la tercera línea, que es de los transversales, llamada por la ley á la sucesion abintestato.
15 y 16 Muerto uno abintestato, ¿qué parte de sus bienes deberán distribuir por su alma los que le hereden?
17 En caso de duda deberá graduarse la sucesion testamentaria por la regla del abintestato.
18 Cuando uno instituyó simplemente con modo colectivo á un hermano vivo y á los hijos de otro hermano muerto, ó á un extraño y á los de otro extraño, sin especificar sus nombres, ¿cómo se entenderán instituidos?

1. En el libro 2 título 2 capítulo 2 párrafo 13, se dijo que en el derecho se conocen tres líneas de sucesion, á saber: una de *descen-*

bienes, ó le lega el usufruto de ellos, parece que no deberá percibir los frutos que la herencia produzca, hasta que la acepte el propietario, porque el legado del usufruto no empieza ántes de su adicion, ni ántes de esta se da legado de usufruto[1]; pues aunque en los demas legados viene desde la muerte del testador[2], y se dice empezar, segun derecho comun, desde la aceptacion[3]; en el de usufruto es al contrario, porque depende de esta[4]. Mas sin embargo de esto, que segun derecho comun es corriente, lo contrario se debe seguir, segun el nuestro, porque la ley 1 tit. 18 lib. 10 Nov. Rec. manda que aunque no haya heredero, ó este no quiera heredar, valga y se cumpla todo lo que el testamento contenga, constando de la solemnidad de testigos que prescribe; pues dice: *Y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entónces herede aquel que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento; y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas y en las otras cosas que en él se contienen.* Por la generalidad con que se explica la ley, incluye todos los casos, y como la proposicion indifinida equivale á la universal, es claro que abraza tambien el presente; lo cual se limita en dos casos: 1.° cuando el testador en su testamento, nulo por pretericion ó exheredacion, pone la condicion de que se acepte la herencia para que valga el legado, pues en este caso no valdrá el usufruto ni otro alguno sin que proceda la aceptacion de la herencia: 2.° cuando el usufrutuario no quiera afianzar habiéndolo pretendido el propietario, pues se constituye de mala fe[5].

29. Resta saber cuándo los frutos se dirán percibidos por el usufrutuario para que sus herederos los hagan suyos. Acerca de esto hay dos opiniones: la primera dice que no solo han de estar separados del suelo, sino custodiados en los parages en que se acostumbran recoger: la segunda (que es la verdadera y corriente) afirma que para que así el usufrutuario como el poseedor de buena fe los hagan suyos, basta que esten separados del suelo ó cortados, aunque no se hayan custodiado[6]; pero con esta diferencia, que para hacerlos suyos el usufrutuario han de ser separados por él ó por otro de su mandato y en su nombre, y el poseedor de buena fe los hace suyos indistintamente, ya los perciba por sí en la buena fe de que le pertenecen, ú otro cualquiera sin su precepto[1]. La razon de esta diferencia es porque al poseedor de buena fe se conceptúa por dueño en cuanto á los frutos[2]: y así basta que cualquiera los perciba, para que como tal los adquiera; pero el usufrutuario, como no los posée como dueño, y solo tiene una servidumbre personal, es indispensable que él ú otro con su voluntad y de su mandato, y no de otro modo, los perciba[3]. De esta diferencia se sigue que si los frutos se caen espontánea ó accidentalmente, como suele suceder á la aceituna, no tocan al usufrutuario ántes de percibirlos, porque no se pueden decir cogidos por el ántes de su aprension, que es lo que se requiere para lucrarlos; por el contrario, el poseedor de buena fe ántes de la aprension los hace al instante suyos, porque en él no se requiere la percepcion por sí mismo, como en el usufrutuario, pues basta que esten separados del suelo[4].

1 L. 1 § *Dies autem*, ff. *Quando dies usufruct. cedat.*
2 L. *A Titio*, ff. *De furt.*
3 L. *Eam quam.* Cod. *De fideicomiss.*
4 Dicha ley 1 y § *Dies cit.* y ley *Si serva hereditaria*, ff. *Quibus modis usuf. amittat.*
5 Matienz. L. 1 gl. 14 tit. 14 lib. 5 R. desde el n. 35 al 40 y Castill. *De usuf.* cap. 16.
6 Tiraquel. lib. 2. *Retract.* § 5 gl. 4. Covar. lib. 1 *Var.* cap. 15 n. 12. Gutier. *Canon. Quaest.* q. 33 n. 4.

1 L. *Si usufructuarius.* ff. *Quibus modis usufruct. amittat.* ley *Qui scit.* § *Praeterea*, y ley *Si jur.* ff. *De usufruct.*
2 Dicha ley *Qui scit.* § *In alieno.* vers. *Porro.*
3 Velasc. *De partit.* cap. 33 ns. 11 y 12.
4 Balduin. in § *Is vero.* Instit. *De rerum divis.* al fin. Cujac. lib. 4. *Feud.* tit. 30 col. 2. Velasc. dicho cap. 33 n. 13. Castill. *De usufruct.*

CAPITULO XIII.

De la sucesion de bienes libres entre ascendientes, descendientes y transversales cuando mueren abintestato, ¿qué deberán distribuir unos y otros por el alma del difunto? ¿Si en caso de duda debe graduarse la sucesion testamentaria por la regla del abintestato?

1 De las tres líneas de sucesion que se conocen en el derecho.
2 hasta el 11 Orden con que deben suceder abintestato las dos líneas de descendientes y ascendientes, y declaracion de algunas dudas que ocurren en esta materia, para instruccion de los partidores.
12 y 13 Si por muerte del descendiente perderá el usufruto de sus bienes el ascendiente que le tenia.
14 De la tercera línea, que es de los transversales, llamada por la ley á la sucesion abintestato.
15 y 16 Muerto uno abintestato, ¿qué parte de sus bienes deberán distribuir por su alma los que le hereden?
17 En caso de duda deberá graduarse la sucesion testamentaria por la regla del abintestato.
18 Cuando uno instituyó simplemente con modo colectivo á un hermano vivo y á los hijos de otro hermano muerto, ó á un extraño y á los de otro extraño, sin especificar sus nombres, ¿cómo se entenderán instituidos?

1. En el libro 2 título 2 capítulo 2 párrafo 13, se dijo que en el derecho se conocen tres líneas de sucesion, á saber: una de *descen-*

dientes, que son los hijos, nietos, biznietos y todos los que descienden de ellos sin limitacion, hasta que se acaba la línea de aquel en quien tuvo principio. Otra de *ascendientes*, que son los padres, abuelos, bisabuelos y demas que suben hasta el primer progenitor. La tercera es de *transversales ó colaterales*, que son los hermanos, primos, sobrinos, tios y demas parientes que no ascienden ni descienden como los de las otras líneas[1]. De la sucesion intestada de unos y otros se trató con extension en dicho libro 2 título 2 capítulo 9; y así me contraeré aquí á reasumir parte de aquella doctrina, y hacer las observaciones que juzgue oportunas para la instruccion del contador en el modo de hacer la division de las herencias abintestato.

2. Muriendo pues alguno sin testamento por no haberle hecho, ó ser nulo el que hizo, y dejando hijos y otros descendientes legítimos vivos, le sucederán solamente los hijos como sus mas inmediatos parientes y causa primera de la sucesion, y ningun otro descendiente entrará á heredar ni partir con ellos su herencia; por consiguiente la dividirán entre sí con igualdad, pues ya esten bajo la patria potestad, ya fuera de ella, les corresponde por derecho divino, natural y positivo, sin distincion de varones ni hembras[2]: debiendo advertirse que tambien heredan abintestato con los demas hijos legítimos los póstumos y los legitimados por el subsecuente matrimonio, como mas extensamente se dijo en dicho capítulo 9, párrafos 6, 7 y 8.

3. Este derecho de los hijos es tan exclusivo, que aun cuando el muerto tenga padre ú otros ascendientes que en su respectiva línea esten en igual grado de parentesco con hijos ó descendientes legítimos (v. gr. al modo que el hijo en primer grado en la línea de descendientes, el abuelo en la de ascendientes), no le sucederán ni entrarán á la division de sus bienes, sino que serán todos para sus hijos, porque estos se reputan una persona con su padre muerto, y en ellos se perpetúa su memoria; lo cual no sucede al padre respecto de su difunto hijo[3].

4. No dejando hijos el difunto, y sí nietos, biznietos ú otros descendientes legítimos, le sucederán solamente en sus bienes los que esten en grado mas cercano y no los demas; teniendo entendido que para que el nieto entre á heredar al abuelo es preciso que haya nacido, ó por lo ménos sido concebido en vida de este[4].

1 L. 2 tit. 13 part. 6. Matienz. en la ley 1 tit. 8 lib. 5 R. gl. 1 n. 1.

2 L. 3 tit. 13 part. 6. L. 1 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real, y ley 1 tit. 20 lib. 10 N. R. Genes. cap. 13. Levit. cap. 25. Apost. ad Galat. cap. 4.

3 L. *Liberor.* al fin. ff. *De verb. signific.* Gom. lib. 1. *Var.* cap. 1 n. 4.

4 El reformador de Febrero opina que aunque el nieto no haya nacido, ni sido concebido en vida del abuelo, podrá percibir los bienes de este, fundándose en que las leyes nuestras que dan la herencia de los ascendientes á los descendientes no hacen la expresada distincion. El adicionador desaprueba altamente este dictámen, suponiendo canonizada en nuestra legislacion la doctrina del autor sobre este punto; pero sin dar por su parte razon alguna para rebatir la del sr. Gutierrez, y suponiendo equivocadamente que este habia suprimido un párrafo en que Febrero expone sus fundamentos. Esto no es exacto: el reformador comprendió en un párrafo dos del autor, si bien no alegó mas que una razon de las dos que trae Febrero. Lo que importa es examinar bien esta para ver si son ó no fundadas, que es lo que debió hacer el adicionador. Dice Febrero que el nieto no sucederá al abuelo en el referido caso: lo primero, porque habiendo precedido la muerte de este al nacimiento ó concepcion de aquel, ningun parentesco tuviéron entre sí. Cualquiera conocerá cuán débil es este fundamento. ¿El hijo póstumo deja de ser legítimo por nacer despues de la muerte de su padre? ¿No hereda el biznieto á su bisabuelo aunque no haya nacido ni sido concebido en vida de este? ¿La ley que establece la sucesion de los descendientes *in infinitum*, es por ventura compatible con la precisa condicion de que el descendiente haya de haber nacido ó sido concebido en vida del ascendiente á quien se trata de heredar? ¿No basta que se acredite ser legítimo descendiente de este, prescindiendo del tiempo en que haya nacido? Así es en efecto; y de otro modo no pudieran her dar los descendientes muy remotos. Añade Febrero que donde no hay sujeto no puede haber cualidad; y no existiendo el descendiente al tiempo que muere el ascendiente, no puede tener cualidad de parentesco, por la cual se le defiera la sucesion á los bienes. Este es un sofisma: es verdad que cuando murió el abuelo no habia sujeto en quien recayese la cualidad de parentesco, pero luego que existe el sujeto, existe tambien en él la referida cualidad; así como el póstumo no era hijo al morir su padre, porque no existia ni se sabia positivamente si habia de existir; pero nace, y la ley le reconoce al momento como hijo legítimo. Si el principio sentado por el autor fuese cierto, ¿cómo podria acreditarse el parentesco en las sucesiones de bienes vinculados? Otra razon de Febrero es que el nieto debe representar necesariamente al difunto, porque le sucede universalmente en todo su derecho, y por la representacion se retrotrae la aceptacion de la herencia al tiempo de su muerte; y si aquel no está nacido ni concebido, no puede retrotraerse. Esta es una mera cavilosidad. Luego que nace el nieto, sea en cualquier tiempo, siempre que sea legítimo, sucede en lugar de su padre, y representa al difunto; y por esta representacion se retrotae la aceptacion de la herencia al tiempo anterior que es lo que sucede siempre que un descendiente herede á un ascendiente muy remoto. Por consiguiente no habiendo ley nuestra que diga lo contrario, estoy por la opinion del sr. Gutierrez: heredará abintestato dicho nieto, y no los parientes transversales, ó á falta de estos el fisco; pues ademas de las razones indicadas, seria una injusticia privar de la herencia á un descendiente, cuyo parentesco tiene la preferencia, solo por meras cavilosidades metafísicas. Mas pudiera decirse para esforzar esta verdad, si los estrechos límites de una nota lo permitiesen.

1 L. 3 al fin tit. 13 part. 6.

5. Procede lo expuesto, no solo cuando los nietos ó descendientes son hijos de un hijo ó hija ya muertos, y concuren solos á la sucesion, sino tambien cuando lo son de dos ó mas hijos, y todos concurren á ella, aunque con la diferencia de que siendo hijos de un hijo único heredan por cabezas ó por personas, quiero decir, que toda la herencia les corresponde, y la han de partir entre sí igualmente; y cuando lo son de dos ó mas hijos del muerto, heredarán por estirpes, esto es, los de cada hijo llevarán la mitad, tercera, cuarta ó quinta parte de la herencia, segun sea el número de los del difunto cuyo lugar ocupan, y la dividirán respectivamente entre sí. Asimismo, si de un hijo no hay mas que otro hijo, y de cada uno de los otros hay tres, cuatro ó mas, llevará este hijo único tanta parte de la herencia de su abuelo cuanto todos los de cada uno de los otros hijos, porque no se mira á si son pocos ó muchos los de cada uno, sino á la persona en cuyo lugar suceden, y cuanto percibiria esta si viviera, tanto deben percibir los suyos, ó uno solo si no deja mas[1].

6. Lo propio debe observarse cuando el difunto deja uno ó mas hijos nacidos ó póstumos, y varios nietos, hijos de otro ú otros hijos ya muertos, pues los nietos aunque estan en grado mas remoto suce-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

derán á su abuelo con el hijo ó hijos de este que son tios carnales de ellos, percibiendo cada uno de estos tanta parte de herencia cuanta todos los nietos, hijos de cada uno de los hijos ya muertos del difunto, en cuyo grado se ponen; por lo que los tios de los nietos de este, que son los hijos vivos, le heredarán por personas, y los nietos, hijos de cada hijo muerto, por estirpes, como que todos entran á ocupar su lugar y constituyen una persona, y dividirán entre sí la parte de la herencia que este percibiria en caso de vivir[1]; pues entre los descendientes no hay distincion de agnacion y cognacion, se admite la representacion en infinito, y el nieto entra en el lugar de su padre, concurriendo con su tio, del mismo modo que su padre, hermano de este, concurriria si viviera.

7. En cuanto á los hijos naturales y demas ilegítimos véase el capítulo 6 título 2 libro 2, donde se halla reunida la doctrina legal acerca de la sucesion de aquellos por testamento y abintestato; á donde podrá acudir el contador cuando ocurra algun caso de esta naturaleza.

8. La segunda línea de sucesion es la de ascendientes, quienes suceden por testamento y abintestato á sus descendientes legítimos por su órden y línea derecha, del mismo modo que estos á ellos, siempre que los descendientes carezcan de hijos ó descendientes legítimos, ó de otros que hayan derecho de heredarles, segun lo ordena expresamente la ley 6 de Toro, que es la 1.ª tít. 20 lib. 10 Nov. Rec. Y esto procede esten los hijos en su poder ó emancipados, sean varones los descendientes ó hembras, pocos ó muchos, teniendo igual grado de parentesco con el difunto, v. gr. que todos sean padres, abuelos ó bisabuelos &c., pues el que esté mas remoto, no sucederá con los inmediatos: por lo que si deja padres y abuelos, percibirán toda la herencia por mitad los padres; si abuelos y bisabuelos, corresponderá enteramente á los primeros; y así en los demas, observando siempre la prerogativa del grado ó proximidad del parentesco, y no la representacion, por no admitirse entre ascendientes[2]. Por tanto, si el descendiente no deja mas que un ascendiente por una línea, v. gr. padre solo, y por la otra abuelo ó abuela, percibirá el primero toda la herencia que por ambas líneas poseia el descendiente muerto[3].

9. En el citado capítulo 9 párrafo 15, se dijo que cuando concurren á la sucesion dos abuelos por una línea y dos por otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, y heredarán por estirpes: es decir, que los de la una llevarán la mitad dividiéndola entre sí, y los de la otra la mitad restante. Pero si concurriere solamente uno por una línea y dos por otra, no han de dividirla por terceras partes, sino que

1 Dicha ley 3.
2 LL. 4 tit. 13 part. 6, y 6 de Toro.
3 L. 4 cit.

el uno heredará por sí llevándose la mitad, y los dos por su rama percibirán la otra mitad dividiéndola igualmente entre sí, como lo previene la ley 4 tít. 13 Part. 6 por estas palabras: *E si por aventura de parte de su padre é de su madre oviere un abuelo solo, é de la otra dos, entonce aquel solo habrá la mitad de todos los bienes, é los dos que fuesen de la otra parte la otra mitad.*

10. Tambien se dijo en dicho capítulo, párrafo 16, que los hermanos y sobrinos no concurren con los abuelos ni demas ascendientes á la division de la herencia, porque con la línea recta no concurre la transversal por ser de distinta naturaleza y mas distante en grado.

11. La sucesion abintestato de los ascendientes á sus legítimos descendientes se entiende no solo en los bienes adventicios que dejen, sino en todos los demas libres, aunque sean castrenses, cuasicastrenses, ó ganados por razon de la Iglesia, que es por dignidad, renta ó beneficio eclesiástico, pues no debe haber diferencia ni separacion; ni el derecho distingue, ántes bien comprende todas las clases, como se ve por la ley 6 de Toro, que dice: *de cualquier calidad que sean*; y por la 4 tít. 3 Part. 6, cuyas palabras son las siguientes: *que entonce el padre é la madre deben heredar egualmente todos los bienes de su fijo*; lo cual es corriente, y se ha ejecutoriado en la corte repetidas veces, así abintestato como por testamento[1].

12. Paso ahora á resolver una cuestion en que estan discordes el reformador y el adicionador de Febrero acerca de un punto importante. Se dijo en el citado capítulo 9 párrafo 18, que si concurren dos ó mas ascendientes á la sucesion del descendiente intestado, y uno de ellos tiene el usufruto de sus bienes, debe gozarlo toda su vida. Con este motivo dice Febrero que el usufruto se concede al padre (con obligacion de alimentar, educar y defender en juicio y fuera de él á los hijos) aun en los casos siguientes. 1.º aunque el hijo esté léjos de su padre; pues la distancia no le quita el derecho de la patria potestad[2], como tampoco el órden sacerdotal: 2.º aunque el hijo sea anciano[3]: 3.º en el usufruto que alguno dejó al hijo, pues la utilidad ó comodidad corresponde á su padre, por cuya muerte y no ántes, gozará de él el hijo[4]; á ménos que aquel prohiba que el padre lo disfrute, en cuyo caso todo será para su hijo, y nada para él; debiendo advertirse que la madre no puede poner esta prohibicion[5], aun cuando el padre ignore que tiene tal hijo, ó crea que esta muerto[6]: 4.º en los bienes de mayorazgo que vienen al hijo por línea

1 Matienzo. en la ley 13 tit. 8 lib. 5 R.
2 L. *Pomponius*, ff. *De procurat.* L. *Si pater.* Cod. *De instit. et substit. sub condit. fact.*
3 Glos. in leg. fin § *Pupillus*, ff. *De verbor. signific.*
4 L. últ. ff. *De usufruc.* Gom. en la ley 48 de Toro n. 2.
5 Matienz. en la ley 9 tit. 1 lib. 5 R. gl. 2 n. 14.
6 L. *Uxorem*, ff. *De manumis. testam.* ley 2 et ibi DD. Cod. *De pat.*

materna, aunque se haya fundado con real permiso; mas no si se fundó de donaciones ó bienes reales[1]: 5.º aunque el hijo muera; pues no por eso pierde su padre el usufruto.

13. Acerca de este último caso dice así el reformador de Febrero (tomo 4.º página 44, nota 1.ª de la 6.ª edicion): „Yo me inclino á que por muerte del descendiente pierde el usufruto de sus bienes el ascendiente que le tenia. Las palabras generales y absolutas con que *por su órden y línea derecha* llama la ley 6 de Toro á los ascendientes para que sucedan en los bienes de sus descendientes sin hacer ninguna distincion entre aquellos, y el silencio que guarda la misma ley acerca de dicho usufruto, son para mí argumentos mas poderosos que cuantos pueden alegarse en favor del ascendiente usufrutuario. Y á la verdad, ¿cómo es posible que hablando la ley ex profeso de la sucesion de los ascendientes á sus descendientes, no hiciese mencion de una cosa tan notable y que no debia omitirse, como de la continuacion del usufruto en el ascendiente que gozaba de él, si fuese cierta tal continuacion? ¿Cómo es posible asimismo que habiéndola, ninguna otra ley de nuestros códigos hable de ella?» El adicionador de Febrero, impugnando esta opinion del sr. Gutierrez, y defendiendo al autor, dice así (parte 2.ª tomo 2.º página 358, nota 2.ª de la 5.ª edicion): „Las leyes se constituyen de los casos que frecuentemente acontecen, y se adaptan á ellos (Ley 3 y 5 ff. *De legibus.*]: por las causas y motivos que tuvo el legislador, mandó publicar dicha ley 6 de Toro para igualar las sucesiones entre ascendientes y descendientes, segun prescribe. Los bienes de que ha de disponer el hijo han de ser absolutamente suyos; en el padre ó ascendiente se radicó el derecho de usar y gozar de ellos, como constituido dicho hijo bajo la patria potestad, pues miéntras no salga de ella, segun derecho se continúa, y por consiguiente se aplicará muy bien: que si ninguno puede transferir en otro mas derecho que el que tiene (reg. 11, 54, 120 y 177 ff. *De reg. jur.*], respecto que el hijo, viviendo el padre, no tiene mas que la propiedad, se sigue que miéntras viva, en esta sola será la sucesion del otro ascendiente en igual grado. A esto se agrega otro principio: que no puede quitarse á otro el derecho concedido por la ley (reg. 17 *De reg. jur.* in 6): el usufruto de los bienes del hijo en el padre es de ley, y esta misma se lo quita cuando casado y velado el hijo dispone que lo restituya á este íntegramente; acerca de lo cual véanse las leyes 47 y 48 de Toro, y á Antonio Gomez en dicha ley 6 número 11 y 12.» Cotejando imparcialmente las razones del uno y del otro, no puede negarse que las del adicionador son de mayor peso, como mas conformes á los principios generales

1 Gom. en dicha ley 48 ns. 3 y 4. Gregor. Lop. en la 7 tit. 17 part. 4 gl. últ. Matienz. allí n. 3 al 11.

del derecho; al paso que el reformador se funda principalmente en el silencio de la ley, es decir, en un argumento negativo que es de poca fuerza: ademas de que este mismo silencio prueba lo contrario de lo que él intenta; pues habiendo expresado la ley que casado y velado el hijo pierda su padre el usufruto, parecia natural que hablase del caso de la muerte de aquel, si la intencion del legislador hubiera sido privar tambien al padre del usufruto en esta sazon; y pues que nada dijo, parece mas probable la opinion de Febrero, apoyada ademas en los textos y autores que se citan al pié[1].

14. La tercera línea llamada por la ley á la sucesion abintestato á falta de descendientes y ascendientos, es la de los parientes transversales ó colaterales dentro del cuarto grado civil, como se dijo en el citado capítulo 9 título 2 del libro 2, donde se trató con extension de esta materia de transversales, desde el párrafo 19 en adelante. Allí se dijo (párrafo 27) que el derecho de representacion en los transversales no pasa del tercer grado, esto es, acaba en los primos carnales, que son los hijos de hermanos, y tiene lugar únicamente cuando suceden á un tio suyo, hermano de su padre ó madre, y concurre otro tio tambien, hermano de alguno de estos; y no cuando suceden entre sí sin concurrencia del tio, ni entre otros parientes transversales, ni tampoco entre los ascendientes ni descendientes de estos. Me ha parecido oportuno ampliar mas aquí la explicacion de esto para instruccion del contador. Supongamos que el muerto abintestato deja dos primos hermanos, y sobrinos segundos, hijos de otro primo hermano muerto ántes: le sucederán en todo los dos primos, y nada llevarán los sobrinos, así porque no adquirió derecho su padre por haber fallecido ántes que el difunto intestado, como porque estan en un grado mas distante que sus tios, y no hay representacion desde los hijos de los hermanos en adelante; pero si todos tres primos sobrevivieren al difunto intestado, y el uno falleciere despues de este dejando hijos, llevarán estos, y dividirán entre sí la parte que su padre llevaria á no haber fallecido ántes de dividirse los bienes del intestado, porque por haberle sobrevivido adquirió derecho á su parte, y sus hijos le suceden en él, y no se lo quita el haber muerto ántes que se partiesen sus bienes. Fuera de dicho tercer grado en que se admite la representacion, dividirán los transversales la herencia con igualdad, segun la proximidad del parentesco.

15. Instruido el contador del modo de suceder al que murió intestado, resta enseñarle por parte de sus bienes deberán ó no distribuir por su alma los que le hereden: para lo cual es necesario dis-

1 Ley fin. vers. penult. Cod. *De trebellian.* L. *Sancimus* al fin. Cod. comun. *De succes.* y ley *Quod.* 3. Cod. *De bonis quae liberis.* Gom. en dicha ley 48 n. 5. Matienz. en la ley 6 tit. 1 lib. 5 R. gl. 1.

*

tinguir de casos y de herederos: estos ó son legítimos, ó transversales; y el difunto, ó murió absolutamente intes do, ó bajo poder para testar, y no hizo su testamento el comisario. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, estan obligados á hacerle las exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbren en el pais, con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias, y no á distribuir todo el quinto por su alma, ni en ello mezclarse juez alguno, como manda la ley 14 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec. Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no hizo su testamento porque no pudo, ó no quiso, ó se le olvidó, y pasó el tiempo prefinido por la ley y por el mismo testador, cumplirán con practicar lo propio, y no tendran obligacion tampoco á distribuir el quinto[1].

16. Si son transversales, y murió sin testamento, no estarán obligados á hacer dicha distribucion, y sí solamente á lo que los legítimos, sin diferencia, porque todos sus bienes les pertenecen abintestato[2], y ninguna ley les precisa á mas[3]; bien que algunos dicen que todo lo han de distribuir[4]; pero no se observa, ni debe. Si dió poder para testar, y el comisario por alguna de las causas expuestas no hizo su testamento, en este solo caso y no en otro, estarán obligados á la distribucion del quinto íntegro dentro del año, segun lo ordena la ley 13 del mismo título 20 y libro 10 Nov. Rec., cuyas palabras son estas: *Cuando el comisario no fizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió sin facerlo, los tales bienes vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder que hubiesen de heredar sus bienes abistestato: los cuales en caso de que no sean fijos, ni descendientes ni ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador; lo cual, si dentro del año, contado dende la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante las cuales lo pueden demandar, y sea parte para ello cualquier del pueblo.* Y la razon es porque en este caso presume el derecho que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario, quiso que su ánima fuese preferida á sus parientes en el quinto, á que restringió su voluntad, pues antiguamente se ampliaba y extendia á todos sus bienes[5]; y no procede ni se amplía á otros casos algunos la disposicion de esta ley: lo primero, porque habla condicionalmente

1 Arg. *A contrario sensu.* ex leg. 10 tit. 4 lib. 5 R. Gom. Castill. y otros en la ley 26 de Toro. Angul. en la 13 tit. 5 lib. 5 R. gl. 4 n. 4, y en la ley final tit. 6 lib. 5 R. Matienz. en dicha ley.
2 L. 6 tit. 13 part. 6.
3 Gom. y Castill. ibi Angul. ibi n. 3.
4 Parlad. differ 25 n. 2 citando á Tello en dicha ley 36, y á Rojas *De succes. ab intest.* cap. 9 al 24.
5 Inocenc. in cap. *Cum tibi, de testam.* Jason. in leg. *Captatorias,* n. 12. Cod. *De testam. milit.*

de caso cierto y limitado, y la condicion del testador, la del contrayente y la de la ley se deben observar en forma específica[1]; y lo segundo, porque la causa limitada produce efecto limitado[2]: y así en los demas expresados, ya sean legítimos ó transversales los herederos, no hay obligacion de distribuir el quinto, como dejo expuesto.

17. Por lo que queda explicado en órden á la sucesion abintestato, parece se deberá graduar la sucesion por testamento; y así si el testador instituye genérica y simplemente por herederos á sus hermanos, ó les lega alguna cosa, y unos son enteros y otros medios, serán admitidos solamente los enteros á la herencia ó legado por las razones que se expusieron en el libro 2 título 2 capítulo 8, donde se trató esta materia con extension: y por no repetirla aquí me remito á ella.

18. Por conclusion de este capítulo debo advertir aquí que si alguno hubiere instituido simplemente con un modo colectivo á un hermano vivo y á los hijos de otro hermano muerto, ó á un extraño, y á los de otro extraño, sin especificar sus nombres, y los hijos estaban nacidos al tiempo de la institucion, se entienden instituidos por ramas, y el hermano ó extraño en cabeza propia; y así este llevará la mitad de la herencia, y los hijos la otra mitad, porque los conjuntos con modo colectivo se estiman por uno. Lo cual se entiende excepto que de su voluntad aparezca expresa ó tácitamente otra cosa, v. gr. si mandó que sucediesen igualmente, pues entónces todos sucederán con igualdad[3]: y lomismo procede en cualquier sustituto y en el legado[4]; por lo que si lega algo, v. gr. á Pedro y á sus hijos, ó á los de otro, llevará Pedro la mitad del legado, y los hijos la otra mitad[5].

1 L. *Conditionibus. primum locum. et per tot.* ff. *De condition. et demonstration.* y ley 1 ff. *De condition. incert.*
2 L. *Age.* Cod. *De transact.* y ley *In agris.* ff. *De acquirend. rerum dominio.*
3 L. *Interdum,* ff. *De haeredib. instituend.*
4 DD. ubi supr.
5 L. *Si quis Attio et haeredie.* 7 ff. *De usufruct. accresc.*

CAPITULO XIV.

Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de la division de la herencia, cuando el testador hubiere instituido herederos extraños.

1 Doctrina relativa á los herederos extraños, inserta en el cap. 8 tit. 2 lib. 2. Resuélvense aquí dos puntos como mas enlazados con el tratado de particiones. Primero: cuando el testador reparte su herencia entre tres, dejando al uno la mitad, al otro la tercera, y al otro la cuarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion ó de tres; y modo de girar la cuenta.
2 Punto segundo. Nombrando el testador por sus herederos á tres ó

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tinguir de casos y de herederos: estos ó son legítimos, ó transversales; y el difunto, ó murió absolutamente intes do, ó bajo poder para testar, y no hizo su testamento el comisario. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, estan obligados á hacerle las exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbren en el pais, con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias, y no á distribuir todo el quinto por su alma, ni en ello mezclarse juez alguno, como manda la ley 14 tít. 20 lib. 10 Nov. Rec. Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no hizo su testamento porque no pudo, ó no quiso, ó se le olvidó, y pasó el tiempo prefinido por la ley y por el mismo testador, cumplirán con practicar lo propio, y no tendran obligacion tampoco á distribuir el quinto[1].

16. Si son transversales, y murió sin testamento, no estarán obligados á hacer dicha distribucion, y sí solamente á lo que los legítimos, sin diferencia, porque todos sus bienes les pertenecen abintestato[2], y ninguna ley les precisa á mas[3]; bien que algunos dicen que todo lo han de distribuir[4]; pero no se observa, ni debe. Si dió poder para testar, y el comisario por alguna de las causas expuestas no hizo su testamento, en este solo caso y no en otro, estarán obligados á la distribucion del quinto íntegro dentro del año, segun lo ordena la ley 13 del mismo título 20 y libro 10 Nov. Rec., cuyas palabras son estas: *Cuando el comisario no fizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió sin facerlo, los tales bienes vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder que hubiesen de heredar sus bienes abistestato: los cuales en caso de que no sean fijos, ni descendientes ni ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador; lo cual, si dentro del año, contado dende la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante las cuales lo pueden demandar, y sea parte para ello cualquier del pueblo.* Y la razon es porque en este caso presume el derecho que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario, quiso que su ánima fuese preferida á sus parientes en el quinto, á que restringió su voluntad, pues antiguamente se ampliaba y extendia á todos sus bienes[5]; y no procede ni se amplía á otros casos algunos la disposicion de esta ley: lo primero, porque habla condicionalmente

1 Arg. *A contrario sensu.* ex leg. 10 tit. 4 lib. 5 R. Gom. Castill. y otros en la ley 26 de Toro. Angul. en la 13 tit. 5 lib. 5 R. gl. 4 n. 4, y en la ley final tit. 6 lib. 5 R. Matienz. en dicha ley.
2 L. 6 tit. 13 part. 6.
3 Gom. y Castill. ibi Angul. ibi n. 3.
4 Parlad. differ 25 n. 2 citando á Tello en dicha ley 36, y á Rojas *De succes. ab intest.* cap. 9 al 24.
5 Inocenc. in cap. *Cum tibi, de testam.* Jason. in leg. *Captatorias,* n. 12. Cod. *De testam. milit.*

de caso cierto y limitado, y la condicion del testador, la del contrayente y la de la ley se deben observar en forma específica[1]; y lo segundo, porque la causa limitada produce efecto limitado[2]: y así en los demas expresados, ya sean legítimos ó transversales los herederos, no hay obligacion de distribuir el quinto, como dejo expuesto.

17. Por lo que queda explicado en órden á la sucesion abintestato, parece se deberá graduar la sucesion por testamento; y así si el testador instituye genérica y simplemente por herederos á sus hermanos, ó les lega alguna cosa, y unos son enteros y otros medios, serán admitidos solamente los enteros á la herencia ó legado por las razones que se expusieron en el libro 2 título 2 capítulo 8, donde se trató esta materia con extension: y por no repetirla aquí me remito á ella.

18. Por conclusion de este capítulo debo advertir aquí que si alguno hubiere instituido simplemente con un modo colectivo á un hermano vivo y á los hijos de otro hermano muerto, ó á un extraño, y á los de otro extraño, sin especificar sus nombres, y los hijos estaban nacidos al tiempo de la institucion, se entienden instituidos por ramas, y el hermano ó extraño en cabeza propia; y así este llevará la mitad de la herencia, y los hijos la otra mitad, porque los conjuntos con modo colectivo se estiman por uno. Lo cual se entiende excepto que de su voluntad aparezca expresa ó tácitamente otra cosa, v. gr. si mandó que sucediesen igualmente, pues entónces todos sucederán con igualdad[3]: y lomismo procede en cualquier sustituto y en el legado[4]; por lo que si lega algo, v. gr. á Pedro y á sus hijos, ó á los de otro, llevará Pedro la mitad del legado, y los hijos la otra mitad[5].

1 L. *Conditionibus. primum locum. et per tot.* ff. *De condition. et demonstration.* y ley 1 ff. *De condition. incert.*
2 L. *Age.* Cod. *De transact.* y ley *In agris.* ff. *De acquirend. rerum dominio.*
3 L. *Interdum,* ff. *De haeredib. instituend.*
4 DD. ubi supr.
5 L. *Si quis Attio et haeredie.* 7 ff. *De usufruct. accresc.*

CAPITULO XIV.

Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de la division de la herencia, cuando el testador hubiere instituido herederos extraños.

1 Doctrina relativa á los herederos extraños, inserta en el cap. 8 tit. 2 lib. 2. Resuélvense aquí dos puntos como mas enlazados con el tratado de particiones. Primero: cuando el testador reparte su herencia entre tres, dejando al uno la mitad, al otro la tercera, y al otro la cuarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion ó de tres; y modo de girar la cuenta.
2 Punto segundo. Nombrando el testador por sus herederos á tres ó

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mas extraños, y mejorando á dos de ellos, al uno en el *tercio* de todos sus bienes, y al otro en el *quinto* tambien de todos, sin decir cuál se ha de deducir primero; ¿cómo habrá de hacerse la deduccion?

1. En el libro 2 título 2 capítulo 8, se trató extensamente de la sucesion testamentaria de los herederos extraños; y dando por supuesta aquella doctrina, resolveré para instruccion del contador dos puntos importantes que reservé para este tratado. 1.° Cuando el testador reparte la herencia entre tres, dejando al uno la mitad, al otro la tercera, y al otro la cuarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion ó de *tres*, para que ninguno sea perjudicado: v. gr. importa la herencia doce mil reales, cuya mitad son seis, la tercera parte cuatro, y la cuarta tres; pero como seis, cuatro y tres componen trece, se debe girar la cuenta de esta suerte: Si trece me dan doce mil, ¿cuántos darán seis, cuántos cuatro, y cuántos tres? Y se verá que ni la mitad son seis mil cabales, ni la tercera parte cuatro mil, ni la cuarta tres mil; y así ninguno resultará agraviado en su legítimo haber. Lo mismo se practicará en otras instituciones semejantes de distintas porciones ó cuotas (*). Y en órden á cómo se ha de hacer la division cuando el testador deja alimentos á una muger embarazada, diciendo: *Que si pare hijo lleve ocho partes de los frutos de sus bienes, ó de estos el hijo y su madre cuatro: y si hija, lleve esta cuatro y la madre ocho*, y luego nacen de aquel parto hijo é hija; véase á Escobar que, siguiendo á Moya[1] y la regla de compañía sin tiempo, explica cómo se ha de girar la cuenta sin irrogar perjuicio á los tres interesados; cuya regla se deberá observar tambien en otros casos y cuotas diversas que en derecho no estan resueltos ni tocados.

2. Segundo punto. Eligiendo el testador por sus herederos á tres ó mas extraños, y mejorando á dos de ellos, al uno en el tercio *de todos sus bienes*, y al otro en el quinto tambien *de todos*, y no diciendo cuál se ha de deducir primero; parece que se deberá sacar ántes este con arreglo á la ley 214 del Estilo, para que sea mayor y tenga mas de que disponer por su alma, ó en lo que quiere, segun se practica cuando testa entre descendientes, como tienen creido algunos por no haber visto esta ley. Pero no debe practicarse en estos términos, ni tampoco bajarse ántes el tercio á pretexto de observar el órden de las palabras, excepto que lo mande expresamente el testador. Lo primero, porque testando entre extraños, no se deducen del quinto los gastos del funeral, misas, entierro y legados, como cuando testa entre descendientes, á ménos que así lo disponga, sino del cuerpo de su caudal, observando lo dispuesto por derecho comun, en lo que no está corregido por el nuestro; pues como la ley del Estilo habla solamente entre hijos, y aquí no hay que atender á legítima alguna, por ser libre el testador en disponer á su arbitrio de todos sus bienes, cesan las razones que militan cuando deja legítimos descendientes; por lo que no debe ampliarse á este caso. La segunda razon es, porque de bajarse cualquiera de ellos primero, y del residuo el otro, sale perjudicado el interesado en este, pues no se verifica llevarlo íntegro *de todos los bienes del testador*, como este lo quiso, guardada proporcion. Tampoco debe deducirse el uno de ellos del total caudal líquido, y luego el otro tambien del mismo total, como si nada se hubiera deducido de él; pues seria mayor absurdo y clara injusticia, porque entónces se deduce este de caudal imaginario que ya no hay, y se perjudica á los que no son mejorados. Para proceder, pues, con justificacion, y que cada uno lleve solamente lo que le toca con arreglo á la mente del testador, se ha de girar la cuenta por la misma regla proporcional, de modo que cada mejorado lleve como tal la cuota que le corresponde, junto con los demas en todos los bienes del testador, y luego con los que no lo fueron, entren ambos á partir igualmente el residuo de la herencia despues de sacado el total de la mejora. Y lo mismo concibo se debe practicar, aunque el testador omita en la mejora la palabra *de*, y diga solamente *que mejora al uno en el tercio y al otro en el quinto de sus bienes*, porque la proposicion indefinida equivale á la universal. Todo lo dicho se entiende excepto que disponga expresamente otra cosa, pues entónces su voluntad será la regla que debe observar el contador (*).

(*) Lo mas fácil es hacer de la herencia tantas partes cuantas señaló el testador, y dar á cada uno lo que dice el testamento. En el caso propuesto sobre la herencia, que son doce mil reales, se hacen trece partes: esto es, si se divide por trece, se verá que cada una de las trece partes en que el testador dividió su herencia, es 923 reales 2 y sexto décimo maravedis; de modo que al uno le tocarán 5538 reales 15 y séptima décima maravedis, por lo que le asignó con el nombre de mitad: al que se le señaló el tercio, le corresponden 2692 reales 10 y quinta décima maravedis; y la cuarta parte será 2769 reales 7 y octava décima maravedis. *Febrero adicionado.*

1 Aritmet. lib. 3 cap. 3.

(*) Acerca del modo de dividir la herencia entre los substitutos de herederos legítimos y extraños, de que trataba aquí el autor, véase el cap. 10 del tit. 2 lib. 2, donde se habla de esta materia; y en órden al derecho de acrecer en las herencias, el cap. 12 del mismo título y libro.

CAPITULO XV.

De las causas por que pueden impugnarse y rescindirse las particiones.

1 Presentada la particion al juez de la testamentaría del difunto, debe dar traslado de ella á los interesados, para que la consientan estando arreglada, ó expongan los agravios ó errores que contenga.

2 Causas por que se pueden impugnar y rescindir las particiones. Primo-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ra, por ser hechas ante juez del todo incompetente.

3 Causa segunda. Por defecto de citacion de los interesados.

4 Causa tercera. Por razon de perjuicio ó lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, ó en la sexta parte de lo que tocó al agraviado.

5 Procede lo dicho, ya provenga la lesion de error sustancial, ignorancia ó dolo, ó por otro motivo.

6 Cuarta causa. Por lesion enormísima.

7 Cuando las particiones son nulas por derecho, deben hacerse de nuevo.

8 Siendo la lesion enormísima, aunque se aprueben por las partes la cuenta y particion, pueden retractarse siempre que se advierta el perjuicio.

9 Quinta causa. Cuando por error, olvido, engaño ú ocultacion se dejó de colacionar ó dividir alguna cosa de la herencia.

10 Se amplía lo dicho en el párrafo anterior, aun cuando la particion se haya hecho por árbitro, y en el compromiso se pusiese pena contra el que la impugnase.

11 Cuando las cosas no se omitieron por error ó ignorancia, sino que se ocultaron por algun heredero, mucho ménos se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la particion.

12 Si las particiones se hicieron judicialmente, se ha de proceder por la accion de dividir en comun, y no por la de familia; y será al contrario cuando se formalizaron extrajudicialmente.

13 Causa sexta por que puede rescindirse la particion. Cuando se hace con el que por ningun título es heredero.

14 Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones por via de apelacion de la sentencia.

15 Tambien pueden deshacerse por via de restitucion *in integrum*.

16 Utilidades que resultan de este último remedio.

17 No será restituido el menor si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fué perjudicado sin intervenir fraude.

18 La particion que se hizo entre los hermanos, se puede reformar cuando se dió al uno mas de lo que se le debia, no rescindiendo la particion sino resarciendo el daño. La hecha por el padre ha de observarse, aunque haya dado mas al uno que á los otros, siempre que no exceda de su legítima y mejora.

19 Los coherederos que en virtud de la division nulamente hecha, y pendiente el pleito sobre validacion ó nulidad de ella, recibieren sus porciones en bienes que perecieron sin su culpa, no tendrán obligacion á colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente.

1. Hecha la particion judicialmente, ya sea por los peritos electos por las partes, ó por los partidores nombrados públicamente, en donde los hay, y presentada al juez de la testamentaría del difunto, debe dar traslado de ella á los interesados, para que estando arreglada la consientan; y si no lo está, deduzcan los errores y agravios que contenga, aunque juntos no lleguen á la sexta parte del total de su respectivo haber. Tambien se les debe comunicar al mismo fin, siendo mayores, cuando la hacen los contadores que elige el testador para que la ejecuten; y siendo menores, á sus tutores ó curadores; bien que aunque estos la consientan en sus nombres, podrán aquellos decir de agravios de ella dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad. Y así lo mismo es que la aprueben, que no, si los contiene; pues ni el permisoconcedido á los testadores para que los nombren, ni su nombramiento, les da facultad para agraviarlos, ni les priva de usar de su derecho, porque todo esto seria injusto, y solo sirve para libertarlos de gastos inútiles, y perjuicios que se les irrogarian procediéndose judicialmente. Si la consienten, ha de proceder el juez á su aprobacion; pero si alguno dice de agravios, debe comunicarlos á los otros, á fin de que expongan lo que les convenga: los cuales, consistiendo en hecho, se han de ventilar en via ordinaria; y si en derecho, debe el juez decidirlos en vista de lo que aleguen, porque en materia de derecho no hay prueba que hacer, por estar resuelto en él lo se debe determinar. De la sentencia que profiera, puede apelar el agraviado dentro de los cinco dias legales en la forma regular; y hasta que se ejecutoría y deshace el agravio, no se expide ni debe expedir á los intererados el testimonio de su respectiva adjudicacion.

2. Por varias causas se pueden impugnar y rescindir las particiones. La primera, siendo hechas ante juez del todo incompetente[1]; cuya nulidad se puede alegar en todo tiempo, pues es tan grande que impide la ejecucion, aunque sea de tres sentencias conformes[2]; y no solo se anula la sentencia, sino todo lo obrado ante él[3], lo cual no se puede subsanar ni aun por rescripto del soberano.

3. La segunda causa por que se pueden impugnar las particiones y alegar su nulidad, es por defecto de citacion de los interesados; el cual, como que impide la defensa dimanada del derecho natural, es el mayor de todos; y así es que la citacion jamas debe omitirse, como he dicho en otra parte.

4. La tercera es por razon de perjuicio ó lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, ó en la sexta parte de lo que tocó al perjudicado: previniendo que no basta que lo sea en una cosa sola, sino que precisamente ha de ser en la sexta de todo su legítimo haber, porque si lo es solamente en una, se compensa la lesion de ella con el mayor valor de la otra; y así no ha lugar á su admision[4].

5. Esto procede, ya provenga la lesion de error sustancial sin intervencion de dolo, ó cuando por este ó ignorancia se omitió colacionar alguna cosa, ó los contadores irrogan agravio en el modo de liquidar y deducir, ó por otro modo (pues la ley no distingue); excepto que sobre el error ó agravio haya recaido transaccion ó sentencia exequible dada en contradictorio juicio con pleno conocimiento de

1 L. 1 Cod. *Si a non competent judic.*
2 Gl. *In clementin. unic. de sequestr. possess.* verb. *Non obstante.* Felin in cap. *Ea quae*, col. 2 *De re judicat.*
3 L. *Secundum*, col. 2 vers. *Item nota*, Cod. *De donation.*
4 L. *Unde si Nervae*, y ley *Quid enim*, 81 ff. *Pro socio.* Pinel. in leg. 2 Cod *De rescind. vendit.* part. 2 cap. 10 n. 3. Ciriac. controv. 315 n. 28.

causa[1]. Asimismo procede lo dicho, ya sea hecha la particion por el juez ó por árbitro, ó con el que en realidad no es heredero[2]; previniendo que la lesion en mas ó ménos de la mitad, se entiende siendo hecha la particion por convenio de los interesados[3]; pues cuando lo es por contadores, basta que sea en la sexta parte[4]; y así se puede pedir deduccion de ella á albedrío de buen varon[5].

6. La cuarta es por lesion enormísima, pues interviniendo esta se presume que hubo dolo, el cual en todo acto y disposicion se entiende exceptuado por ser contra derecho[6]. En este caso será oido el perjudicado, aunque sea mayor y jure no contravenir las particiones[7], porque esta lesion no se comprende en la renuncia general[8]; y así se deben volver á hacer si los errores y lesion son sustanciales, y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar; pues pudiendo se deben reformar, y permitir al demandado la eleccion de que se deshagan ó supla el engaño[9]. Y aunque algunos no estan por el suplemento, es sin embargo lo mas equitativo para evitar nuevos dispendios y dilaciones á los interesados. Si la lesion proviene de mero error de cálculo, entónces como no es sustancial, ni se encamina á perjudicar á las partes en sus derechos, sino puramente material en cuanto á la cuota, no se deben deshacer las particiones, sino por medio de notas ó advertencias las equivocaciones padecidas en la suma ó cantidad, expresándolo en la sentencia de aprobacion, para que no se dude que se tuvieron presentes, é insertándolas en cada testimonio de adjudicacion ó hijuela.

7. Pero si las particiones son nulas por derecho, se deben hacer de nuevo, porque lo que de derecho es nulo, se estima por no hecho, y ningun efecto surte; y así no se puede rescindir ni enmendar[10]. Sobre cuál se llama lesion enormísima hay variedad de opiniones; por lo que se debe dejar al arbitrio del juez imparcial.

8. Procede lo explicado en el párrafo 6, aunque el cálculo y particion se aprueben por las partes, porque esta aprobacion se presume falaz y hecha sin voluntad ni conocimiento, y nula por razon del cálculo y division; por lo que no impide su retractacion siempre que

1 L. *Si soror tua.* Cod. *De collationib.* Ayor. part. 3 q. 7. Guerreir. *De divis.* lib. 8 cap. 5 ns. 4 y 7. Menoch. consil. 91. Decio consil. 351. Valenz. consil. 129 n. 80.
2 L. *Si post. divisionem,* 4 Cod. *De juris et facti ignorant.*
3 L. 2 Cod. *De rescind. ad. vendition.* y ley 1. Cod. *Communia utriusque judic.* y gl. en la ley 3. Cod. eod tit.
4 Ayor. dicha part. 3 q. 6.
5 Velasc. *De partit.* cap. 39 n. 9 al 14.
6 L. *Si superstite.* Cod. *De dolo.* Menoch. *De arbit.* q. 71 n. 18. Gamin. decis. 94 n. 3 y decis. 198 n. 1. Afflict. decis. 403 n. 11.
7 Covar. in cap. *Quamvis pactum,* part. 2 § 4 n. 5. Gamin. decis. 95 n. 4 y decis. 198 n. 2. Pinel. in leg. 2. Cod. *De rescind. vend.* part. 3 n. 7.
8 Gutier. *In repet.* cap. *Quamvis pactum.* n. 92.
9 Velasc. dicho cap. 3 ns. 76 y 77. Guzman *De evict.* q. 116 n. 18 Guerreir. *De divis.* lib. 8 cap. 19 n. 1 al 21. Ayor. part. 3 q. 10.
10 L. *Nam et si sub conditione.* § *Post defectum.* ff. *De injusto rupto testamento,* y regla *Non praestat. de regul jur.* n. 6.

se advierta[1]; pues con el mismo error con que el cálculo y division se hicieron, se entiende hecha su aprobacion; y así una y otra se retractarán y enmendarán[2].

9. La quinta es cuando por error, olvido, engaño ú ocultacion, se dejó de colacionar ó dividir alguna cosa de la herencia; en cuyo caso el que debió traerla á colacion, si no lo hizo, podrá ser compelido á ello de oficio, y se dividirá[3], pues en este juicio nada debe dejar proindiviso el juez[4]; pero es de advertir, que por esto no se deben rescindir las particiones hechas, ni ser oido el que pretende su rescision, y sí solo dividirse lo que no se dividió[5], porque, como dice el derecho[6], lo útil no se vicia con lo inútil.

10. Se amplia lo expuesto en el párrafo anterior, aunque la particion se haya hecho por árbitro, y en el compromiso se pusiese pena contra el que la impugnase[7]; pues no obstante puede el interesado, sin miedo de incurrir en la pena impuesta, pretender que se dividan las cosas omitidas, porque por este hecho no impugna la particion, y solo intenta que lo omitido se parta, y el juicio se perfeccione y concluya, lo cual es muy diverso[8]; así como cuando el juez deja de declarar ó determinar en las sentencias acerca de algunas de las pretensiones de los contadores, se le pide declare y determine sobre lo que omitió; pues en lo omitido no se puede decir conclusa totalmente la instancia[9].

11. Si las cosas no se omitieron por error ó ignorancia, sino que se ocultaron por algun heredero, mucho ménos se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la particion[10]. A mas de que en todo negocio y contrato, aunque se celebre con las palabras mas amplias, siempre se entiende exceptuado el dolo[11].

12. Pero es de advertir que si las particiones se hicieron judicialmente, se ha de proceder por la accion de dividir en comun, y no por la de familia, sobre las cosas que no se dividieron[12]; lo cual será al contrario habiéndose formalizado extrajudicialmente entre los herederos, pues entónces se puede proceder por esta accion[13].

13. La sexta causa por que se pueden impugnar y rescindir las

1 L. unic. Cod. *De errore calculi* et ibi DD.
2 L. *Doli mali.* § *Diversum.* ff. *De donation.* Decio consil. 60 n. 6.
3 L. *Si soror.* Cod. *De collationib.* y leyes 1 y 3. Cod. *Familiae erciscundae.*
4 L. *Haeredes ejus.* 25 § *Si filius,* 10 y § *Judex,* 20 ff. *Familiae erciscundae.*
5 Dicha ley *Si soror.* Velasc. dicho cap. 39 ns. 58 y 59.
6 Regla *Utile per inutile; de regul. jur.* in 6.
7 L. *Si soror.* cit. al fin. y ley *Qui Romae,* § *Duo fratres,* ff. *De verbor. obligat.*
8 Dicha ley *Haeredes,* y § *Si filius.* Velasc. ibi ns. 60 y 61.
9 L. *Si autem,* § fin. ff. *De negot. gest.* Velasc ibi n. 62.
10 L. *Tres fratres,* ff. *De pact. Arg.* leg. *Qui cum tutoribus.* § *Qui per fallaciam coheredes* ff. *De transact.* Velasc. ibi n 63.
11 L. fin § *Lucius,* ff. *Mandati.* Gom. en la 77 de Toro n. 5. Velasc. ibi n. 64.
12 L. *Si filia nupta.* 20 § *Familiae,* 4. Cod. eod. tit. et ibi DD.
13 L. *Si non,* 1 Cod. *Familiae erciscundae* Menes. in leg. *Si post divisionem.* Cod. *De juris et facti ignorantia,* n. 4. Velasc dicho cap. 39 ns. 65 y 66.

*

particiones, es por haber sido hechas con el que por ningun título era heredero[1]. Esto se entiende aunque se imponga pena al que las contravenga, pues no obstante esta, quedará impune, y no podrá ser compelido á pasar por ellas, porque el error quita el consentimiento é impide la adquisicion de dominio[2]. Pero si se hicieron con el heredero putativo, y se confirmaron por sentencia, no se pueden impugnar por esta causa, porque la division hecha de este modo impide la repeticion de lo pagado como no debido[3].

14. Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones por via de apelacion de la sentencia, y este remedio sirve para corregir la iniquidad ó impericia de los jueces[4]; pues no hay duda que se puede apelar así de las particiones hechas por el ordinario, como por los partidores electos por las partes[5]. En cuanto á las formalizadas por estos cuando se nombran extrajudicialmente, concibo no puede haber apelacion, por no ser jueces ni dar sentencia, sino solo su parecer como peritos, excepto que esten nombrados en los términos y con las facultades que expuse en el capítulo 2, título 2, párrafo 6 de este tratado.

15. Tambien se pueden deshacer por via de restitucion por entero, con pretexto de lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, siendo menor de veinte y cinco años el perjudicado[6]. Con este motivo advierto que aunque está prohibido al menor la division de la herencia ó cosa comun, sin que intervenga el decreto del juez y la autoridad de su tutor ó curador, porque es especie de enagenacion[7]; esto se entiende cuando todos los partícipes son menores, porque á ninguno se permite provocar al otro al juicio por sí solo[8]. Pero si el menor es provocado á la division por el socio ó partícipe, mayor de veinte y cinco años, valdrá esta con sola la autoridad de su tutor ó curador[9], porque seria injusto que el mayor que no contrajo con el menor, estuviese contra su voluntad en comunion con él, y esperase hasta que fuese de edad cumplida; y así ni en este caso, ni cuando el testador deja nombradas personas que la ejecuten, es necesaria la intervencion judicial.

1 Dicha ley *Si post divissionem*, 4. Cod. *De juris et facti ignorant.* y ley *Servum communem*, 22 Cod. *Familiae erciscundae.*
2 Paul. in leg. fin. § *Item quaesitum*, ff. *De conditione indebiti.* Decio consil. 80 n. 1, y consil 600 n. 3. Velasc. dicho cap. 39 ns. 69 y 75.
3 L. *Si divisionem.* 15. Cod. y ley *Cum putarem.* 36 ff. *Familiae erciscundae.* Menchac. *De succes. creat.* § 1 n. 47. Velasc. ibi n. 67 al 69.
4 L. 1 ff. *De appellation.*
5 Bart. in leg. fin. col. 3 ff. *De appellat. recipiend.* Velasc. ibi n. 30.
6 L. últ. Cod. *Commun. divid.* ley fin. ff. *Familiae erciscundae.*
7 L. *Inter omnes*, Cod. *De praediis et aliis rebus minorum.* Narbon. *De aetate annor.* 25 q. 52 n. 6.
8 Dicha ley *Inter omnes*, y ley *Si pupillorum*, ff. *De reb. eorum.*
9 Dicha ley *Si pupillorum*, y ley *Apud Julianum*, ff. *Ex quibus caus. in possession. eatur.* Altimar *De nullitat.* rubr. 1 part. 2 q. 29 n. 17.

16. De este remedio resultan varias utilidades. La primera, que por él debe ser restituido el menor, aunque la lesion sea módica ó poca[1]; excepto que por la restitucion de cosa ó cantidad mínima se irrogue perjuicio al mayor, pues entónces se le deniega[2]. Y para llamarse módica ó inmódica, se debe considerar en sí la cosa ó suma que pretende se restituya, y no comparativamente á otra cosa ó suma mayor: v. gr., la lesion de cincuenta respecto de mil es módica, y respecto de sí misma es grave[3]. La segunda, que esta restitucion contra las particiones no se restringe hasta los veinte y cinco años, ántes bien dura hasta los veinte y nueve, que son cuatro despues[4]; lo cual no sucede en otras alegaciones de lesion contra ellas. La tercera es, que opuesta la lesion por restitucion impide la ejecucion de la sentencia, y por consiguiente de las particiones hechas y aprobadas por esta[5]; de suerte que movido pleito, tiene fuerza y eficacia para impedirla, y hacer que no se innove hasta que el pleito se termine; pero miéntras dura este, no se revoca la ejecucion hecha[6]; ni se suspenderá la que no lo está, si la restitucion se pide maliciosamente para pedirla ó diferirla[7].

17. No será restituido el menor si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fué perjudicado, sin intervenir fraude ni colusion. Lo primero, por la incertidumbre de á quién tocaria, por la cual muchas cosas se admiten, que no se admitirian[8]. Lo segundo, porque hizo lo que el mayor diligente y sagaz haria; y porque quien está á la utilidad, debe estar á la pérdida: ademas de que donde puede resultar daño y lucro, no se debe pedir restitucion, nulidad, ni otro remedio por la lesion eventual[9], porque así como por ella fué perjudicado, pudo serlo el mayor, y él no[10]. Lo propio milita cuando los interesados lo fueron en la estimacion de los bienes que se les adjudicaron, pues guardando igualdad, por ninguno se puede decir de lesion, ya sea mayor ó menor[11].

18. La particion que se hizo entre los hermanos, se puede reformar cuando se le dió al uno mas de lo que se le debia dar; en cuyo caso no se ha de deshacer ni retractar, y sí solo resarcir el daño ó lesion á arbitrio del juez[12]. Pero la hecha por el padre entre sus hi-

1 L. 2 Cod. *Si adversus venditionem.* Alex. consil. 67 lib. 5.
2 L. *Scio.* ff. *De in integrum restitut.* Decio in cap. *Majorib. de praebend.* et in cap. *De appellation.* Velasc. ibi n. 38 al 41.
3 Menoch. lib. 2 centur. 1 caso 72 n. 5. Covar. lib. 1. *Resolut. var.* cap. 3 n. 11.
4 L. fin. Cod. *De tempor. in integr.* et ibi DD. Velasc. ibi n. 42.
5 L. unic. Cod. *De in integrum restitut.* Velasc. ibi ns. 43 y 44.
6 Velasc. ibi n. 18.
7 Suein in leg. 1 § *Si servus*, n. 14. *De acquirem possess.* Alex. ibi ns. 14 y 26. Velasc. ibi n. 49.
8 L. 1 Cod. *De pact.* Gom. lib. 2 *Var.* cap. 14 n. 4.
9 L. 6 al fin tit. 19 part. 6. Olea *De cess. jur.* tit. 6 q. 10. Ciriac. controv. 1. Herm. en la ley 56 tit. 5 part. 5 gl. 11 y 12.
10 L. 1 Cod. *Quando et quibus quarta pars*, et ibi DD.
11 Ayor. part. 1 cap. 3 ns. 31 y 32.
12 L. 1 Cod. *Communi divid.*

jos se debe observar, sin embargo que haya dado mas al uno que á los otros[1]; y así no pueden quejarse de ella ni contravenirla[2], porque este se entiende mejorado; excepto que lo que le dió de mas exceda de su legítima y mejora, pues en este caso restituirá el exceso á los coherederos, como en varios lugares dejo sentado. Tambien advierto que la particion hecha justamente entre los hermanos mayores de veinte y cinco años, aunque no conste por escrito, no se puede deshacer, y mucho ménos si en virtud de ella tomaron posesion de lo que les tocó[3], segun en otra parte dejo insinuado.

19. Los coherederos que en virtud de la division nulamente hecha, y pendiente el pleito sobre validacion ó nulidad de ella, recibieren sus porciones en bienes que sin su culpa perecieron ántes de concluirse este, no tendrán obligacion de colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente; y la razon es, porque por la division y contrato nulo no se transfiere el domino, y cualquiera cosa perece para su dueño. Así que los bienes perecerán para la herencia en comun, y no para los coherederos á quienes se aplicaron, y estos recibirán nuevamente sus partes, como si la division no se hubiera ejecutado; bien que si enagenaron alguna cosa y recibieron su precio, será este lo único que colacionen[4]. Tampoco tendrán obligacion de conferir los frutos percibidos de ellos, porque fueron poscedores de buena fe, en virtud de título, á lo ménos putativamente válido, cual es el de la division; y los que poseen de esta suerte no estan obligados regularmente á la restitucion de frutos[5].

1 L. *Ex parte*, 39 § ult. y ley *Quae pater*, 50 ff. *Familiae erciscundae*. Alex. consil. 77 lib. 3.
2 Corn. consil. 228 col. 2 y consil. 273 col. 7 lib. 4. Decio consil. 254 n. 2. Paris consil. 34 n. 27 lib. 2.
3 L. 8 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real, y ley *Divisionem*, Cod. *Familiae erciscundae*.
4 Guerreir. *De divis.* lib. 8 cap 15 ns. y 4 Herm. en la ley 56 tit. 5 part. 5 gl. 10 n 6.
5 Guerreir. cap. 17 n. 5.

CAPITULO XVI.

¿Cuándo habrá ó no lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos, ó al legatario á quien se adjudican?

1 Dada á cada heredero la posesion de la parte de herencia que le tocó, si se le quita á cualquiera de ellos en juicio por un tercero, alguna de las cosas que se le adjudicaron, deberá ser reintegrado por los coherederos mediando las circunstancias que allí se expresan.
2 Se desvanece una objecion que podrá hacerse contra la doctrina sentada en el párrafo anterior.
3 La eviccion tiene lugar en la division hecha por los hermanos.
4, 5 y 6 Excepcion de la regla anterior.
7, 8 y 9 Casos en que corresponde ó no al legatario la accion de eviccion contra los herederos del legante por el legado que se le quitó en juicio.

1. Sucede á veces que despues de hechas judicial ó extrajudicialmente las particiones, y dada á cada heredero la posesion de la herencia que le tocó, se le quita en juicio por un tercero alguna de las cosas que se le adjudicaron. En tal caso, este heredero á quien se le quitó, si luego que el tercero le mueve pleito sobre ella, hace que se cite de eviccion á los coherederos para que salgan á su defensa, y á mas de esto defiende diligentemente la causa sin dolo ni calumnia, y siendo condenado en primera instancia apela y prosigue la apelacion, y dada ejecutoria condenándole entrega en su virtud la cosa demandada; será oido contra los coherederos, los cuales, ya se hayan obligado ó no á eviccion, deberán reintegrarle de lo que por ello satisfizo[1]. La razon es, porque la division se juzga y estima como permuta y tácita compra de la porcion que competia al coheredero en cada una de las cosas que existian proindiviso, y cada interesado tiene derecho á cualquiera mínima parte de la alhaja ó alhajas que estan sin dividir[2]; y el contrato de permuta es de tal naturaleza, que si la cosa recibida en trueque, falta, ó por eviccion se quita al permutante, tiene recurso para recuperar la que dió ó dimitió[3].

2. No obsta alegar contra lo dicho, que en las últimas voluntades no debe tener lugar la eviccion, porque en virtud de ellas se adquieren por título lucrativo las cosas dejadas, y porque seria gravosa y nociva al donante su liberalidad[4]; pues esto se entiende cuando la donacion empieza por entrega hecha de cosa agena, ya sea con cierta ciencia ó ignorancia de que lo es, y no por promesas[5]; y en órden á las cosas dejadas por testamento, mas parece haberse empezado por esta que por aquella. Ademas, el estar obligado el coheredero á su eviccion, no es porque el testador lo estuviese por lo que dejó ó legó libera!mente, sino porque quiso que cada heredero llevase su porcion íntegra; por lo que si otro extraño se la quita, se debe componer de modo que la voluntad del difunto se cumpla, y mucho mas si la cosa quitada se dió al hijo en pago de su legítima, ya se hubiese adjudicado por el juez en la particion, ó extrajudicialmente entre los hijos, ya la hubiese señalado el padre en su testamento, ó entregado á cuenta de ella en su vida. Pero si los herederos pactan expresamente que aunque la cosa adjudicada al uno se le

1 L. *Emptor*. Cod. *De eviction*. L. *Habere licere*, ff. eod. tit. L. *Si familiae* Cod *Familiae erciscund*. Gom. lib. 2 *Var*. cap. 2 n. 33 vers. *Sexto infertur*.
2 L. *Cum pater*, § *Haereditatem*. ff. *De leg*. 2. L. *Si filio* § *Si pater*, ff. *Familiae erciscundae*.
3 LL. 1 y 5 Cod. *De rerum permutat*. Rojas Almans. *De incompatibil*. disp. 3 q. 6 n. 17.
4 L. *Aristo ait* § fin. ff. *De donat*. L. *Ad res donatas*, ff. *De aedelitio. edict*.
5 L. 1 Cod. *De jure dot*. Gom. ibi n. 35.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

jos se debe observar, sin embargo que haya dado mas al uno que á los otros[1]; y así no pueden quejarse de ella ni contravenirla[2], porque este se entiende mejorado; excepto que lo que le dió de mas exceda de su legítima y mejora, pues en este caso restituirá el exceso á los coherederos, como en varios lugares dejo sentado. Tambien advierto que la particion hecha justamente entre los hermanos mayores de veinte y cinco años, aunque no conste por escrito, no se puede deshacer, y mucho ménos si en virtud de ella tomaron posesion de lo que les tocó[3], segun en otra parte dejo insinuado.

19. Los coherederos que en virtud de la division nulamente hecha, y pendiente el pleito sobre validacion ó nulidad de ella, recibieren sus porciones en bienes que sin su culpa perecieron ántes de concluirse este, no tendrán obligacion de colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente; y la razon es, porque por la division y contrato nulo no se transfiere el domino, y cualquiera cosa perece para su dueño. Así que los bienes perecerán para la herencia en comun, y no para los coherederos á quienes se aplicaron, y estos recibirán nuevamente sus partes, como si la division no se hubiera ejecutado; bien que si enagenaron alguna cosa y recibieron su precio, será este lo único que colacionen[4]. Tampoco tendrán obligacion de conferir los frutos percibidos de ellos, porque fueron poscedores de buena fe, en virtud de título, á lo ménos putativamente válido, cual es el de la division; y los que poseen de esta suerte no estan obligados regularmente á la restitucion de frutos[5].

1 L. *Ex parte*, 39 § ult. y ley *Quae pater*, 50 ff. *Familiae erciscundae*. Alex. consil. 77 lib. 3.
2 Corn. consil. 228 col. 2 y consil. 273 col. 7 lib. 4. Decio consil. 254 n. 2. Paris consil. 34 n. 27 lib. 2.
3 L. 8 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real, y ley *Divisionem*, Cod. *Familiae erciscundae*.
4 Guerreir. *De divis.* lib. 8 cap 15 ns. y 4 Herm. en la ley 56 tit. 5 part. 5 gl. 10 n 6.
5 Guerreir. cap. 17 n. 5.

CAPITULO XVI.

¿Cuándo habrá ó no lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos, ó al legatario á quien se adjudican?

1 Dada á cada heredero la posesion de la parte de herencia que le tocó, si se le quita á cualquiera de ellos en juicio por un tercero, alguna de las cosas que se le adjudicaron, deberá ser reintegrado por los coherederos mediando las circunstancias que allí se expresan.
2 Se desvanece una objecion que podrá hacerse contra la doctrina sentada en el párrafo anterior.
3 La eviccion tiene lugar en la division hecha por los hermanos.
4, 5 y 6 Excepcion de la regla anterior.
7, 8 y 9 Casos en que corresponde ó no al legatario la accion de eviccion contra los herederos del legante por el legado que se le quitó en juicio.

1. Sucede á veces que despues de hechas judicial ó extrajudicialmente las particiones, y dada á cada heredero la posesion de la herencia que le tocó, se le quita en juicio por un tercero alguna de las cosas que se le adjudicaron. En tal caso, este heredero á quien se le quitó, si luego que el tercero le mueve pleito sobre ella, hace que se cite de eviccion á los coherederos para que salgan á su defensa, y á mas de esto defiende diligentemente la causa sin dolo ni calumnia, y siendo condenado en primera instancia apela y prosigue la apelacion, y dada ejecutoria condenándole entrega en su virtud la cosa demandada; será oido contra los coherederos, los cuales, ya se hayan obligado ó no á eviccion, deberán reintegrarle de lo que por ello satisfizo[1]. La razon es, porque la division se juzga y estima como permuta y tácita compra de la porcion que competia al coheredero en cada una de las cosas que existian proindiviso, y cada interesado tiene derecho á cualquiera mínima parte de la alhaja ó alhajas que estan sin dividir[2]; y el contrato de permuta es de tal naturaleza, que si la cosa recibida en trueque, falta, ó por eviccion se quita al permutante, tiene recurso para recuperar la que dió ó dimitió[3].

2. No obsta alegar contra lo dicho, que en las últimas voluntades no debe tener lugar la eviccion, porque en virtud de ellas se adquieren por título lucrativo las cosas dejadas, y porque seria gravosa y nociva al donante su liberalidad[4]; pues esto se entiende cuando la donacion empieza por entrega hecha de cosa agena, ya sea con cierta ciencia ó ignorancia de que lo es, y no por promesas[5]; y en órden á las cosas dejadas por testamento, mas parece haberse empezado por esta que por aquella. Ademas, el estar obligado el coheredero á su eviccion, no es porque el testador lo estuviese por lo que dejó ó legó libera!mente, sino porque quiso que cada heredero llevase su porcion íntegra; por lo que si otro extraño se la quita, se debe componer de modo que la voluntad del difunto se cumpla, y mucho mas si la cosa quitada se dió al hijo en pago de su legítima, ya se hubiese adjudicado por el juez en la particion, ó extrajudicialmente entre los hijos, ya la hubiese señalado el padre en su testamento, ó entregado á cuenta de ella en su vida. Pero si los herederos pactan expresamente que aunque la cosa adjudicada al uno se le

1 L. *Emptor*. Cod. *De eviction*. L. *Habere licere*, ff. eod. tit. L. *Si familiae* Cod *Familiae erciscund*. Gom. lib. 2 *Var*. cap. 2 n. 33 vers. *Sexto infertur*.
2 L. *Cum pater*, § *Haereditatem*. ff. *De leg*. 2. L. *Si filio* § *Si pater*, ff. *Familiae erciscundae*.
3 LL. 1 y 5 Cod. *De rerum permutat*. Rojas Almans. *De incompatibil*. disp. 3 q. 6 n. 17.
4 L. *Aristo ait* § fin. ff. *De donat*. L. *Ad res donatas*, ff. *De aedelitio. edict*.
5 L. 1 Cod. *De jure dot*. Gom. ibi n. 35.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

quite, no ha de haber lugar á la eviccion, no se le dará esta accion[1].

3. Ha lugar la eviccion en la division hecha por los hermanos; por lo que si al uno se quita en juicio alguna cosa de las que se le aplicaron, estan obligados los demas á prorata á saneársela, de modo que queden iguales[2]: al contrario cuando el padre dividió sus bienes entre sus hijos, pues entónces aunque al uno se quite por un tercero alguna cosa de las que su padre le dió, no ha lugar la eviccion[3].

4. Se limita en cuanto á los hermanos el principio sentado en el párrafo anterior. Lo primero, cuando estipularon que ninguno habia de quedar obligado á eviccion á otro, porque entónces todos tienen el mismo peligro; y por tanto, aunque al uno se quite alguna de las cosas que se aplicaron, no puede reconvenir de eviccion al otro[4].

5. Lo segundo, cuando la misma cosa por su naturaleza se pierde, v. gr. si á un hermano se adjudicó el feudo, y habiendo muerto dejando una hija que no podia obtenerlo, se lo quitó un tio suyo, pues la hija no puede usar de la eviccion contra este. Y lo propio milita en los bienes sujetos á fideicomiso, si por causa de este se quitan al que los tiene[5]. Esto se entiende cuando por razon del feudo ó fideicomiso intervino el justo precio, ó se estimó en ménos de lo que valia por el peligro y gravámen, porque este disminuye el valor, y es parte del precio[6]; pues si no se tuvo consideracion al gravámen, y se estimó por todo lo que valia, como si no lo tuviera, habrá lugar la eviccion: por cuya causa el pacto de *retroventa* hace que la cosa vendida con él valga ménos[7].

6. Y lo tercero, cuando la misma cosa ó finca que se dudaba perteneciese á la herencia, se dividió igualmente entre todos los hermanos, pues entónces aunque se quite al uno su parte, no habrá lugar la eviccion, porque en el mismo peligro estan todos; y por el mutuo riesgo á que se hallan expuestos, es visto haber guardado igualdad entre ellos en la division que se hizo de la finca ó cosa; y así no será oido. Lo mismo procede, aunque no se dudase que era del difunto, si al principio del juicio amenaza el mismo peligro á todos[8]. Esta tercera limitacion se entiende, excepto que el hijo á quien se quitó su parte fuese gravado por esta razon en su legítima,

1 L. *Si familiae* Cod. *Familiae erciscundae.* Velasc. *De partit.* cap. 37 n. 7.
2 Dicha ley *Si familiae* et ibi gl. et DD.
3 L. 9 tit. 15 part. 6. L. *Cum pater*, 77 § *Evictis*, ff. *De legat.* 2.
4 Dicha ley *Si familiae.*
5 Gl. et DD. in dict. leg. *Si famil.* Menoch. consil, 67 n. 78 lib. 1.
6 L. 1 § *Haeres* ff. *ad trebelliam.* L. *Fund. partem*, et ibi gl. et DD. ff. *De contrahend. emption.*
7 Matienz. en la ley 1 tit. 11 lib. 5 R. gl. 9, desde el n. 26. Ayor. part. 3 q. 9 n. 19.
8 Paul. in leg. *Si familiae* cit. Guerreir. lib. 8 y cap. 18 cit. ns. 10 y 14. Hermos. en la ley 32 tit. 5 part. 5 gl. 1 n. 114.

pues entónces deben completársela los coherederos[1]; ó que conste que la voluntad del testador fué que se observase toda la igualdad entre todos, v. gr. cuando dijo que cada uno llevase todo lo que le correspondia; ó en la cosa poseida por el mismo testador, mas no si no la poseia[2].

7. En cuanto á si corresponderá ó no al legatario la accion de eviccion contra los herederos del legante por el legado que en juicio se le quitó, se han de distinguir cuatro casos. 1.° Cuando el legado fué específico de cierta alhaja ó cosa que el legante poseia como suya; en cuyo caso no le compete, aunque se la quiten, y sea conjunto del legante[3]: y la razon es, por la conjetura de su voluntad, que en duda no se presume legar lo que no es suyo, ni ser liberal con lo ageno, y sí solo haber legado lo que tenia, y su posesion[4]. Pero si sabia que era agena, y no obstante la legó, competirá al legatario su repeticion, no por eviccion, sino como legado de estimacion en que se convierte. Lo mismo procede cuando hace el legado á conjunta persona, v. gr. á un hijo, aunque en este caso sepa que es ageno lo que le ga[5]. 2.° Cuando el legado es génerico, en el cual le compete la eviccion[6]. 3.° Cuando el testador lega cosa que sabe ciertamente que es agena: entónces el heredero está obligado á eviccion, y por consiguiente á redimir ó comprar la cosa pagando á su dueño lo que valga, y entregándola al legatorio, pues se convierte igualmente en legado de estimacion. Y para saber si es agena ó propia del testador, lo debe probar el legatario, y no probando, nada llevará, á ménos que sea conjunto suyo, v. gr. muger, hijo, ú otro pariente[7]. 4.° Cuando el testador lega sin saberlo á conjunta persona, v. gr. á un hijo la cosa agena, creyendo que es suya; en cuyo caso vale el legado, y así el coheredero está obligado á eviccion, si en juicio la quitan al legatario, porque se presume de la voluntad del testador, que quiso en todo evento beneficiar al legatario como tan conjunto, y que aunque supiera que era agena, se la hubiera mandado dar, ú otro tanto de sus bienes[8].

8. No ha lugar la eviccion cuando el legatario es extraño y el testador le legó cosa que sabia era agena; y la razon es por defecto de voluntad de este, pues no se presume haber querido legarle su

1 L. *Scimus*, Cod. *De inofic. testam.*
2 L. *Cum pater*, § *Evictis* ff. *De legatis* 2. Greg. Lop. en la ley 9 tit. 15 part. 6 gl. 2.
3 L. *Si is qui*, ff. *De eviction.* L. *Si a substituto*, § 1 y ley *Si legati servi nomine*, ff. *De legat.* 1.
4 L. *Si pignore*, § *De furt.* L. *Cum ex familia.* § *Si rem*, ff. *De legat.* 2.
5 L. *Cum alienam*, Cod. *De legat.* y ley *Cum pater* § *Evictis* ff. *De legat.* 2. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2 n. 36. Velasc. dicho cap. 37 ns. 8 al 13.
6 L *Haeres servum.* ff. *De eviction.* L. *Si a substituto*, § 1 y ley *Si haeres generaliter.* ff. *De legat.* 1. Gom. dicho cap. 2 n. 5.
7 L. 10 tit. 9 part. 6. Dicha ley *Cum alienam*, ley *Hujusmodi.* § *Qui servum*, ff. *De legat.* 1.
8 L. *Cum alienam.* cit. Paul. ubi sup. fin. Velasc. cap. 37 cit. ns. 9 y 13.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

estimacion, porque no media la aficion que al conjunto, para que se conceptúe que en todo evento quiso beneficiarle como á este[1]; y así no vale el legado.

9. Tampoco ha lugar en la cosa que el padre, en el concepto de ser suya, prelegó con título de mejora ó fideicomiso á algun hijo suyo, aunque en juicio se la quiten[2]. Lo mismo procede cuando lega alguna cosa en que le compete solamente el derecho de prenda, porque es visto legar esta y no la misma cosa[3]: ó cuando lega aquella que esperaba adquirir, porque se presume legar esta esperanza, y no la cosa misma[4]: ó cuando lega á conjunta persona la cosa agena, creyendo ser suya por alguna causa, la cual era nula, v. gr. porque la habia comprado á pupilo sin la solemnidad legal, pues no vale el legado, ni por consiguiente ha lugar la eviccion; lo que al contrario, cuando simple y absolutamente creia ser suya[5]: ó si lega alguna cosa juzgando ser suya por alguna causa, la cual espiraba con su muerte, y él lo ignoraba; pero no, si lo sabia[6].

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2 n. 36 vers. *Si vero erat aliena.* Velasc. ibi n. 14.
2 L. *Cum pater*, 77 § 8 ff. *De legat.* 2.
3 Abb. in cap. *Filius*, n. 4 et ibi. Covar. n. 3. *De testam.* Alex. consil. 47 n. 4 lib. 3.
4 L. *Cum alienam.* Cod. *De legat.* Rom. consil. 33 n. 5. Alex. consil. 11 n. 17 lib. 3.
5 L. *Cum alienam.* cit.
6 Menoch. part. 2 lib. 4 praesumpt. 118. Guerreir. *De divis.* lib. 8 cap. 18 y 19. Velasc. *De partit.* cap. 37. Hermos. ley 39 tit. 5 part. 5 gl. 1.

APENDICE A ESTE TRATADO.

MODELOS O EJEMPLARES DE PARTICION.

PRIMERO.

PARTICION DE LOS BIENES QUE DEJÓ UN MARIDO, ENTRE SU VIUDA E HIJOS DE AMBOS, CON MEJORA Y COLACION.

El licenciado D. F., abogado de los tribunales de la Federacion, vecino de esta villa de tal, partidor nombrado unánimemente por Doña Clara de Vargas, viuda de D. Felipe Jimenez, por D. José Jimenez y Doña Ana Jimenez, mayores de veinte y cinco años, y esta viuda de D. Santiago Lopez, y por Antonio Sierra, curador de pleitos de D. Juan Jimenez, pupilo, todos tres hijos de ambos, é instituidos únicos y universales herederos del citado D. Felipe en el testamento que formalizó en esta villa á tantos de tal mes y año ante F., escribano de su número, bajo del que falleció; hago liquidacion, cuenta y particion de todos los bienes y créditos que dejó el expresado D. Felipe entre su viuda y herederos, con vista, reconocimiento y escrupuloso exámen de su testamento, inventario formalizado, y de otros papeles relativos á su desempeño; y para su mas perceptible inteligencia debo hacer las suposiciones siguientes.

PRIMERA.

SOBRE LA DOTE DE DOÑA CLARA DE VARGAS.

Estando para casarse los expresados D. Felipe y Doña Clara, formalizó aquel á favor de esta en tal dia, mes y año, ante tal escribano, carta de pago y recibo de los bienes que trajo á su matrimonio, y ascendieron á cincuenta mil pesos, segun sus tasaciones, inclusos diez mil pesos que llevó en dinero efectivo; por lo cual se obligó á devolverle los cuarenta mil pesos en bienes equivalentes á justa tasacion, ó en los mismos que existiesen, y los diez mil en dinero siempre que el matrimonio que habian de contraer se disolviese. En el propio contrato dotal le ofreció en arras, ó como mas hubiese lugar en derecho y le fuese útil, quinientos pesos que confesó cabian en la dé-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

estimacion, porque no media la aficion que al conjunto, para que se conceptúe que en todo evento quiso beneficiarle como á este[1]; y así no vale el legado.

9. Tampoco ha lugar en la cosa que el padre, en el concepto de ser suya, prelegó con título de mejora ó fideicomiso á algun hijo suyo, aunque en juicio se la quiten[2]. Lo mismo procede cuando lega alguna cosa en que le compete solamente el derecho de prenda, porque es visto legar esta y no la misma cosa[3]: ó cuando lega aquella que esperaba adquirir, porque se presume legar esta esperanza, y no la cosa misma[4]: ó cuando lega á conjunta persona la cosa agena, creyendo ser suya por alguna causa, la cual era nula, v. gr. porque la habia comprado á pupilo sin la solemnidad legal, pues no vale el legado, ni por consiguiente ha lugar la eviccion; lo que al contrario, cuando simple y absolutamente creia ser suya[5]: ó si lega alguna cosa juzgando ser suya por alguna causa, la cual espiraba con su muerte, y él lo ignoraba; pero no, si lo sabia[6].

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2 n. 36 vers. *Si vero erat aliena.* Velasc. ibi n. 14.
2 L. *Cum pater*, 77 § 8 ff. *De legat.* 2.
3 Abb. in cap. *Filius*, n. 4 et ibi. Covar. n. 3. *De testam.* Alex. consil. 47 n. 4 lib. 3.
4 L. *Cum alienam.* Cod. *De legat.* Rom. consil. 33 n. 5. Alex. consil. 11 n. 17 lib. 3.
5 L. *Cum alienam.* cit.
6 Menoch. part. 2 lib. 4 praesumpt. 118. Guerreir. *De divis.* lib. 8 cap. 18 y 19. Velasc. *De partit.* cap. 37. Hermos. ley 39 tit. 5 part. 5 gl. 1.

APENDICE A ESTE TRATADO.

MODELOS O EJEMPLARES DE PARTICION.

PRIMERO.

PARTICION DE LOS BIENES QUE DEJÓ UN MARIDO, ENTRE SU VIUDA E HIJOS DE AMBOS, CON MEJORA Y COLACION.

El licenciado D. F., abogado de los tribunales de la Federacion, vecino de esta villa de tal, partidor nombrado unánimemente por Doña Clara de Vargas, viuda de D. Felipe Jimenez, por D. José Jimenez y Doña Ana Jimenez, mayores de veinte y cinco años, y esta viuda de D. Santiago Lopez, y por Antonio Sierra, curador de pleitos de D. Juan Jimenez, pupilo, todos tres hijos de ambos, é instituidos únicos y universales herederos del citado D. Felipe en el testamento que formalizó en esta villa á tantos de tal mes y año ante F., escribano de su número, bajo del que falleció; hago liquidacion, cuenta y particion de todos los bienes y créditos que dejó el expresado D. Felipe entre su viuda y herederos, con vista, reconocimiento y escrupuloso exámen de su testamento, inventario formalizado, y de otros papeles relativos á su desempeño; y para su mas perceptible inteligencia debo hacer las suposiciones siguientes.

PRIMERA.

SOBRE LA DOTE DE DOÑA CLARA DE VARGAS.

Estando para casarse los expresados D. Felipe y Doña Clara, formalizó aquel á favor de esta en tal dia, mes y año, ante tal escribano, carta de pago y recibo de los bienes que trajo á su matrimonio, y ascendieron á cincuenta mil pesos, segun sus tasaciones, inclusos diez mil pesos que llevó en dinero efectivo; por lo cual se obligó á devolverle los cuarenta mil pesos en bienes equivalentes á justa tasacion, ó en los mismos que existiesen, y los diez mil en dinero siempre que el matrimonio que habian de contraer se disolviese. En el propio contrato dotal le ofreció en arras, ó como mas hubiese lugar en derecho y le fuese útil, quinientos pesos que confesó cabian en la dé-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cima parte de los bienes libres con que se hallaba; y en caso que no cupiesen, se los consignó en los que adquiriese en lo sucesivo á su eleccion: y mediante haber cabido entónces y caber tambien ahora en ella, se les abonarán íntegramente con la calidad de reservarlos para sus hijos, si volviese á casar, como asimismo el importe de su dote; pero respecto no constar haber llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, ni heredado despues cosa alguna, nada mas se le abonará como patrimonio suyo puesto en la sociedad conyugal, ni tampoco vestido ordinario, por no haberse inventariado.

SEGUNDA.

SOBRE EL CAPITAL Y HERENCIA DE D. FELIPE JIMENEZ.

El mencionado D. Felipe, despues de haber contraido su matrimonio, y en el dia tantos de tal mes y año, hizo ante tal escribano capital de todos los bienes que habia llevado á él, y ascendieron á ciento veinte mil pesos, de los cuales los ochenta mil fueron en bienes raices, libres de todo gravámen, y los cuarenta mil en muebles; y de todo otorgó á su favor la expresada Doña Clara el resguardo correspondiente para que siempre constase. Despues heredó de D. Pedro Jimenez, su tio, treinta mil pesos líquidos, bajada su parte de gastos judiciales, de cuya cantidad se le aplicaron en bienes tambien raices los veinte y cinco mil, y los cinco mil restantes en alhajas de plata, segun acredita la adjudicacion que se le formó en la division hecha por su fallecimiento con otros sobrinos coherederos, y aprobada judicialmente por sentencia que dió en tal dia el sr. D. F., juez de esta villa, ante tal escribano de su número; de modo que el dicho D. Felipe Jimenez llevó al matrimonio que contrajo con la referida Doña Clara la cantidad de ciento cincuenta mil pesos efectivos: los ciento veinte mil al tiempo de su celebracion, y los treinta mil restantes miéntras duró. Y respecto haber caudal suficiente para satisfacer las deudas de la sociedad conyugal, y no constar que tuviese contra sí responsabilidades algunas, no hay motivo para minorar su capital, y así se estimarán por fondo suyo líquido puesto en ella, y se le abonarán íntegramente; previniendo que los bienes raices y alhajas de plata que llevó y existen, se aplicarán á sus hijos como patrimonio de su padre, y no á su viuda por haber otros con que reintegrarla así de su total haber, con arreglo á lo estipulado en contrato dotal, como de luto, lecho, gananciales y demas que le corresponden por derecho, y segun la disposicion y obligacion que hizo su difunto marido.

TERCERA.

SOBRE LA DOTE DADA A DOÑA ANA JIMENEZ POR SUS PADRES CUANDO SE CASÓ.

La citada Doña Ana Jimenez contrajo matrimonio en tal dia de tal año con D. Santiago Lopez, y llevó á él en dote por cuenta de ambas legítimas treinta mil pesos que le dieron sus padres en diferentes bienes muebles, dinero y alhajas de plata, como acredita el instrumento dotal que otorgó su marido en tal parte, tal dia de dicho mes y año; y mediante á que por ley se deben deducir de los gananciales las dotes y capitales, aunque solo el padre las dé ú ofrezca, y á que en el caudal inventariado los hay, se le imputarán en cuenta de su haber paterno los quince mil, mitad de los treinta mil, y retendrá en su poder otros quince mil para colacionarlos cuando se trate de dividir la herencia materna, como el derecho lo ordena; y los de la paterna se separarán para no detraer de su importe mejora ni legado de cuota, especie ni cantidad, para cumplir de esta suerte con la ley que prohibe se saquen mejoras de las dotes y donaciones que se colacionan, y para no perjudicar á la Doña Ana ni coherederos en cosa alguna de su legítimo haber. Despues, deducida de lo líquido del caudal paterno la mejora del tercio y quinto, se unirán los expresados quince mil pesos al residuo para la division igual de legítimas entre todos tres herederos, aplicándolos en vacío, ó entrada por salida, á la Doña Ana, como recibidos, y lo que le falte para completar la suya en bienes efectivos. Y sin embargo de que su carta dotal asciende á cuarenta mil pesos, no se le cargarán ahora ni cuando su madre muera, los diez mil restantes, á causa de no haber salido del patrimonio de sus padres, y sí proceder de dádivas y regalos que varias personas, por afecto y no por mera contemplacion de aquellos, le hicieron, como en ella se refiere; de suerte que en ningun tiempo los deberá colacionar con sus hermanos.

CUARTA.

SOBRE EL TESTAMENTO DE D. FELIPE JIMENEZ.

D. Felipe falleció en esta villa en tal dia, bajo del testamento que habia otorgado en tal de tal mes ante tal escribano, en el cual mandó se sepultase de secreto su cadáver sin ninguna pompa ni aparato fúnebre, ni en su casa ni en la iglesia: que por su alma se celebrase misa de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso en el dia de su entierro; y si no pudiere ser, en el siguiente: y por la misma, las de sus padres y demas de su obligacion, doscientas misas rezadas con limosna de cuatro reales cada una, dejando al arbitrio de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

sus testamentarios la celebracion de las ciento y cincuenta en las iglesias y altares que eligiesen, por tocar las cincuenta restantes como cuarta parte á la parroquia. Legó á su muger quinientos pesos en dinero, y otros quinientos á su hija Doña Ana, consignando los de esta en tales bienes raices, y mandando que si su valor excediese á ellos, se le aplicase el exceso en parte de legítima; y no completando su valor, se le supliese en dinero. A Juan de tal, su criado, legó cincuenta pesos en dinero, dos vestidos de paño de tal y tal color, casi nuevos, dos mudas enteras de ropa blanca interior, dos camisas, dos corbatines de los de su uso, todo nuevo; y asimismo la cama completa en que dormia, incluyendo en ella la armazon de madera, los dos colchones, cuatro sábanas, cuatro almohadas con dos fundas, y la manta y colcha que usaba; y á María, su criada, legó asimismo cien pesos en dinero, y su cama en igual forma. Declaró el capital y la dote que él y su muger llevaron á su matrimonio, lo que queda dicho heredó de su tio, como tambien la dote que habia dado á dicha Doña Ana, su hija, en cuenta de ambas legítimas. Mandó se cobrase lo que se le debia, y pagase lo que estuviese debiendo, expresando que todo ello resultaria de sus papeles y asientos. Mejoró en el remanente del quinto de sus bienes á su hijo D. José, y en el tercio al D. Juan, consignando á este para pago de su mejora tal y tal finca raiz, y previniendo que si no la completasen, se le aplicase el resto en otros bienes de su herencia. Nombró por sus testamentarios con facultad de *in solidum* y prorogacion del término legal, á D. Pedro, Sancho y Diego de tal, y por curadora del D. Juan, su hijo pupilo, á su madre, relevada de fianzas. Instituyó por sus herederos universales á sus tres hijos únicos: D. José, D. Juan y Doña Ana Jimenez. Y finalmente, revocó y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas; que es cuanto sustancialmente resulta del dicho testamento, que á este efecto he tenido presente. Con arreglo á él y á derecho, se separará previamente el quinto de lo que le corresponda de los bienes inventariados, y no de los colacionables: de él se bajarán los gastos de su funeral y misas, y los legados específicos y genéricos que hizo, aplicándose á Doña Clara el suyo, con la obligacion, en caso de pasar á segundas nupcias, de reservarle al D. José á quien corresponde por su mejora: el residuo que quede de él se adjudicará á este: luego del resto de los propios bienes inventariados se deducirá el tercio para aplicarle al D. Juan; y el sobrante, despues de deducidos quinto y tercio, se unirá á los quince mil pesos que en parte de legítima paterna, y como recibidos, debe colacionar la Doña Ana: todo lo cual se hará un cuerpo y se dividirá con igualdad entre los tres, aplicando á esta en vacío, ó entrada por salida, los mencionados quince mil pesos; y en bienes efectivos lo que le

falte para completar su legítima diminuta y legado que le hizo su padre, como en la anterior suposicion se ha advertido.

QUINTA.

SOBRE EL INVENTARIO FORMALIZADO, LIQUIDACION Y DIVISION DEL CAUDAL INVENTARIADO Y COLACIONADO.

Habiendo fallecido el expresado D. Felipe, acudieron la Doña Clara de Vargas, su viuda, y sus dos hijos mayores en tal dia, ante el sr. D. F., corregidor de esta villa, y por la escribanía numeraria de F., con la solicitud de que se hiciese inventario, tasacion y particion de sus bienes entre todos los interesados; y por un otrosí, con la de que se proveyese de curador á pleitos al menor: á la que defirió dicho juez, eligiendo por tal al referido Sierra, á quien, precedida la solemnidad, discernió el cargo; y con asistencia de todos se formalizaron el inventario y tasacion de cuantos se hallaron pertenecerle, que ascendieron á cuatrocientos veinte y nueve mil pesos en esta forma: en tierras de pan llevar, treinta mil pesos; en viñas, veinte mil; en olivares, sesenta mil; en casas, cuarenta mil; en trastos de madera, ocho mil; en pinturas y dorado, seis mil; en ropa blanca usada y en piezas, catorce mil; en vestidos de lana y seda, diez mil; en colchones, mantas y fundas, mil ochocientos; en cobre, peltre y azofar, cuatro mil; en plata labrada sin hechuras, veinte mil; en diamantes, por el tercio de su tasa, segun se refiere en el inventario, diez y ocho mil; en trigo de su cosecha, doce mil; en cebada, seis mil; en garbanzos, mil y quinientos; en centeno y avena, quinientos; en algarrobas, ochocientos; en vino, nueve mil; en aceite, diez y ocho mil; en aperos de labor, cuatro mil; en bueyes y vacas, cuatro mil; en mulas, yeguas y un caballo con sus aperos, diez y nueve mil; en paja, dos mil; en ganado lanar, treinta y cuatro mil; en barbechos sin sembrar, seis mil; en deudas cobrables, veinte mil; y en dinero efectivo, sesenta mil cuatrocientos: las cuales veinte y siete partidas suman (salvo error) los mencionados cuatrocientos veinte y nueve mil pesos, importe total del caudal inventariado por muerte de D. Felipe Jimenez. De estos se harán, con arreglo á la ley, á lo que resulta de los documentos mencionados, y á la última disposicion de D. Felipe, las deducciones generales y particulares, y la distribucion y aplicacion correspondientes á los interesados en ellas. En primer lugar y como privilegiada, la de la dote de Doña Clara, importante cincuenta mil pesos: en segundo, la de los diez mil que D. Felipe estaba debiendo á sus criados y á otras personas cuando falleció, segun se acredita por extenso en la última diligencia y declaracion del inventario, y por estar satisfechos no se formará hijuela de deudas; y

en tercero, la de los ciento cincuenta mil que llevó como capital á su matrimonio, cuyas tres partidas componen doscientos diez mil pesos; y bajadas del total, resultan de gananciales doscientos diez y nueve mil; de los cuales se deducen mil trescientos que suman los bienes de que se compone el lecho cotidano que ambos usaban, y se ha de aplicar á la Doña Clara, mediante permanecer viuda; y quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad doscientos diez y siete mil setecientos pesos, cuya mitad son ciento ocho mil ochocientos cincuenta. Unida la mitad de gananciales al capital de D. Felipe, es su total haber el de doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos cincuenta pesos; y bajados de ellos cinco mil y quinientos por las arras que ofreció á su muger, y mil por el luto ordinario que segun costumbre deben darle sus herederos, queda reducido á doscientos cincuenta y dos mil trescientos y cincuenta, cuyo quinto son cincuenta mil cuatrocientos y setenta: bajado este, resultan de caudal doscientos un mil ochocientos ochenta pesos, de los cuales el tercio son sesenta y siete mil doscientos noventa y tres y once maravedis; por manera que, hecha esta deduccion, quedan para legítimas ciento treinta y cuatro mil quinientos ochenta y seis y veinte y tres maravedis, á los que se aumentan los quince mil, mitad de los treinta mil que Doña Ana Jimenez tiene recibidos y debe colacionar en cuenta de su legítima paterna, como se ha prevenido en la suposicion tercera y al fin de la cuarta, y con ellos asciende el total de legítimas á ciento cuarenta y nueve mil quinientos ochenta y seis pesos y veinte y tres maravedis: de cuya cantidad tocan á cada hijo cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedis. Por lo respectivo á la liquidacion del quinto importante los dichos cincuenta mil cuatrocientos y setenta reales, se deben bajar de ellos diez y siete mil seiscientos setenta y un reales y veinte y seis maravedis que importan el funeral y misas de D. Felipe, los legados que hizo y los derechos de visitar su testamento; y queda reducido á treinta y dos mil setecientos y ocho pesos y ocho maravedis, los cuales se aplicarán á su hijo D. José, como mejorado en su residuo con el importe de su legítima. Segun esta liquidacion, el haber de Doña Clara por todos sus derechos asciende á ciento setenta y dos mil ciento cincuenta pesos, en esta forma: cincuenta mil por su dote, ciento ocho mil ochocientos cincuenta por su mitad de gananciales, cinco mil quinientos por sus arras, mil por el luto, mil trescientos por el lecho, y cinco mil quinientos por el legado que le hizo su marido: el de D. José á ochenta y dos mil seiscientos sesenta pesos y quince maravedis: los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos y siete maravedis por su legítima, y los treinta y dos mil setecientos noventa y ocho maravedis por el residuo del quinto: el de

D. Juan á ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco pesos y diez y ocho maravedis: los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos y siete maravedis por su legítima, y los sesenta mil doscientos noventa y tres y once maravedis por su mejora del tercio; y el de Doña Ana á cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos pesos y siete maravedis: los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos pesos y siete maravedis por su legítima, y los cinco mil quinientos por el legado que su padre le hizo. Unidos estos haberes con los diez mil pesos de las deudas comunes, y con el importe de las misas, entierro, legados de criados y derechos de visita del testamento, y agregados á estas partidas dos maravedis, de que por tener muy incómoda division, y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados, no se hizo mérito, componen cuatrocientos cuarenta y cuatro mil pesos, total caudal inventariado y colacionado; y bajados los quince mil traidos á colacion, queda reducido á los cuatrocientos veinte y nueve mil inventariados. Y es de tener presente que nada se abona á la viuda por razon de alimentos ni intereses de dote retardada, á causa de haber estado viviendo con sus hijos y gastado todos de una masa desde la muerte de su marido, sin haber resultado incremento en el caudal en el corto tiempo que ha estado proindiviso, segun se me ha informado. Con arreglo á todo lo expuesto procedo á formar el cuerpo de hacienda, liquidacion y deducciones de él en la forma siguiente.

Cuerpo de hacienda.

Se ponen por caudal treinta mil pesos en que se han valuado las tierras de pan llevar, inventariadas por muerte de D. Felipe Jimenez.....	30000
Mas: veinte mil pesos á que ascienden las viñas que dejó...	20000
Mas: sesenta mil pesos en que se han apreciado los olivares que le pertenecian.....	60000
Mas: cuarenta mil pesos, precio y total líquido de dos casas que poseia en tal y tal calle.....	40000
Mas: ocho mil pesos, importe de los trastos de madera, y menage de su casa.....	8000
Mas: seis mil pesos en que se han tasado las pinturas y dorado.....	6000
Mas: catorce mil pesos que importa la ropa blanca usada y en piezas.....	14000
Mas: diez mil pesos á que han ascendido los vestidos de lana y seda.....	10000
Mas: mil ochocientos pesos en colchones, mantas y fundas	

para almohadas 1800
Mas: cuatro mil pesos en cobre, peltre y azofar..... 4000
Mas: veinte mil pesos en plata labrada sin hechuras..... 20000
Mas: diez y ocho mil pesos en diamantes, por el tercio.... 18000
Mas: doce mil pesos en tantas fanegas de trigo..... 12000
Mas: seis mil pesos en tanta cebada..... 6000
Mas: mil y quinientos pesos en tantas arrobas de garbanzos. 1500
Mas: quinientos pesos en tantas fanegas de centeno y tantas de avena..... 500
Mas: ochocientos pesos en tantas arrobas de algarrobas... 800
Mas: nueve mil pesos en tantas arrobas de vino..... 9000
Mas: diez y ocho mil pesos en tantas de aceite..... 18000
Mas: cuatro mil pesos en aperos para la labor..... 4000
Mas: otros cuatro mil pesos en tantos bueyes y vacas.... 4000
Mas: diez y nueve mil pesos en tantas mulas, tantas yeguas, y un caballo con sus guarniciones..... 19000
Mas: treinta y cuatro mil pesos en tantas cabezas de ganado..... 34000
Mas: dos mil pesos en tantas arrobas de paja..... 2000
Mas: seis mil pesos en que se han estimado los barbechos sin sembrar..... 6000
Mas: veinte mil pesos en deudas á su favor, cobrables..... 20000
Mas: sesenta mil cuatrocientos pesos en dinero..... 60400

Total importe del caudal inventariado..... 429000

Asciende el caudal inventariado por fallecimiento de Don Felipe Jimenez (salvo error) á cuatrocientos veinte y nueve mil pesos, segun aparece de la suma general de las veinte y siete partidas anteriores; y de ello se hacen las deducciones siguientes.

Bajas comunes ó generales.

Se bajan del cuerpo del caudal inventariado cincuenta mil pesos que consta haber llevado en dote á su matrimonio Doña Clara de Vargas, segun se ha sentado en la primera suposicion..... 50000
Mas: diez mil pesos, importe de las deudas contraidas durante su matrimonio con su difunto marido, segun consta de la última declaracion del inventario, y que por estar ya satisfechas no se individualizan..... 10000
Mas: ciento cincuenta mil pesos á que ascienden los bienes que Don Felipe Jimenez llevó á su matrimonio, y heredó durante él de su tio Don Pedro Jimenez..... 150000

Total de bajas comunes..... 210000

Resultan de gananciales..... 219000

Importan las bajas comunes hechas del caudal inventariado, doscientos diez mil pesos; y cotejados estos con los cuatrocientos diez y nueve mil inventariados, resultan de gananciales doscientos diez y nueve mil pesos: de los cuales se hace la siguiente deduccion.

Baja de los gananciales.

Se deducen de los gananciales mil trescientos pesos que valen los colchones y demas cosas de que se compone el lecho que usaban diariamente Don Felipe y su viuda, y corresponden á esta por permanecer sin casarse..... 1300

Quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad. 217700

Cuya mitad son..... 108850

De los doscientos diez y nueve mil pesos á que ascienden los gananciales adquiridos por Don Felipe y su muger durante su matrimonio, bajando mil trescientos que importan los bienes de que se compone el lecho cotidiano, quedan líquidos y partibles entre ambos con igualdad doscientos diez y siete mil setecientos; cuya mitad perteneciente á cada uno, son ciento ocho mil ochocientos cincuenta; por lo que se procede á liquidar el haber de Don Felipe, y hacer de él las deducciones correspondientes.

Haber de Don Felipe Jimenez.

A Don Felipe Jimenez, y por su representacion á sus hijos, tocan por el capital llevado al matrimonio, y herencia de su tio habida durante él, ciento cincuenta mil pesos..... 150000
Mas: por su mitad líquida de gananciales, ciento ocho mil ochocientos y cincuenta pesos..... 108850

Total haber suyo..... 258850

Bajas de este haber.

Por las arras que ofreció á su muger al tiempo de su matrimonio, cinco mil y quinientos pesos..... 5500
Por el luto ordinario que sus herederos deben darle segun

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

costumbre, se le regulan mil pesos..... 1000

Importan estas deducciones..... 6500

Queda reducido su haber á..... 252350

Distribucion del caudal líquido de Don Felipe Jimenez entre sus hijos.

El caudal líquido de Don Felipe son doscientos cincuenta y dos mil trescientos cincuenta pesos..... 252350

Importa el quinto de estos..... 50470

Quedan de caudal para sacar el tercio de mejora. 201880

El tercio de estos son..... 67293 11

Quedan para legítimas..... 134586 23

Aumento por via de colacion á las legítimas.

Se aumentan al caudal que queda para legítimas paternas, por lo que Doña Ana Jimenez tiene recibido á cuenta de la suya, quince mil pesos..... 15000

Total de legítimas..... 149586 23

Tocan á cada uno de los tres hijos de Don Felipe Jimenez por su legítima paterna..... 49862 7

Asciende el total haber de Don Felipe Jimenez á doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos cincuenta pesos; y bajados de ellos los seis mil quinientos, importe de las arras y luto de su viuda, quedan líquidos doscientos cincuenta y dos mil trescientos cincuenta; de los cuales el quinto son cincuenta mil cuatrocientos setenta, y el tercio sesenta y siete mil doscientos noventa y tres pesos once maravedís; de suerte que hay para distribuir ciento treinta y cuatro mil quinientos ochenta y seis pesos y veinte y tres maravedís: y agregando á estos los quince mil que debe colacionar Doña Ana Jimenez, compone el total de legítimas ciento cuarenta y nueve mil quinientos ochenta y seis pesos y veinte y tres maravedís; y de ellos tocan á cada uno de sus tres hijos cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos pesos y siete maravedís.

Liquidacion y distribucion del quinto.

El quinto de los bienes de Don Felipe Jimenez asciende á cincuenta mil cuatrocientos setenta pesos. 50470

Bajas de él.

Se bajan mil ochocientos pesos, importe del funeral, segun consta de recibos..... 1800

Mas: doscientos once pesos y veinte y seis maravedís, limosna de las cincuenta misas de la cuarta parroquial á cuatro pesos, ocho maravedís de cera y oblata.... 211 26

Mas: seiscientos pesos por las ciento y cincuenta restantes á cuatro pesos..... 600

Mas: veinte pesos legados á las mandas forzosas..... 20

Mas: otros veinte á los nacionales hospitales..... 20

Mas: cinco mil y quinientos que legó á su muger..... 5500

Mas: otros tantos que legó á su hija..... 5500

Mas: dos mil doscientos, importe del legado que en dinero efectivo y otros bienes hizo á su criado..... 2200

Mas: mil y ochocientos por el que hizo á su criada en dinero y cama..... 1000

Mas: veinte pesos, importe de los derechos de visitar el testamento..... 20

Importan estas deducciones..... 17671 26

Total del quinto..... 50470

Líquido sobrante del quinto..... 32798 8

El quinto de los bienes propios de Don Felipe Jimenez suma cincuenta mil cuatrocientos setenta pesos; y deducidos diez y siete mil seiscientos setenta y uno y veinte y seis maravedís á que ascienden los gastos de su funeral, entierro y legados que hizo, quedan sobrantes treinta y dos mil setecientos ocho pesos y ocho maravedís, los que se han de aplicar á su hijo Don José, como mejorado en su remanente, á mas de su legítima.

Resúmen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion por todos sus derechos.

Haber de Doña Clara de Vargas.

Doña Clara de Vargas debe haber por su dote..... 50000

Mas: por su mitad de gananciales..... 108850

Mas: por sus arras..... 5500

Mas: por el luto ordinario		1000
Mas: por el lecho cotidiano		1300
Mas: por el legado que su marido le hizo		5500
Total haber de Doña Clara		172150

Haber de Don José Jimenez.

Don José Jimenez debe haber por su legítima	49862	7
Mas: por el residuo del quinto	32798	8
Total haber de Don José	82660	15

Haber de Don Juan Jimenez.

Don Juan Jimenez debe haber por su legítima	49862	7
Mas: por su mejora del tercio	67293	11
Total haber de Don Juan	117155	18

Haber de Doña Ana Jimenez.

Doña Ana Jimenez debe haber por su legítima	49862	7
Mas: por el legado de quinientos pesos que le hizo su padre	5500	
Total haber de Doña Ana	57362	7

De la liquidacion y deducciones precedentes resulta que el haber de Doña Clara por todos sus derechos son ciento sesenta y dos mil ciento cincuenta pesos: el de Don José ochenta y dos mil seiscientos sesenta con quince maravedís: el de Don Juan ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco con diez y ocho maravedís: y el de Doña Ana cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos y siete maravedís; y con arreglo á ellas, y á lo prevenido en las suposiciones procederé á formar las adjudicaciones á los interesados.

Comprobacion de esta cuenta.

Por el importe de las deudas contra el caudal	10000	
Por el haber de Doña Clara de Vargas	172150	
Por el haber de Don José Jimenez	82669	15
Por el haber de Don Juan Jimenez	117155	18
Por el de Doña Ana Jimenez	55362	7
Por el funeral	1800	
Por la limosna de las doscientas misas	811	26
Por el legado hecho á las mandas forzosas	20	
Por el de los nacionales hospitales	20	

Por el legado de su criado	2200	
Por el de su criada	1800	
De dos maravedís que faltan para completar todo el caudal, por ser muy incómoda su division entre los tres herederos, y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados, no se hizo mérito		2
Total caudal, incluso el colacionado	444000	
Bájanse como colacionados	150000	
Quedan de caudal	429000	
Importa el inventario los mismos	429000	
Igual		2

Haber de Doña Clara de Vargas.

Doña Clara de Vargas, viuda de Don Felipe Jimenez, debe haber por su dote, cincuenta mil pesos	50000
Mas: por su mitad de gananciales, ciento ocho mil ochocientos cincuenta pesos	108850
Mas: por las arras que su marido le ofreció al casarse, cinco mil quinientos pesos	5500
Mas: por el luto ordinario, mil pesos	1000
Mas: por el lecho cotidiano, mil trescientos pesos	1300
Mas: por el legado que su marido le hizo, cinco mil quinientos pesos	5500
Total haber de Doña Clara de Vargas	172150

Asciende el haber de Doña Clara de Vargas por todos sus derechos, á ciento setenta y dos mil ciento cincuenta pesos, de los cuales se le hará pago con los bienes siguientes.

Adjudicacion y pago.

Se le aplican á Doña Clara de Vargas cuatro tierras de pan llevar, sitas en término de esta villa, y pago llamado N., que estan unidas, componen tantas fanegas de sembradura, y lindan por el oriente con el arroyo nombrado M.; por poniente con la senda que desde esta villa va á la de tal; por el septentrion con tierras del vínculo de F., y por el medio dia con otras de G.; cuyas tierras adquirieron Doña Clara y su marido durante su matrimonio, por venta que en precio de tres mil pesos formalizó á su favor F., vecino de esta villa, á

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tantos de tal mes y año, ante F., escribano de su número, las cuales para esta particion se valuaron en la misma cantidad,..... 3000
Mas: se le adjudican &c.....

Total de bienes aplicados..... 172150
Total haber suyo..... 172150

Queda pagada enteramente.....

Importan los bienes aplicados á Doña Clara de Vargas, ciento setenta y dos mil ciento cincuenta pesos, y lo que debe percibir por todos sus derechos la misma cantidad; por lo que queda satisfecha enteramente de ellos.

Hijuela para Doña Ana Jimenez.

Doña Ana Jimenez, una de los tres hijos y herederos que dejó Don Felipe Jimenez, debe haber por su legítima paterna cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos pesos y siete maravedís..... 49862 6
Mas: por el legado que su padre le hizo, cinco mil y quinientos pesos..... 5500

Total haber de Doña Ana Jimenez..... 55362 7

Importa el total haber de Doña Ana Jimenez cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos pesos y siete maravedís, que se han de completar con los bienes siguientes.

Adjudicacion y pago.

Se dan en pago á Daña Ana Jimenez quince mil pesos, que en cuenta de su legítima paterna percibió al casarse, segun se ha sentado en la suposicion tercera, por lo que se le aplican en vacío como recibidos..... 15000
Mas: se le aplican &c.....

Total de bienes aplicados á Doña Ana... 55362 7
Total haber suyo..... 55362 7

Queda satisfecha enteramente.....

En las adjudicaciones lo mismo es anteponer que posponer los bienes, con tal que los de cada clase vayan unidos, y hasta completar la suma que deba aplicarse de una, no se empiece con otra para evitar confusion, y que se sepa si se guardó la posible analogía á

proporcion en todas. De los bienes raices se mencionarán, si se quisiese, los títulos de propiedad en cada partida, si cada finca los tiene diversos; y si no, en cada dos ó mas que comprendan. Y si alguna interesada es muger casada, se le ha de hacer la adjudicacion nombrándola primero en ella, y diciendo luego: *y en su nombre y como su marido á F.*; y si hay menor, fatuo ó loco, se le ha de nombrar tambien, y por su representacion á su menor ó curador que deben percibir por ellos la herencia, y se han de mencionar tambien en el exordio de la particion. Concluidas todas las adjudicaciones, se harán las declaraciones siguientes ú otras que convengan.

Declaraciones.

1.ª Se declara que siempre que aparezcan algunos otros bienes y créditos pertenecientes á este caudal, se deberán tener por incremento de él, y dividirse en la forma que los inventariados entre todos los partícipes: y lo mismo deberá practicarse con los débitos, cargas á responsabilidades que resulten contra él, y por no haberse tenido presentes no se han deducido; de suerte que todos los interesados quedan obligados proporcionalmente al pago de las segundas, como con igual derecho al percibo de los primeros.

2.ª Igualmente se declara que si alguna ó algunas de las fincas raices inventariadas y aplicadas en el concepto de libres, resultaren estar vinculadas, ó pertenecer en todo ó en parte á tercero, y por consiguiente no ser de esta testamentaría el importe principal de ellas, las expensas que se originen á la persona á quien se han adjudicado, ó á la que en lo sucesivo la presente, caso que se le mueva litigio sobre su reivindicacion, y los daños que experimente, deberán tenerse por ménos caudal, y bonificarle los otros partícipes sin excusa su respectiva parte, de modo que quede enteramente saneada del valor de lo adjudicado y de los perjuicios; pero deberá seguir y defender el pleito que se suscite, citando de eviccion conforme á derecho, y no de otra suerte, á los demas interesados, y hasta que se ejecutorie no tendrá derecho á dicha repeticion.

3.ª Asimismo se declara no se ha formado hijuela de deudas, por estar satisfechas, no solo las comunes que quedan deducidas, sino tambien las del quinto con el dinero inventariado; por lo que solo se ha distribuido lo líquido que ha correspondido á cada interesado.

4.ª Tambien se declara que de las escrituras y demas documentos y papeles de propiedad de las fincas raices inventariadas, se deben entregar á cada interesado los correspondientes á los que se les adjudicaron, para acreditar su legitimidad, y para que con el testimonio de su adjudicacion les sirvan de resguardo y título de pertenencia en todo tiempo.

5.ª Ultimamente, se declara que los derechos de inventario, tasacion, particion, su aprobacion, testimonio de las adjudicaciones que con insercion de las suposiciones, de la sentencia y de estas declaraciones se han de dar á los interesados, de papel gastado y demas diligencias que ocurran hasta la terminacion de todo, y los del curador de pleito del menor no se han deducido; y así deberá tasarlos la persona que elija el señor juez de esta testamentaría, con separacion de los que corresponden á cada uno de los que intervinieron en ello, especificándose en la tasacion lo que toca á cada partícipe satisfacer por su parte, y á mas de los derechos comunes á todos habrá de satisfacer el menor á su curador los suyos. Con estas declaraciones concluyo esta particion, que con arreglo á los documentos que se me manifestaron, y devolví á quien me los entregó, y bajo juramento que hice, he hecho bien y fielmente segun mi inteligencia, sin causar agravio á los interesados; por lo que la firmo en esta villa de tal, á tantos de tal mes y año.

Si quedase algo sin dividir por estar en litigio ó por otra causa, se declara; y si hubiese motivo para hacer mas declaraciones, se harán.

Las hijuelas de deudas se han de formar en cabeza del viudo, viuda ó hijo mayor y mas seguro y puntual para su pago, poniéndose primero los acreedores con individualidad, y luego los bienes que se le apliquen para su satisfaccion, como se advertirá en el ejemplar siguiente.

EJEMPLAR SEGUNDO.

PARTICION DE LOS BIENES DEL MARIDO ENTRE SU VIUDA E HIJOS DE DOS MATRIMONIOS, CON RESERVA, MEJORA Y COLACION.

D. F., vecino de esta villa, partidor nombrado por Doña Juana Velazquez, viuda en segundas nupcias de D. Jorge Sarmiento, por D. José y D. Juan Sarmiento y Céspedes, mayores de veinte y cinco años, sus hijos habidos en su primer matrimonio con Doña Lucía de Céspedes, y por Antonio del Rio, curador de pleito de D. Isidro y D. Ignacio Sarmiento y Velazquez, menores, tambien sus hijos, tenidos en segundo matrimonio con la expresada Doña Juana Velazquez, todos cuatro instituidos por únicos y universales herederos del citado D. Jorge, en el testamento que formalizó en esta villa á tantos de tal mes y año, ante tal escribano, bajo del que falleció; hago liquidacion y division de todos los bienes y créditos que dejó el referido D. Jorge con vista y reconocimiento exacto de su testamento, inventarios formalizados por su muerte y por la de su primera muger, carta de dote de ambas, capitales del difunto llevados á sus dos matrimonios,

y de otros papeles concernientes á su mas perfecto desempeño; y para la debida claridad debo hacer las suposiciones siguientes.

SUPOSICIONES ACERCA DEL PRIMER MATRIMONIO.

PRIMERA.

SOBRE LA DOTE DE DOÑA LUCIA DE CESPEDES, MUGER PRIMERA DE D. JORGE.

En tal dia de tal mes y año, el expresado D. Jorge, hallándose próximo á contraer matrimonio con la referida Doña Lucía de Céspedes, otorgó á su favor ante tal escribano carta de pago y recibo de los bienes y efectos que llevó á él por dote y caudal propio, y ascendieron á treinta mil pesos, segun su tasacion: veinte y cuatro mil en tierras y viñas, sitas en tales parages, término de tal pueblo, y seis mil en ropas y otros muebles, obligándose á devolverle la expresada cantidad en esta forma: los veinte y cuatro mil en los propios bienes raices, y los seis mil en muebles á justa tasacion, siempre que el matrimonio se disolviese por cualquiera de las causas prescritas por derecho. En el mismo contrato dotal le ofreció en arras, ó como mas hubiese lugar, doscientos pesos que confesó cabian en la décima parte de los bienes libres con que se hallaba á la sazon; y para el caso de no caber, se los consignó en los que adquiriese en lo sucesivo á su eleccion; y respecto haber cabido entónces y al tiempo que falleció, se le abonarán; pero mediante á que los bienes raices se pusieron por el total de su tasa sin deducir los gravámenes á que eran responsables, por ignorarlo el D. Jorge y no haberlo expresado la Doña Lucía, y que tenian contra sí un censo de doscientos pesos de principal al quitar al favor de tal capellanía, se bajarán estos del importe dotal para hacer del residuo como líquido la distribucion y aplicacion, y quedará reducido á veinte y siete mil ochocientos pesos, los que se tendrán por dote efectiva de la citada Doña Lucía para su abono; y en atencion á no constar haber heredado cosa alguna despues de casada, ni llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, nada habrá que abonarle por esta razon.

SEGUNDA.

SOBRE EL CAPITAL QUE D. JORGE LLEVÓ A SU PRIMER MATRIMONIO.

Habiendo contraido matrimonio el mencionado D. Jorge Sarmiento, formalizó en tal dia, mes y año, ante tal escribano, capital de todos los bienes que habia llevado á él; y Doña Lucía, su muger, otorgó á su favor el correspondiente resguardo. Dichos bienes consistieron en plata, dinero y otras cosas muebles, y ascendieron á

*

cuarenta mil pesos; los que se obligó á tener la referida por caudal de su marido, para que se dedujese su importe despues de su dote y deudas de su matrimonio, si las hubiese, y ántes que los gananciales, mediante haber sido efectivos, y declarado con juramento D. Jorge no tener contra sí deuda ni responsabilidad alguna, ni haber resultado despues; pero no se le abonará otra cosa, por no constar que la hubiese llevado al matrimonio ni heredado en su intermedio.

TERCERA.

SOBRE EL TESTAMENTO DE DOÑA LUCIA DE CESPEDES, PRIMERA MUGER DE D. JORGE SARMIENTO.

Hallándose gravemente enferma Doña Lucía, otorgó su testamento en tal dia, mes y año, ante tal escribano, en el cual ordenó que se amortajase su cadáver con tal hábito, y sepultase en público en su parroquia con tal aparato fúnebre: que el dia de su entierro, siendo hora, y si no, en el siguiente, se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente, con diácono, subdiácono, vigilia y responso: que lo mas pronto que fuese posible se le dijesen cien misas rezadas, dando por la limosna de cada una tres pesos, de que sacada la cuarta parroquial, mandasen celebrar sus testamentarios las restantes en donde les pareciese. Legó á su marido quinientos pesos por una vez: mejoró en el tercio y remanente del quinto de sus bienes á Doña Micaela Sarmiento y Céspedes, su hija, de edad de cuatro años, en atencion á estar sin crear y ser muger, consignándole la mejora en bienes raices de los que habia llevado en dote cuando se casó, y en los demas raices que por razon de gananciales pudiesen corresponderle. Nombró por sus testamentarios con facultad in solidum á dicho su marido y á D. F. F.: instituyó por únicos y universales herederos á los expresados D. José, D. Juan y Doña Micaela Sarmiento y Céspedes, sus tres hijos, habidos en su matrimonio con D. Jorge Sarmiento, su marido; y finalmente, revocó y dió por nulas todas sus disposiciones testamentarias anteriores, segun resulta todo mas extensamente del mencionado testamento; con arreglo al cual y á derecho se harán las deducciones y aplicaciones correspondientes, como se advertirá en la siguiente suposicion.

CUARTA.

SOBRE EL INVENTARIO Y DISTRIBUCION DE LOS BIENES QUE DEJO DOÑA LUCIA CESPEDES.

Habiendo fallecido Doña Lucía bajo del expresado testamento,

solicitó D. Jorge, su marido, se hiciese inventario de todos los bienes que habian quedado, para que nunca fuesen perjudicados sus hijos: y con efecto, por auto que proveyó el sr. D. F., teniente corregidor de esta villa, en tantos de tal mes y año, ante tal escribano de su número, defirió á su solicitud; á cuya consecuencia se formalizó ante tal escribano en diferentes dias, y los bienes inventariados ascendieron á ciento cincuenta y dos mil doscientos pesos en esta forma: en tierras tanto, en olivares tanto &c. [*Se pondrán por clases y por mayor los bienes, como en la última suposicion del primer ejemplar.*] En este estado se quedó el inventario, y los bienes permanecieron en poder de D. Jorge, quien declaró á su final no haber deudas algunas contra el caudal; por lo que se bajarán solamente de ellos los doscientos pesos que deben considerarse por ménos dote, á causa de no haberse rebajado cuando se hizo el inventario, sino ántes bien puesto por el total de sus tasas los bienes hipotecados á ellos, de suerte que quedará reducido el caudal inventariado por fallecimiento de Doña Lucía á ciento cincuenta mil pesos, de los cuales se deducen sesenta y siete mil ochocientos; los veinte y siete mil y ochocientos por su dote líquida, y cuarenta mil por el capital de su marido; y restados del cuerpo efectivo del caudal, resultan de utilidades en su matrimonio ochenta y dos mil doscientos, cuya mitad son cuarenta y un mil ciento. Segun esta liquidacion asciende el haber de D. Jorge á ochenta y seis mil seiscientos pesos: cuarenta mil por su capital, cuarenta y un mil y ciento por su mital de gananciales, y cinco mil y quinientos del legado que le hizo su difunta muger; pero como de dicha cantidad deben bajarse dos mil doscientos pesos por las arras que ofreció á su muger, y el importe de dicho legado por deber reservarle á sus hijos, como adelante se dirá, son el líquido propio haber de D. Jorge sin gravámen de restitucion ni reserva setenta y ocho mil novecientos pesos. No se le abona luto por no acostumbrarse darse á los viudos de los bienes de sus mugeres ni de otra parte, y sí únicamente á estas siendo viudas; ni tampoco lecho cotidiano, mediante deber volverle á la masa comun para su division con los herederos, con arreglo á la ley, por haberse vuelto á casar. El haber de Doña Lucía importa setenta y un mil cien pesos: veinte y siete mil ochocientos por su dote líquida; cuarenta y un mil ciento por su mitad de gananciales, y dos mil doscientos por las arras que le ofreció su marido. De estos setenta y un mil cien pesos, el quinto son catorce mil doscientos veinte, y el tercio deducido con arreglo á la ley, diez y ocho mil novecientos sesenta; de modo que hay para legítimas treinta y siete mil novecientos veinte: á cada uno de sus tres hijos tocan por esta razon doce mil seiscientos cuarenta, y á la Doña Micaela, por su legítima y mejora, corresponden cuarenta

y cinco mil ochocientos veinte; pero bajando de ellos seis mil setecientos veinte y cinco y treinta maravedis: novecientos por el funeral de su madre, trescientos cinco con treinta maravedis por la limosna de cien misas rezadas que mandó celebrar, ocho que legó á las mandas forzosas y hospitales, doce que consta haberse pagado por visitar su testamento, y los cinco mil y quinientos restantes por el legado que hizo á su marido; queda reducido el haber líquido de Doña Micaela á treinta y nueve mil noventa y cuatro pesos y treinta maravedis, á que agregados veinte y cinco mil doscientos ochenta, importe de las legítimas de sus dos hermanos, compone el total que tocó á los tres hijos de Doña Lucía de Céspedes por su herencia materna la cantidad de sesenta y cuatro mil trescientos setenta y cuatro pesos y cuatro maravedis, de los cuales era responsable su padre por haber entrado en su poder, debiendo al mismo tiempo reservarles no solo lo que tocó á la Doña Micaela, y recayó en él por su muerte abintestato sin sucesion, sino igualmente los quinientos pesos que le legó su muger, pues por haberse vuelto á casar perdió la propiedad de todo; en cuya atencion deberá responder á sus dos hijos, D. José y D. Juan, de sesenta y nueve mil ochocientos setenta y cuatro pesos y cuatro maravedis; y quedarán reducidos los ciento ochenta mil pesos que D. Jorge llevó á su segundo matrimonio, á ciento diez mil ciento veinte y cuatro pesos y treinta maravedis líquidos: setenta y ocho mil novecientos por su capital y mitad de gananciales, deducidas las arras ofrecidas á su muger, y treinta y un mil doscientos veinte y cinco y treinta maravedis que aparece haber heredado durante su viudedad de su tio D. Alejandro Sarmiento; y se tendrá por capital suyo efectivo la cantidad referida, como se dirá en la siguiente suposicion.

SUPOSICIONES ACERCA DEL SEGUNDO MATRIMONIO.

QUINTA.

SOBRE LA DOTE DE DOÑA JUANA VELAZQUEZ, SEGUNDA MUGER DE D. JORGE SARMIENTO, EL CAPITAL QUE ESTE LLEVO A SU SEGUNDO MATRIMONIO, Y LAS ARRAS QUE LE OFRECIO.

Estando viudo D. Jorge, trató de contraer segundas nupcias con Doña Juana Velazquez, de estado soltera; y habiendo traido esta á su poder por dote y caudal suyo veinte mil pesos en bienes muebles y dinero, formalizó á su favor en tal dia, mes y año, y ante tal escribano, el competente recibo y resguardo, obligándose á su restitucion en cualquiera de los casos prevenidos por derecho. Ademas: en consideracion á sus loables prendas, le ofreció en arras, ó como mas útil le fuese, la décima parte de los bienes líquidos y efectivos que tenia

entónces; y posteriormente hallándose ya casado, hizo su capital de los que así suyos como de sus tres hijos llevó á su matrimonio, y ascendieron á ciento ochenta mil pesos, inclusos treinta y un mil doscientos veinte y cinco con treinta maravedis que durante su viudedad parece heredó de D. Alejandro Sarmiento, su tio; de los cuales sesenta y cuatro mil trescientos setenta y cuatro con tres maravedis pertenecian á sus tres hijos, y cinco mil y quinientos procedian del legado que su primera muger le habia hecho, y por haberse vuelto á casar, debia reservar á la mejorada en el quinto, del que se habian deducido; por manera que segun se ha especificado en la anterior suposicion, solo eran propios del D. Jorge ciento diez mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedis, cuya décima son once mil doce pesos con veinte maravedis; y de todos otorgó á su favor dicha Doña Juana el competente instrumento, obligándose á tenerlos por capital y fondo puesto por su marido en la sociedad conyugal y á que despues de separadas su dote y deudas de su matrimonio, si las hubiese, se bajaria su importe ántes que el de los gananciales. Con arreglo á estos contratos matrimoniales, y á lo que dispone el derecho, se practicará la respectiva liquidacion y deduccion, segun se mostrará en la suposicion última, y se estimarán por capital líquido, efectivo y único de D. Jorge los ciento diez mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedis, como llevado realmente á su segundo matrimonio, para no perjudicar á su viuda en su mitad de gananciales, mediante á que el resto hasta los ciento ochenta mil, aunque le llevó á él cuando se casó, le extrajo despues como deuda que tenia contra sí, y satisfizo; y por razon de arras con responsabilidad de reservar su importe la Doña Juana á los cuatro hijos de su marido, si se volviese á casar, se le abonarán únicamente once mil y doce pesos con veinte maravedis, décima parte de los bienes que este tenia cuando se casó con ella; y nada de lo que adquirió despues, por haberse limitado á ellos su oferta, y no ampliado á los que posteriormente adquiriese, ni dejado á su arbitrio la eleccion de los tiempos.

SEXTA.

SOBRE EL FALLECIMIENTO DE DOÑA MICAELA EN SU MENOR EDAD, Y DISTRIBUCION ENTRE SUS HERMANOS DE LO QUE HEREDO DE SU MADRE.

Despues de haber contraido matrimonio D. Jorge Sarmiento con Doña Juana Velazquez, y en tal dia de tal mes y año falleció en la edad pupilar Doña Micaela Sarmiento y Céspedes, su hija habida en su primera muger, Doña Lucia de Céspedes, y todos los bienes que le correspondian por la herencia materna recayeron en su padre que los estuvo usufrutuando; pero mediante á que por haberse vuel-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

to á casar perdió su dominio, se dividirán con igualdad entre los otros dos hijos de su primer matrimonio, D. José y D. Juan, como hermanos enteros de Doña Micaela, por haberlos instituido en esta forma su madre; y en su consecuencia percibirán los treinta y nueve mil noventa y cuatro pesos y cuatro maravedis que por su legítima y mejora le debian tocar; por manera que ni de los raices que existen y llevó en dote Doña Lucía á su matrimonio, ni de los demas adquiridos en él que le debian corresponder, y en que consignó la mejora, nada tocará ni se aplicará á la actual viuda ni á sus hijos, respecto de que no se hallan entre los inventariados, por habérselos dado su padre en el concepto de ser suyos, y porque aun cuando se hallaran, deberian volver á ellos como dueños, sin embargo de que podia usufrutuar los reservables miéntras viviese. Tampoco llevarán cosa alguna del legado de quinientos pesos que su madre hizo á su padre, por haberse bajado del quinto, y tocarles por la misma razon que el tercio y legítima de la mejora, á la cual habrian de volver, si viviera, como se ha sentado en la cuarta suposicion.

SEPTIMA.

SOBRE LO QUE DIÓ D. JORGE A LOS DOS HIJOS DE SU PRIMER MATRIMONIO DURANTE EL SEGUNDO.

Con motivo de haber tomado estado de matrimonio D. José y D. Juan Sarmiento y Céspedes, hijos de D. Jorge y de su primera muger Doña Lucía, se pactó habia de dar cuarenta mil pesos á cada uno para ayudar á sostener sus cargas en cuenta de ambas legítimas; y con efecto, por escritura que otorgaron á su favor en tales dias de tales meses y años, ante tal escribano, confesaron haber recibido de su padre ochenta mil pesos por mitad, cuarenta mil cada uno, en los bienes raices que su madre llevó en dote, en otros tambien raices de los que le podian tocar por mitad de gananciales, y asimismo en muebles y dinero, dándole en ellos el correspondiente resguardo, obligándose á colacionarlos por su muerte en la forma y concepto en que se los habia entregado, y previniendo que respecto no haber hecho particion por muerte de su madre, é ignorarse si les cabria ó no todo por los derechos de esta, si excediesen á lo que les podia tocar por ella, se les imputase como recibido en parte de legítima paterna, y si faltase para completarles la materna, se les habia de suplir hasta cubrirla. Y habiéndose practicado ahora la correspondiente liquidacion, ha resultado que lo que ambos debian haber por la materna eran veinte y cinco mil doscientos ochenta pesos, doce mil seiscientos ochenta cada uno; á que agregados treinta y nueve mil noventa y cuatro y cuatro maravedis, importe del haber de su hermana Doña

Micaela, y cinco mil quinientos del legado que su madre hizo á su padre, cuyas dos últimas partidas debia reservarles este, componen todas la de sesenta y nueve mil ochocientos setenta y cuatro pesos y cuatro maravedis; de modo que restados estos de los ochenta mil, asciende lo que percibieron á cuenta de la paterna, á diez mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedis, los cuales se estimarán como lucrados en el segundo matrimonio, porque se extrajeron del fondo de las utilidades de él, y á no haberlos dado á sus hijos esto mas habria de caudal; y para que la segunda muger no sea perjudicada en su mitad, se unirán al inventario, como se expresará en la última suposicion, pues no está obligada á dotar ni á hacer donacion á sus entenados, como si fuera su madre.

OCTAVA.

SOBRE EL TESTAMENTO DE D. JORGE SARMIENTO.

D. Jorge Sarmiento falleció en tal dia de tal mes y año bajo el testamento que habia hecho, y queda mencionado en el exordio de esta particion; y por él ordenó que se amortajase su cadáver con tal hábito, y sepultase con tal aparato y acompañamiento: que el dia de su entierro, siendo hora, y si no en el siguiente, se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente, con diácono, subdiácono, vigilia y responso; y se dijesen por su intencion, cuanto ántes fuese posible, doscientas misas rezadas con la limosna de cuatro reales, en tales iglesias y altares, á excepcion de cincuenta, cuarta parte correspondiente á la parroquia. Dejó el usufruto del remanente del quinto de sus bienes á Doña Juana Velazquez, su segunda muger, consignándosele en raices con la expresada calidad y prohibicion de que jamas habia de poder disponer de ellos, gravarlos, hipotecarlos ni enagenarlos, mediante á que por su muerte habian de percibirlos con igualdad sus hijos habidos en sus dos matrimonios, y si alguno hubiese fallecido sin dejar sucesion legítima, se habia de repartir entre los que le sobreviviesen; y dejándola, habia esta de llevar la parte que tocaria á su ascendiente, á no haber muerto. Legó á su criada, María Lopez, cincuenta pesos en dinero por una vez. Mejoró en el tercio de sus bienes por mitad á D. Isidro y Doña Ignacia Sarmiento y Velazquez, sus dos hijos menores, y de D. Doña Juana Velazquez, su segunda muger. Declaró cuánto habia dado á los hijos de su primer matrimonio en cuenta de sus legítimas, y haber fallecido sin testamento ni sucesion la Doña Micaela, por cuya muerte habian recaido en él todos los derechos maternos que le competian. Declaró asimismo estar debiendo varias cantidades á diferentes personas, y mandó se pagasen, como tambien que se cobrasen las deudas que tenia á su fa-

vor, pues todas constaban de sus papeles y asientos. Nombró por sus testamentarios con facultad *in solidum* á D. F. y D. F., á quienes prorogó el término legal para cumplir lo que dejaba dispuesto. Instituyó por sus universales herederos á sus cuatro hijos: D. José, D. Juan, D. Isidro y Doña Ignacia Sarmiento, habidos en sus dos matrimonios con Doña Lucía de Céspedes y Doña Juana Velazquez. Finalmente, revocó todas las disposiciones testamentarias. Esto es lo sustancial y concerniente á esta particion que resulta del citado testamento; con arreglo al cual, á los inventarios y demas documentos que se han tenido presentes, y á las disposiciones legales, se harán con separacion, distincion y claridad las liquidaciones, deducciones y repartimientos del caudal de ambos matrimonios entre la viuda actual y los expresados cuatro hijos.

NONA.

SOBRE EL INVENTARIO HECHO POR MUERTE DE D. JORGE SARMIENTO, Y LA LIQUIDACION Y DISTRIBUCION DE SU CAUDAL.

Todo el caudal que dejó D. Jorge Sarmiento, y se inventarió por su muerte, ascendió á trescientos setenta mil pesos en esta forma: en tierras tanto, en viñas tanto, en casas tanto, en ropa blanca tanto &c. (*Se expresarán las clases de bienes y su importe, como en el primer ejemplar*), cuyas partidas suman los referidos trescientos setenta mil pesos, á que unidos diez mil ciento veinte y cinco, y treinta maravedis que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio en cuenta de su legítima paterna, miéntras estuvo casado segunda vez, por lo que salieron del fondo del segundo, y se deben estimar por incremento de él, como se ha sentado en la suposicion séptima; compone todo el caudal del referido matrimonio perteneciente á entrambos cónyuges, trescientos setenta mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedis; de los cuales, en observancia de las leyes, y con arreglo al testamento de D. Jorge, se harán las liquidaciones y division correspondiente entre los interesados. En primer lugar se bajan veinte mil pesos, importe de la dote de Doña Juana Velazquez: en segundo treinta mil, á que ascienden las deudas de su matrimonio; y en tercero ciento diez mil ciento veinte y cinco con treinta maravedis, total capital líquido y efectivo que como suyo llevó á él D. Jorge. Estas tres partidas hacen la de ciento sesenta mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedis; y restados de los trescientos setenta mil ciento veinte y cinco pesos, resultan de utilidades aumentadas en el segundo matrimonio, doscientos diez mil; de los cuales, deducidos novecientos por el lecho cotidiano, quedan de gananciales partibles con igualdad entre D. Jorge y su viuda doscientos nueve mil cien pesos, cuya mitad son ciento cuatro

mil quinientos cincuenta. Unida esta mitad al capital que D. Jorge llevó á su matrimonio, suma su total haber doscientos catorce mil setecientos setenta y cinco pesos y treinta maravedis; y bajando de ella once mil seiscientos doce con veinte maravedis por las arras que ofreció á su muger, y seiscientos por lo que costó el luto de esta, hay para distribuir entre sus cuatro hijos doscientos treinta mil sesenta y tres pesos con diez maravedis; de los cuales para deducir la mejora sin violar la ley, se separan los diez mil ciento veinte y cinco pesos con treinta maravedis que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio, y quedan ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete con catorce maravedís, cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete con diez y seis maravedis y dos quintos de otro; y el tercio, bajado el quinto, cincuenta y un mil cuatrocientos cuarenta y nueve pesos, treinta y tres maravedis y un quinto: de manera que quedan para legítimas, agregando los diez mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedis que anticipó á los referidos sus dos hijos, y se separaron para sacar la mejora, ciento trece mil veinte y cinco pesos veinte y ocho maravedis y dos quintos; de los que, divididos entre los cuatro, tocan á cada uno per su legítima veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis pesos quince maravedis y tres quintos. Por lo que hace á la liquidacion del quinto, se bajan de su importe dos mil trescientos noventa y tres pesos y veinte y seis maravedis: mil por los derechos del funeral de D. Jorge, doscientos once y veinte y seis maravedis por la limosna de las cincuenta misas de la cuarta parroquial á cuatro pesos y ocho maravedis por derechos de cera y oblata, seiscientos por la de las ciento cincuenta restantes por igual limosna sin derechos, diez de las mandas forzosas, otros diez de los reales hospitales, doce de visitar su testamento, y los quinientos cincuenta restantes del legado que hizo á su criada: de suerte que queda reducido el quinto á treinta y seis mil ciento noventa y tres pesos veinte y cuatro maravedis y dos quintos; los que se aplicarán en bienes raices á Doña Juana para que los usufrutúe conforme á la disposicion de su difunto marido, y por su muerte se dividirán entre sus cuatro hijos, ó quien los represente, con arreglo á la voluntad de su padre. Segun esta liquidacion el haber de Doña Juana en propiedad y usufruto (sin contar lo que se le adjudicará como pagadora de deudas que se la ha de constituir), asciende á ciento setenta y tres mil doscientos cincuenta y seis pesos con diez maravedis y dos quintos: ciento treinta y siete mil sesenta y dos con veinte maravedis en propiedad por estas razones: veinte mil por su dote, ciento cuatro mil quinientos cincuenta por la mitad de gananciales, novecientos por el lecho cotidiano, seiscientos por el luto, y

once mil doce con veinte maravedis por las arras que su marido le ofreció, y treinta y seis mil ciento noventa y tres con veinte y cuatro maravedis y dos quintos en usufruto por remanente del quinto. El haber de D. José por su legítima paterna, fuera de lo que tiene tomado y se le debe descontar, es de veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis pesos quince maravedis y tres quintos; el de D. Juan de otra igual cantidad; el de D. Isidro, por su legítima y mejora, de cincuenta y tres mil novecientos ochenta y uno con quince maravedis y un quinto; el de Doña Ignacia, por los propios derechos, de la misma cantidad; y uniendo á estos haberes los treinta mil pesos de las deudas y los dos mil trescientos noventa y tres con veinte y seis maravedis de los gastos deducidos del quinto, componen todas las partidas especificadas los trescientos setenta mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedis del caudal inventariado por muerte de D. Jorge, y colacionado por los dos hijos del primer matrimonio. Hechas estas suposiciones, y con la prevencion de que no se abonan alimentos á su viuda por haberse estado manteniendo con sus dos hijos del caudal comun el corto tiempo que hace murió su marido, ni tampoco vestido ordinario por no haberse inventariado, procedo á evacuar las liquidaciones del caudal de ambos matrimonios, y para ello á formar el siguiente cuerpo de hacienda.

CUERPO DEL CAUDAL INVENTARIADO POR MUERTE DE DON JORGE SARMIENTO, Y DE LO QUE QUEDO POR LA DE SU PRIMERA MUGER DOÑA LUCIA DE CESPEDES.

Caudal del inventario de Doña Lucía de Céspedes.

Se ponen por caudal de esta particion sesenta y nueve mil ochocientos setenta y cuatro pesos y cuatro maravedís que Don Jorge dió á los dos hijos de su primer matrimonio, y se hallaban en su poder por las razones expuestas en las suposiciones sexta y séptima.....	69874	4
Mas: mil doscientos veinte y cinco pesos y treinta maravedís, importe de los gastos del funeral y misas de Doña Lucía de Céspedes; y no se incluye el legado de quinientos ducados que hizo á su marido por estarlo ya en la partida precedente.....	1225	30
Mas: diez mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedís que resulta haber anticipado á los dichos dos hijos en cuenta de su legítima paterna, como se ha sentado en las suposiciones séptima y nona.....	10125	30
Mas: en tierras inventariadas por muerte de Don Jorge, treinta mil pesos.....	30000	

Caudal inventariado por muerte de Don Jorge.

Mas: sesenta mil pesos en viñas.....	60000	
Mas: ciento cincuenta y cinco mil pesos en casas.....	155000	
Mas: diez mil pesos en ropa blanca, mojada y sin mojar.	10000	
Mas: en trastos de madera siete mil pesos.....	7000	
Mas: diez mil pesos en pinturas y dorados.....	10000	
Mas: trece mil pesos en ropa de lana y seda.....	13000	
Mas: dos mil pesos en colchones, mantas y fundas.....	2000	
Mas: mil pesos en cobre, peltre y azofar.....	1000	
Mas: veinte y seis mil pesos en plata labrada, sin hechuras.....	26000	
Mas: catorce mil pesos en diamantes por el tercio de su tasa.....	14000	
Mas: seis mil pesos en deudas cobrables á favor del caudal.....	6000	
Y últimamente se ponen por cuerpo del caudal veinte y seis mil pesos en dinero efectivo.....	26000	
Cuerpo total del caudal.....	441225	30

Baja.

Se bajan del total referido ciento cincuenta mil pesos que se han inventariado por muerte de Doña Lucía de Céspedes, primera muger de Don Jorge.....	150000	
Quedan para el segundo matrimonio, sin incluir setenta y ocho mil novecientos pesos sobrantes del primero, que se unirán cuando se haga la liquidacion y division del caudal de aquel, docientos noventa y un mil doscientos veinte y cinco pesos y treinta maravedís.....	291225	30

Asciende el caudal de esta particion á cuatrocientos cuarenta y un mil doscientos veinte y cinco pesos y treinta maravedís; y separados de ellos los ciento cincuenta mil inventariados por muerte de Doña Lucía de Céspedes, quedan para parte de lo que se inventarió por la de Don Jorge su marido, doscientos noventa y un mil doscientos veinte y cinco con treinta maravedís: á los cuales se agregarán setenta y ocho mil novecientos que debieron tocar á Don Jorge en la liquidacion del que quedó cuando falleció dicha Doña Lucía, y compondrán los trescientos setenta mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedís, como se demostrará en su lugar; por lo que procedo á evacuar la del que dejó esta.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Liquidacion y distribucion del caudal inventariado por muerte de Doña Lucía de Céspedes.

El caudal inventariado por muerte de Doña Lucía de Céspedes ascendió á ciento cincuenta mil pesos, como se ha expresado en la cuarta suposicion..... 150000

Bajas comunes de él.

Se bajan de este caudal veinte y siete mil ochocientos pesos líquidos, á que quedaron reducidos los treinta mil que llevó en dote Doña Lucía, por la razon expuesta en la primera suposicion..... 27800

Mas: cuarenta mil pesos que Don Jorge Sarmiento llevó como capital suyo á su matrimonio con Doña Lucía, segun se refiere en la segunda suposicion..... 40000

Total de bajas comunes..... 67800

Resultan de gananciales..... 82200

Cuya mitad son. 41100

Importan las deducciones hechas del caudal inventariado por muerte de Doña Lucía de Céspedes, sesenta y siete mil ochocientos pesos; y rebatidos de los ciento cincuenta mil que suma su total, resultan de gananciales adquiridos en su matrimonio, ochenta y dos mil doscientos pesos, cuya mitad son cuarenta y un mil ciento.

Haber de Doña Lucía de Céspedes.

Doña Lucía de Céspedes debe haber por su dote líquida veinte y siete mil ochocientos pesos..... 27800

Mas: por su mitad de gananciales, cuarenta y un mil ciento..... 41100

Mas: por las arras que le ofreció su marido, dos mil doscientos..... 2200

Total haber suyo, setenta y un mil cien pesos... 71100

Importa el quinto de estos, catorce mil doscientos veinte pesos..... 14220

Quedan de caudal, bajado el quinto, para sacar el tercio, cincuenta y seis mil ochocientos ochenta pesos..... 56880

El tercio de estos asciende á diez y ocho mil novecientos sesenta pesos..... 18960

Y deducidos tercio y quinto, quedan para las legítimas de sus tres hijos, treinta y siete mil novecientos veinte pesos..... 37920

De estos tocan á cada hijo doce mil seiscientos cuarenta pesos..... 12640

Liquidacion y distribucion del quinto de los bienes de Doña Lucía de Céspedes.

El quinto de los bienes de Doña Lucía de Céspedes asciende á catorce mil doscientos veinte pesos..... 14220

Bajas de él.

Por los gastos de funeral novecientos pesos, como consta de recibos..... 900

Por la limosna, á tres reales cada una, de las veinte y cinco misas de la cuarta parroquial, juntamente con los derechos de cera y oblata, ochenta pesos y treinta maravedís..... 80 30

Por las setenta y cinco restantes, á los mismos tres pesos, sin mas derechos, doscientos veinte y cinco pesos..... 225

Por el legado que hizo á las mandas forzosas y hospitales, ocho pesos; cuatro á unas y otros..... 8

Por los derechos de visitar su testamento doce pesos.. 12

Por el legado que hizo á su marido cinco mil quinientos pesos..... 5500

Importan estas bajas..... 6725 30

Total del quinto..... 14220

Líquido sobrante de él..... 7494 4

Resúmen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion.

Don Jorge Sarmiento debe haber por su capital cuarenta mil pesos..... 40000

Mas: por su mitad de gananciales, cuarenta y un mil ciento 41100

Mas: por el legado que le hizo su muger, cinco mil quinientos pesos..... 5500

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Total haber de Don Jorge.....	86600	
Se bajan por las arras que ofreció á su muger..	2200	
Queda reducido su haber á.....	84400	
Se bajan de estos los cinco mil quinientos pesos del legado.....	5500	
Es su líquido haber en propiedad.....	78900	

Haber de Don José Sarmiento.

Don José Sarmiento debe haber por su legítima materna, doce mil seiscientos cuarenta pesos.....	12640	

Haber de Don Juan Sarmiento.

Don Juan Sarmiento debe haber por su legítima materna, doce mil seiscientos cuarenta pesos.....	12640	

Haber de Doña Micaela Sarmiento.

Doña Micaela Sarmiento debe haber por su legítima materna, doce mil seiscientos cuarenta pesos.....	12640	
Mas: por el tercio, diez y ocho mil novecientos sesenta pesos.....	18960	
Mas: por el residuo del quinto, siete mil cuatrocientos noventa y cuatro pesos y cuatro maravedís.....	7494	4
Total haber suyo.....	39094	4

Comprobacion de esta liquidacion.

Por el haber líquido de Don Jorge Sarmiento en propiedad	78900	
Por el legado que le hizo su muger.....	5500	
Por la legítima materna de Don José Sarmiento.....	12640	
Por la de Don Juan Sarmiento.....	12640	
Por la legítima y mejora del tercio y remanente líquido del quinto perteneciente á Doña Micaela Sarmiento.	39094	4
Por los gastos del funeral, misas y visita del testamento de Doña Lucía de Céspedes, y mandas hechas á los santos lugares y hospitales.....	1225	30
Suman estas seis partidas.....	150000	
Y el caudal inventariado los mismos.....	150000	

Por la liquidacion y deducciones precedentes se manifiesta que el haber perteneciente á Doña Lucía de Céspedes, muger primera

de Don Jorge Sarmiento, asciende á setenta y un mil cien pesos: veinte y siete mil ochocientos por su dote líquido; cuarenta y un mil ciento por su mitad de bienes gananciales, y dos mil doscientos por las arras que su marido le ofreció: que el quinto de ellos son catorce mil doscientos veinte pesos; y el tercio, deducido aquel, diez y ocho mil novecientos sesenta; por lo que restan para legítimas treinta y siete mil novecientos veinte pesos, y tocan á cada uno de sus tres hijos por la suya doce mil seiscientos cuarenta: que deduciendo del quinto seis mil setecientos veinte y cinco pesos y treinta maravedís por los gastos del funeral y misas de Doña Lucía y legados que hizo, quedan siete mil cuatrocientos noventa y cuatro con cuatro maravedís: que Don Jorge debe haber ochenta y seis mil seiscientos pesos: cuarenta mil por su capital, cuarenta y un mil ciento por su mitad de gananciales, y cinco mil quinientos por el legado que le hizo su muger; y bajando de su total los dos mil doscientos que ofreció á esta en arras, y los cinco mil quinientos del legado que debió reservar á los hijos de su primer matrimonio, queda reducido su verdadero haber en propiedad á setenta y ocho mil novecientos, los que se han de agregar al caudal del segundo matrimonio para su liquidacion y division; y en fin, que Don José Sarmiento debe percibir por su legítima, doce mil seiscientos cuarenta pesos: Don Juan otra cantidad igual por la suya; y Doña Micaela por la suya y por su mejora del tercio y remanente del quinto, treinta y nueve mil novecientos y cuatro reales y cuatro maravedís. Y respecto estar evacuada la liquidacion del caudal del primer matrimonio, procedo á hacer la del segundo.

Hecho cargo el partidor de que en esta particion hay dos inventarios y dos liquidaciones, y de que los caudales son diversos, y parte de el del primer matrimonio está incluso en el del segundo, y parte no, extrañará que habiendo salido durante este del cuerpo de su caudal la primera, segunda y tercera partidas puestas en el general que dejo formado de ambos: la primera, porque la llevó el marido á él: la segunda, porque al tiempo del fallecimiento de la primera muger, estaba embebido su importe en el que se inventarió; y la tercera, porque era parte de los gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, las haya incluido en dicho cuerpo general; pero debe considerarse que si no se hubiesen puesto en él para complemento de ambos caudales, faltaria el competente, y seria imposible hacer la division. Extrañará asimismo tal vez que ponga por mayor las expresadas tres partidas, y no los bienes que las componen; á lo cual satisfago con decir que en el presente caso seria abultar y gastar infructuosamente tiempo, trabajo y papel; ya porque los bienes no se hallan en el caudal inventariado, ya porque el padre dió á sus hijos

los raices que les correspondian, como queda sentado en la última suposicion, y nunca debian dividirse sino entre ellos, y ya porque aun cuando no les tocaran por razon de dominio, una vez entregados no se les debian quitar, excepto que tuviesen que restituir; y así bastaba traer numéricamente su importe á esta particion. Pero al contrario será cuando se hallen los inventariados, y por no haber tomado estado los hijos, ó por otra causa, nada les dió su padre; pues entónces se deberán poner, y el partidor ha de formar una suposicion del importe de los raices y otros conocidos de la primera muger, especificándolos para que se sepa cuáles son, y se apliquen á sus hijos, haciendo á este efecto el correspondiente cotejo con su instrumento dotal y demas papeles que los acrediten; lo cual procede en los de tres ó mas matrimonios, segun sea el caso. Mas sin embargo de que se hallen dichos bienes en el caudal inventariado, si su padre les dió otros equivalentes, y se contentaron con ellos, es superfluo hacer el cotejo, porque es visto haberse celebrado entre hijos y padre contrato de permuta y subrogacion, en cuya virtud adquirió el padre los que correspodian á sus hijos por su madre.

Liquidacion y distribucion del caudal del segundo matrimonio.

Son caudal del segundo matrimonio de D. Jorge Sarmiento, setenta y ocho mil novecientos pesos que quedaron sin aplicar en la liquidacion anterior, tocaron, segun ella, al D. Jorge, y los llevó al dicho matrimonio.. 78900

Mas: doscientos noventa y un mil doscientos veinte y cinco pesos y treinta maravedís que sobraron del cuerpo general del caudal de esta particion, segun se expresa á su final, en los que se incluye lo que D. Jorge heredó de su tio D. Alejandro, y llevó tambien á su segundo matrimonio, y lo que durante este anticipó á sus dos hijos del primero en cuenta de su legítima paterna..... 291225 30

Total del caudal del segundo matrimonio..... 370125 30

El caudal inventariado por muerte de D. Jorge Sarmiento, y correspondiente á su segundo matrimonio, asciende á trescientos setenta mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedís, como se ha sentado en la última suposicion; de cuyo total procedo á hacer las correspondientes deducciones.

Bajas comunes ó generales.

Se bajan de este caudal veinte mil pesos que Doña Juana Velazquez llevó en dote á su matrimonio..... 20000

Mas: treinta mil pesos que su marido estaba debiendo cuando falleció, segun consta de la última declaracion del inventario hecha por su muerte..... 30000

Mas: ciento diez mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedís líquidos y efectivos que D. Jorge llevó por capital suyo sin responsabilidad alguna á su segundo matrimonio: setenta y ocho mil novecientos que le tocaron en la particion de los bienes de su primera muger, y treinta y un mil doscientos veinte y cinco pesos y treinta maravedís que miéntras estuvo viudo parece haber heredado de su tio D. Alejandro Sarmiento, segun se ha referido en las suposiciones cuarta y quinta..... 110125 30

Total de bajas comunes..... 160125 30

Hay de gananciales..... 210000

Las partidas deducidas del total inventariado, y correspondientes al segundo matrimonio de D. Jorge, importan ciento sesenta mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedís, y bajados estos de los trescientos setenta mil ciento veinte y cinco y treinta maravedís, resultan de utilidades en él doscientos diez mil; de los cuales se hace la deduccion siguiente.

Bajas de los gananciales.

Se deducen del total de los gananciales novecientos pesos que, segun tasacion, importan los colchones, sábanas, mantas y demas cosas de que se compone el lecho cotidiano de D. Jorge y su viuda Doña Juana, á la que corresponde por permanecer en este estado..... 900

Quedan de gananciales partibles con igualdad entre D. Jorge y Doña Juana..... 209100

Cuya mitad son... 104550

De los doscientos diez mil pesos que importan los bienes que D. Jorge y Doña Juana lucraron miéntras estuvieron casados, deduciendo novecientos por el lecho cotidiano, quedan líquidos y partibles entre ambos doscientos nueve mil ciento, y tocan á cada uno ciento cuatro mil quinientos cincuenta; por lo que procedo á liquidar el haber de D. Jorge, y á hacer de él las deducciones que, conforme á derecho y á su voluntad, deben hacerse.

En el título 2 capítulo 4, desde el párrafo 13 hasta el 17, traté del modo de deducir la dote de la segunda muger cuando en su ma-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

trimonio hay gananciales y los acepta, y su marido tiene hijos del primero que no estan pagados de su haber materno, lleve ó no al segundo bienes equivalentes á cubrírsele, ó algunos mas suyos, ó ningunos; y á fin de no perjudicarla en su mitad, expliqué con la claridad posible los cuatro modos que pueden ocurrir. En el cuarto, por incluir en sí dos, aunque me parece dije lo suficiente, le remití á este lugar en que me prometí formar la cuenta de los cuatro modos que allí expuse; y para poder desempeñar mi oferta, tengo por indispensable dividir las dos partes que incluye dicho caso, y hacer con separacion de cada una la explicacion correspondiente para su mayor inteligencia.

La primera parte es cuando el padre lleva al segundo matrimonio bienes suyos y de sus hijos habidos en el primero, y durante aquel les da el todo ó parte de lo que les toca por su madre, y no mas. En este caso se puede hacer la cuenta de dos modos: el uno es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, deducir de él, hecho todo un cuerpo, la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital íntegro conforme le llevó á él; y hechas estas tres deducciones, será gananciales partibles entre la viuda y todos los hijos de su difunto marido el residuo. El otro modo es no hacer mérito ni agregar al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y deducir únicamente lo que, hecha la entrega, quedó de su capital, como si nada mas hubiera llevado á su matrimonio, y saldrá la misma cuota y porcion de gananciales, como se demuestra en el siguiente ejemplo.

Suposiciones para formar la cuenta.

El caudal inventariado importa treinta mil pesos.....	30000
La dote de la segunda muger, ocho mil pesos.....	8000
Las deudas del segundo matrimonio, mil pesos.....	1000
El capital del marido diez mil pesos, y con cuatro mil que tocaban á sus hijos por su herencia materna, compone todo lo que llevó á su matrimonio, catorce mil pesos.	14000
Y lo que dió á sus hijos fueron los cuantro mil pesos de su haber materno, y no mas.....	4000

Modo primero de formarla.

Caudal inventariado.....	30000
Lo dado por el padre á sus hijos.....	4000
Total.....	34000

Bajas.

Dote de la segunda muger.....	8000
Deudas del segundo matrimonio.....	1000
Capital que el marido llevó á él, suyo y de sus hijos.	14000
Total de bajas.....	23000
Quedan de utilidades.....	11000
Cuya mitad son.....	5500

Modo segundo.

Caudal inventariado.....	30000

Bajas de este caudal.

Dote de la segunda muger.....	8000
Deudas contraidas en el segundo matrimonio.....	1000
Capital propio del marido.....	10000
Total de bajas.....	19000
Quedan de utilidades para ambos.....	11000
Cuya mitad son.....	5500

La segunda parte del dicho cuarto caso es cuando el padre no solo dió á sus hijos todo lo que tenia en su poder y les tocaba por su haber materno, sino que del caudal del segundo matrimonio les anticipó algo á cuenta del paterno. En este se puede hacer tambien la cuenta de dos modos: el primero, agregando númericamente al caudal inventariado lo que percibieron por su madre, y lo que les anticipó, y bajando de la suma de este total la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y el capital íntegro que su padre entró en él; pues lo que quede, hechas estas deducciones, será la utilidad partible por mitad entre la viuda é hijos de su difunto marido; y el segundo, que es el que he observado en la presente particion ó ejemplar, se reduce á agregar únicamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su legítima paterna, y bajar de lo que sumen estas dos partidas la dote segunda, las deudas expresadas, y lo que el padre llevó como fondo suyo sin responsabilidad al segundo matrimonio, y no mas; porque hechos estos descuentos, resulta la misma utilidad que del primer modo, segun se demuestra en las cuentas siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Suposiciones para formar la cuenta

El caudal inventariado importa treinta mil pesos..... 30000

La dote de la segunda muger, ocho mil pesos..... 8000

Las deudas de su matrimonio, mil pesos..... 1000

El capital que el marido llevó á él, diez mil pesos, que con lo de sus hijos componen catorce mil pesos..... 14000

Y lo que dió á estos son ocho mil pesos..... 8000

Modo primero de formarla.

Caudal inventariado..... 30000
Lo entregado por el padre á sus hijos..... 8000

Total del caudal..... 38000

Bajas.

Dote de la segunda muger..... 8000
Deudas del segundo matrimonio..... 1000
Capital que el marido llevó á él, incluso lo que era de sus hijos..... 14000

Total de bajas..... 23000

Quedan de gananciales..... 15000

Cuya mitad son..... 7500

Modo segundo.

Caudal inventariado..... 30000
Lo anticipado por el padre á sus hijos en cuenta de legítima paterna..... 4000

Total del caudal..... 34000

Bajas.

Dote de la segunda muger..... 8000
Deudas del segundo matrimonio..... 1000
Capital líquido y propio sin responsabilidad alguna..... 10000

Total de bajas..... 19000

Quedan de gananciales..... 15000

Cuya mitad son..... 7500

Por las cuentas precedentes podrá formar el partidor en casos semejantes todas las que le ocurran de mayor ó menor caudal, entre hijos de dos, tres ó mas matrimonios, para no perjudicar á las mugeres ni á los hijos de las difuntas en su parte de gananciales, observando en cuanto á la deduccion del lecho cotidiano lo explicado en el título 2 capítulo 13, desde el párrafo 5 al 13. Por lo concerniente á los tres casos explicados en dicho título 2 capítulo 4, le remito á ellos por haberle ya dado bastantes luces; y así paso á continuar el siguiente ejemplar.

Haber de D. Jorge.

D. Jorge Sarmiento debe haber por su capital ciento diez mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedís..... 110125 30
Mas: por su mitad de gananciales, ciento cuatro mil quinientos cincuenta pesos..... 104550

Total haber suyo..... 214675 30

Bajas de este haber.

Por las arras que ofreció á su muger, once mil doce pesos y veinte maravedís..... 11012 20
Por el luto que se le debe, seiscientos pesos..... 600

Total de bajas..... 11612 20

Caudal líquido para distribuir..... 203063 10

Bajas de este caudal líquido para sacar la mejora.

Por lo que anticipó á sus dos hijos en cuenta de su legítima paterna, diez mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedís..... 10125 30

Quedan para deducir la mejora..... 192937 14

Distribucion del caudal de D. Jorge entre sus hijos.

El caudal líquido de D. Jorge para sacar la mojora, son ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete pesos y catorce maravedís..... 192937 14
Importa el quinto de estos..... 38587 $16\frac{2}{5}$

Quedan para sacar el tercio..... 154349 $31\frac{3}{5}$
El tercio de estos son..... 51449 $33\frac{1}{5}$

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Quedan para legítimas.....	102899	32⅘

Aumento por via de colacion al caudal de legítimas.

Se aumentan al caudal que queda para legítimas paternas lo que se bajó para deducir la mejora, que son.	10125	30
Total de legítimas.....	113025	28⅘
Total á cada uno de los cuatro hijos que dejó D. Jorge por su legítima paterna.....	28256	15⅘
Y á cada uno de los de su primer matrimonio, mediante lo que tiene tomado.....	23193	17⅗

Liquidacion y repartimiento del quinto de los bienes de D. Jorge.

El quinto de los bienes que dejó D. Jorge Sarmiento, asciende á treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete pesos, diez y seis maravedís y dos quintos de otro.	38587	16⅖

Bajas de él.

Se bajan mil pesos, importe de su funeral.....	1000	
Mas: doscientos once pesos y veinte y seis maravedís por la limosna de las cincuenta misas de la cuarta tocante á la parroquia, á cuatro pesos, con mas ocho maravedís para cera y oblata.....	211	26
Mas: seiscientos pesos, limosna de las ciento cincuenta restantes hasta las doscientas que mandó celebrar, á los mismos cuatro pesos.....	600	
Mas: diez pesos que legó á las mandas forzosas.....	10	
Mas: otros diez pesos á los nacionales hospitales.....	10	
Mas: doce pesos por los derechos de visitar su testamento.....	12	
Mas: quinientos cincuenta pesos que legó á su criada..	550	
Importan estas deducciones..... .	2393	26
Total del quinto.....	38587	16⅖
Queda reducido á.....	36193	24⅘

El total haber de Don Jorge Sarmiento por su capital y mitad de gananciales, asciende á doscientos catorce mil seiscientos setenta y cinco pesos y treinta maravedís, de que bajados once mil

seiscientos doce pesos con veinte maravedís por las arras y luto de su viuda, quedan líquidos doscientos tres mil sesenta pesos y diez maravedís; y separando de estos para el único efecto de sacar la mejora, diez mil ciento veinte y cinco y treinta maravedís que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio, restan asimismo ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete y catorce maravedís, cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete con diez y seis maravedís y dos quintos de otro, y el tercio cincuenta y un mil cuatrocientos cuarenta y nueve, treinta y tres maravedís y un quinto; por lo que hay para legítimas ciento dos mil ochocientos noventa y nueve pesos, treinta y dos maravedís y dos quintos; y agregados los diez mil ciento veinte y cinco pesos y treinta maravedís separados, asciende el caudal para legítimas, á ciento trece mil veinte y cinco pesos, veinte y ocho maravedís y dos quintos. De ellos tocan á cada uno de los cuatro hijos que dejó Don Jorge, veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis pesos, quince maravedís y tres quintos por su legítima paterna, y á cada uno de los de su primer matrimonio, descontándole cinco mil sesenta y dos pesos y treinta y dos maravedís, mitad de los diez mil ciento veinte y cinco, y treinta maravedís que su padre anticipó á entrambos, y se les aplicarán en vacío, corresponden veinte y tres mil ciento noventa y tres, diez y siete maravedís y tres quintos. En cuanto al quinto, bajando de su total dos mil trescientos noventa y tres pesos y veinte y seis maravedís, importe de los gastos del funeral, misas y legados que hizo Don Jorge, quedan treinta y seis mil ciento noventa y tres, veinte y cuatro maravedís y dos quintos, que se aplicarán en usufruto á Doña Juana Velazquez, como se ha dicho en la última suposicion.

RESUMEN Y LIQUIDACION DE LO QUE TOCA A CADA UNO DE LOS INTERESADOS EN ESTA SEGUNDA DIVISION POR TODOS SUS DERECHOS.

Haber de Doña Juana Velazquez.

Doña Juana Velazquez debe haber por su dote veinte mil pesos.....	20000	
Mas: por su mitad de gananciales, ciento cuatro mil quinientos cincuenta pesos.....	104550	
Mas: por el lecho cotidiano, novecientos pesos....	900	
Mas: por el luto ordinario, seiscientos pesos.....	600	
Mas: por las arras que le ofreció su marido, once mil doce pesos y veinte maravedís.....	11012	20
Mas: en usufruto durante su vida por el remanente		

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

del quinto que su marido le legó, treinta y seis mil ciento noventa y tres pesos, veinte y cuatro maravedís y dos quintos..... 36193 $24\frac{2}{5}$

Total haber de Doña Juana..... 173256 $10\frac{2}{5}$

Haber de Don José Sarmiento.

Don José Sarmiento debe haber por su legítima paterna, veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis pesos, quince maravedís y tres quintos..... 28256 $15\frac{3}{5}$

Haber de Don Juan Sarmiento.

Don Juan Sarmiento debe haber por su legítima paterna, veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis pesos, quince maravedís y tres quintos..... 28256 $15\frac{3}{5}$

Haber de Don Isidoro Sarmiento.

Don Isidoro Sarmiento debe haber por su legítima paterna, veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis pesos, quince maravedís y tres quintos..... 28256 $15\frac{3}{5}$

Mas: por la mitad de su mejora del tercio, veinte y cinco mil setecientos veinte y cuatro pesos, treinta y tres maravedís y tres quintos..... 25724 $33\frac{3}{5}$

Total haber de Don Isidoro..... 53981 $15\frac{1}{5}$

Haber de Doña Ignacia Sarmiento.

Doña Ignacia Sarmiento debe haber por su legítima paterna, veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis pesos, quince maravedís y tres quintos..... 28256 $15\frac{3}{5}$

Mas: por la mitad de su mejora del tercio, veinte y cinco mil setecientos veinte y cuatro pesos, treinta y tres maravedís y tres quintos..... 25724 $33\frac{3}{5}$

Total haber de Doña Ignacia..... 53981 $15\frac{1}{5}$

Comprobacion de esta cuenta.

Por el haber de Doña Juana Velazquez.....	173256	$10\frac{2}{5}$
Por el de Don José Sarmiento.....	28256	$15\frac{3}{5}$
Por el de Don Juan Sarmiento,.....	28256	$15\frac{3}{5}$
Por el de Don Isidoro Sarmiento.....	53981	$15\frac{1}{5}$
Por el de Doña Ignacia Sarmiento.....	53981	$15\frac{1}{5}$
Por las deudas contra el caudal.....	30000	

Por lo que importan las deducciones del quinto...	2393	26
Total caudal del segundo matrimonio.....	370125	30
Importa el inventario los mismos.....	370125	30

Igual .....

Este resúmen y liquidacion manifiestan que el haber de Doña Juana Velazquez por todos sus derechos asciende á ciento setenta y tres mil doscientos cincuenta y seis pesos; diez maravedís y dos quintos de otro: el de Don José Sarmiento por su legítima, á veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis pesos, quince maravedís y tres quintos: el de Don Juan á otra igual cantidad: el de Don Isidoro, por su legítima y mitad de mejora, á cincuenta y tres mil novecientos ochenta y un pesos, quince maravedís y un quinto: y el de Doña Ignacia por iguales derechos á la misma cantidad; de suerte, que agregando á estos haberes los treinta mil pesos de las deudas contra el caudal, y los dos mil trescientos noventa y tres pesos con veinte y seis maravedís que se bajaron del quinto, componen todas las partidas los trescientos setenta mil ciento veinte y cinco pesos con treinta maravedís inventariados; por lo que procederé á hacer las adjudicaciones á los interesados.

Por el modo y órden que observé en el primer ejemplar, podrá el partidor formar sus respectivas adjudicaciones á los interesados, aplicando en vacío, ó entrada por salida, lo que hubieren tomado á cuenta, y poniéndolo por primera partida, como que debe preceder á todas por ser anterior; y si los hijos del primer matrimonio no estuviesen pagados de su haber paterno ó materno, se les formará hijuela que comprenda ambas legítimas; pues en este ejemplar, por escusarlo ya, no se las formé. Despues de hechas las adjudicaciones á los interesados, y la hijuela para el pago de las deudas que haya, en caso de formarse, por no haberse pagado ántes de la particion, hará las declaraciones convenientes, segun ocurra; para lo que no le puedo dar regla fija, por ignorar lo que puede ocurrir que declarar.

Hijuela para el pago de las deudas que tenia contra sí Don Jorge Sarmiento cuando falleció.

Doña Juana Velazquez, viuda de Don Jorge Sarmiento, debe haber, como pagadora que se la constituye de las deudas que este tenia contra sí cuando murió, las partidas que se expresarán por menor en la forma y por las razones siguientes.

Haber.

Ha de haber diez mil pesos que su difunto marido estaba

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

debiendo á Santiago Delgado por escritura que otorgó á su favor tal dia, mes y año, ante tal escribano..... 10000

Mas: seis mil pesos que de veinte mil, importe de la obra que en su casa, de tal calle, hizo Francisco Sanchez, alarife, le quedó debiendo, segun consta de la cuenta ajustada y recibos puestos á su continuacion, de lo que le habia satisfecho..... 6000

Mas: cuatro mil que tambien debia á Lorenzo Lopez, segun vale de tantos de tal mes y año..... 4000

Mas: novecientos pesos, que liquidadas cuentas con varios carreteros que trajeron materiales para dicha obra, resultó deberles..... 900

Mas: trescientos pesos que debia á María de tal, su criada, por el salario de tanto tiempo, á tanto cada mes..... 300

Mas: cinco mil pesos, resto de una escritura de fianzas de diez mil que otorgó á favor de Don Juan Rodriguez por Roque Alvarez, su deudor, quien falleció sin dejar bienes con que pagárselos..... 5000

Y últimamente ha de haber tres mil ochocientos pesos que debia por administracion de los bienes de tal concurso, como resulta de la cuenta y su aprobacion judicial.... 3800

Total haber..... 30000

Las partidas que debe haber Doña Juana Velazquez, como pagadora de las deudas de su marido, importan los treinta mil pesos que se han deducido del cuerpo del caudal, para cuyo pago se le aplican los bienes siguientes.

Pago.

Se dan en pago y adjudicacion á dicha Doña Juana Velazquez veinte y tres mil pesos que, despues de pagados el funeral y misas de su marido, legados que hizo, y otros gastos, sobraron de los veinte y seis mil que habia en dinero efectivo cuando falleció, y se pusieron por cuerpo del caudal..... 23000

Mas: cuatro mil pesos en tales alhajas de plata por su peso sin hechuras, segun se pusieron por cuerpo del caudal..... 4000

Mas: tres mil pesos que está debiendo N. por tal razon, y debe entregar tal dia..... 3000

Total de bienes aplicados..... 30000

Total haber..... 30000

Queda pagada enteramente.....

Las partidas aplicadas á Doña Juana Velazquez ascienden á treinta mil pesos, y los débitos que debe satisfacer con ellas importan la misma cantidad, con que queda pagada enteramente; á cuya consecuencia se obliga á recoger de los acreedores las escrituras, vales, cuentas y papeles justificativos de sus créditos con los resguardos que deberán darle de habérselos pagado, y á entregarlos todos á los hijos de su marido para el suyo, y que nunca sean molestados por el todo ni parte de su importe; como tambien si para cobrar los tres mil pesos del crédito que se le ha adjudicado hiciere algunos gastos judiciales por morosidad del deudor, le deberán abonar los hijos de su marido la mitad de ellos á prorata, quedando de su cuenta la otra mitad, como que lleva la de los gananciales enteramente.

Con arreglo á esta hijuela de deudas podrá hacer el partidor las que le ocurran de mayor ó menor suma; y si los interesados quieren, podrá incluir asimismo en ella, no solo las que el testador tenia cuando falleció, sino tambien las que ocurran despues de su muerte, con motivo de su entierro, gastos de inventario y otros, aplicando al pagador de todo, como que ha de ser efectivo su desembolso, dinero ó bienes en que no tenga ninguna pérdida. Ademas, aunque nada esté satisfecho, se puede evitar el formarla separada; pues en aplicando al constituido pagador en su misma adjudicacion el importe de ellas en los bienes referidos, y expresando con la correspondiente distincion los acreedores, como se ha hecho, nada se varia la sustancia, y surte el mismo efecto. Las particiones entre hijos de tres ó mas matrimonios deben evacuarse por el propio órden y método que esta, añadiendo las precisas suposiciones, y haciendo separadamente las liquidaciones y aplicaciones, segun ocurran los casos; por lo que omito poner mas ejemplares, mayormente cuando bastante luz tiene el partidor con los dos propuestos y sus advertencias, para gobernarse y no errar.

PARTICION EXTRAJUDICIAL HECHA POR LOS MISMOS HEREDEROS, Y REDUCIDA A INSTRUMENTO PUBLICO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano de su número y testigos, Francisco, Diego y Juan Fernandez, vecinos de ella, hijos de legítimo matrimonio de Pedro Fernandez, difunto, y mayores de veinte y cinco años, dijeron: Que en tantos de tal mes del presente falleció en esta villa el expresado su padre bajo del testamento que habia otorgado en tal dia de tal mes y año ante F.,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

escribano del propio número, en el cual los instituyó por sus universales herederos, como únicos hijos suyos y de Andrea Perez, su difunta muger: que por su herencia aceptaron la suya con beneficio de inventario que hicieron solemnemente dentro del término, y con la pureza y excrupulosidad legal en presencia de F., escribano nacional, á consecuencia de auto proveido ante mí, á su instancia, en tantos de tal mes por el señor N., juez de esta villa, de todos los bienes y créditos que se encontraron pertenecerle, los cuales se valuaron por los peritos que unánimes eligieron; y en fin, que habiéndose concluido el inventario se pagaron las deudas que llegaron á su noticia tenia contra sí el referido su padre. Y considerando que de nombrar partidores judiciales para dividirlos se les ocasionarian crecidos gastos, deliberaron hacer por sí mismos la particion de ellos; y para que nunca se dudase de su verdad, reducirla á instrumento público, como en efecto lo han hecho segun su convenio, y me la entregan firmada por todos, para que se una á esta escritura, é inserte en sus traslados lo correspondiente con la adjudicacion hecha á cada interesado. Su literal tenor es el siguiente.

Aquí se insertan las suposiciones y lo correspondiente á cada uno por su haber cuando se le da su copia, y luego prosigue la escritura.

Y para que la expresada particion extrajudicial tenga la validacion que desean los interesados en ella, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete y de su libre voluntad, otorgan: Que aprueban, ratifican y dan por hecha perfectamente la expresada particion con sus suposiciones (*si las tuviere*), cuerpo del caudal, deducciones, adjudicaciones, declaraciones y todo lo demas que contiene, dándose por entregados mutuamente á su satisfaccion de los bienes aplicados á cada uno, y de los títulos de pertenencia de los raices que le tocaron (*si no los hubiere se omitirá esta expresion*); y por no parecer de presente su entrega, mediante haber sido cierta y efectiva, como lo confiesan, renuncian la excepcion que podian oponer de no habérseles hecho, la ley 9 tit. 1 part. 5 que trata de ella, y los dos años que prefine para la prueba de su recibo, dándolos por pasados como si realmente lo estuvieran, y formalizando á su favor el recibo ó resguardo mas eficaz que conduzca á su seguridad: á cuya consecuencia se desapoderan y apartan por sí y sus herederos y sucesores del dominio, posesion y otro cualquier derecho que les corresponda indistintamente á los referidos bienes y cada cosa de la herencia, cediéndolo y traspasándolo todo entera y recíprocamente sin la menor reserva, puesto que con los que se les han aplicado, se hallan satisfechos y reintegrados de su total haber paterno. Asimismo se confieren el mas amplio é irrevocable poder que necesiten, con facultad de sustituirle, para que cada uno tome la posesion de los que se le adjudicaron, y los enagene y disponga de ellos á su arbitrio como de cosa suya adquirida con justo título, cuales lo son la adjudicacion que se les formó y este instrumento, del que quieren se dé á cada uno copia autorizada con la insercion de su hijuela, suposiciones, declaraciones, y demas que corresponda, á fin de que les sirva de título legítimo de pertenencia de su haber, con la cual sin otro acto de aprension ha de ser visto haberse transferido á todos y á cada uno la posesion y dominio de cuanto se les adjudicó. Ademas, declaran que en la valuacion de los bienes inventariados, y en la liquidacion, deducciones, cuota ó cualidad de los aplicados á todos tres, no ha habido lesion, engaño ni el mas leve perjuicio, por haberse practicado con rectitud y pureza, observando en su distribucion y repartimiento la proporcion correspondiente al haber de cada uno en todas sus clases sin causarles agravio; y en caso que se haya hecho, ya consista en error material de cálculo, ya en el modo y forma de liquidar, deducir, aplicar ó distribuir, ya en otra cosa que por olvido ó ignorancia no se haya tenido presente, se remiten la cantidad á que ascienda, sea mucha ó poca, haciéndose donacion pura, perfecta é irrevocable de ella, y renunciando á mayor abundamiento la ley 1 tit. 11 lib. 5 R. que trata de lo que se vende y permuta, y de otros contratos en que hay lesion en mas ó ménos de la mitad de lo justo, y los cuatro años que prescribe para pedir la rescision de dichos contratos ó el suplemento al legítimo y verdadero valor de las cosas de que se habla en ellos. Tambien se obligan á que si en algun tiempo se descubrieren otros bienes ó créditos pertenecientes á la testamentaría del indicado su padre, los dividirán entre sí por la misma proporcion que los inventariados, sin diferencia; y con la misma proratearán y pagarán las deudas que aparecieren contra su caudal, habiendo de poder ser compelidos á todo esto por rigor de derecho y via ejecutiva; como igualmente al pago de costas, daños, y perjuicios que el que se apodere de los bienes que se descubran ocasionare á los coherederos con resistirse á su manifestacion para dividirlos entre todos, ó diferirla maliciosamente, ó los que causare alguno de los otorgantes por ser moroso en pagar puntualmente la porcion que le toque de las deudas que aparecieren contra el caudal, deferido el importe de todo en su relacion jurada, ó de quien los represente, sin otra prueba ni averiguacion. Igualmente, en cumplimiento de lo ordenado por la ley 9 tit. 15 Part. 6, se obligan á la eviccion y saneamiento de los bienes aplicados á cada uno; y á que si alguno de los raices y redituables saliesen fallidos por

pertenecer á tercero, ó estuvieren hipotecados ó afectos á gravámen ó responsabilidad que, por ignorarse ó por otra causa legal, aunque así no se especifique, no se dedujo, le reintegrarán de los que les quepa y deban resarcirle; y si se le moviere pleito sobre ellos ó cualquiera finca, por poco que valga, saldrán á su defensa, requiriéndoles conforme á derecho, y haciéndoselo saber en el término que este prefine, no de otra suerte; y le seguirán á sus expensas en todas instancias hasta ejecutoriarle, y dejarle en su quieta y pacífica posesion, sin que tenga que gastar ni desembolsar de su caudal la mas leve cantidad: por manera que si, requeridos y citados de eviccion en los términos propuestos, no le siguieren, le ha de continuar el demandado, sin necesidad de interpelarlos mas en ningun estado del pleito, pues la primera citacion ha de ser perentoria para todos los trámites del juicio en cualquiera instancia; y en este caso si obtuvieren sentencia favorable, le bonificarán y pagarán todas las costas y gastos que exprese haber expendido, y originádosele, sígalo por sí, ó válgase de otro á quien satisfaga el trabajo de su solicitud; y si fuere condenado y despojado de la finca ó fincas litigiosas, le han de abonar enteramente los referidos gastos y perjuicios, el valor en que se le adjudicaron las fincas desmembradas, y los frutos que en virtud de la sentencia haya restituido, bajo de la propia pena de ejecucion y costas, girándose la cuenta entre todos tres, pues si los bienes se hallaren proindiviso saldria todo de la masa comun, y tanto ménos percibiria cada uno: sin que para eximirse de su abono les sufrague el querer imputar á culpa ó negligencia suya la pérdida del pleito, porque sobre ello no han de ser oidos en juicio, excepto que le abandone sin hacer defensa alguna, ó no apele de la decision condenatoria en tiempo y forma, ó que le comprometa sin expreso consentimiento por escrito de los coherederos, ú ocurra alguna de las otras causas, por las que segun derecho no hay obligacion á la eviccion de saneamiento de que tratan las leyes 36 y 37 del título 5 Partida 5: en cuyos casos y no en otro, sea el que fuere, no han de estar obligados á ella. A mas, se obligan á no reclamar esta escritura ni en todo ni en parte; y para su mas exacta y puntual observancia se imponen recíprocamente la pena de tantos reales [*si así fuese*], que ha de exigirse al infractor tantas cuantas veces contraviniere y se retractare de cumplir lo pactado, queriendo que, ya la pague, ya se la remita, se lleve no obstante á debido efecto esta escritura en todas sus partes, sin alteracion, interpretacion ni tergiversacion, y que se cumplan todos los defectos sustanciales de solemnidad y demas que contenga. Por tanto, á su cumplimiento obligan finalmente sus personas y bienes, muebles, raices, derechos presentes y futuros &c. [*En seguida las cláusulas generales.*]

Esta escritura se puede presentar al juez de la testamentaría para que la apruebe, aunque no es necesaria su aprobacion, por ser mayores de veinte y cinco años los herederos, y poder obligarse como quieran; pero si todos ó algunos de ellos fueren menores, se ha de impetrar licencia del juez para otorgarla, con intervencion de su curador de bienes ó de pleitos que debe concurrir al otorgamiento, y de que le ha de proveer no teniendo edad para nombrarle; pues si la tiene ha de obligársele á que le nombre; y no queriéndo hacerlo, se nombrará de oficio por su contumacia. Ademas ha de preceder informacion de si es ó no útil al menor; y despues de otorgada con las cláusulas y renuncias correspondientes á los contratos de menores, explicadas en los capítulos 2 y 29 del título 4 libro 2 de esta obra, se le presentará para su aprobacion: lo cual ha de practicarse tambien siendo algun heredero loco ó fatuo. En la escritura se han de relacionar y unir á su protocolo los autos originales que precedieren, insertándose tambien el de su aprobacion con el pedimento en que se pretenda, en cada una de las hijuelas; excepto que el testador deje hecha la particion sin perjuicio de las legítimas de sus herederos, ó que dipute persona de su confianza para hacerla sin intervencion de juez en la forma arriba expresada.

Si hubiere habido pleito sobre los derechos de alguno de los interesados, y ántes de concluirse se transigiere acerca de ellos; se hará relacion de él y del convenio, poniéndose las cláusulas relativas á la estabilidad de las transaciones de que se trata en el capítulo 25 título 4 libro 2. Si no hay bienes raices ni otros productivos, ó aunque los haya, si los interesados mayores estipulan que no han de quedar obligados al saneamiento de los que les salgan fallidos ó se les quiten en juicio, sino que ántes bien han de ser de cuenta y riesgo del despojado su pérdida y menoscabo, sin poder repetir por su importe contra los coherederos, se expresará así omitiendo la cláusula que trata de él. Y si una finca raiz ó redituable se divide entre dos ó mas, como en este caso cada uno debe tener título de la parte que le cupo en ella, se expresará en la escritura; pues á todos se han de entregar copias testimoniadas de dicho título, en las que y en este se pondrán las notas competentes que contengan sustancialmente una misma cosa, quedándose el título original en poder del que lleve la mayor parte, ó sea mayor en edad, el cual se ha de obligar á manifestársele, y permitirles saquen á su costa copias de él con inclusion de la nota que se les ponga, siempre que se les pierdan ó rompan las que se les entreguen, como lo mandan las leyes 7 y 8 tít. 15 Part. 6.

ESCRITURA DE PARTICION.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano de su número y testigos, Pedro y Antonio Lopez, vecinos de tal villa, y

hermanos enteros de Francisco Lopez, difunto, que lo fué de este, y Lorenzo Fernandez, de la propia vecindad, sobrino de este y de aquellos, é hijo legítimo y único de Juan Fernandez y de María Lopez, su muger, tambien difunta, y esta hermana igualmente entera de los tres; y todos los otorgantes, mayores de veinte y cinco años, dijeron: Que el expresado Francisco Lopez, hallándose viudo falleció en tal dia, de tal mes y año sin haber hecho disposicion testamentaria ni dejado posteridad legítima; con cuyo motivo el sr. D. F., juez de esta villa, previno su abintestato, hizo recoger y custodiar sus bienes con toda seguridad, mandó llamar por edictos que se fijaron en ella y en la de los otorgantes, á todos los que pretendiesen tener derecho á ellos por razon de parentesco; y citar á estos por medio de su despacho emplazatorio, como se les citó en persona. A cuya consecuencia acudieron á su juzgado por mi oficio, en donde pende el abintestato, á legítimar su inmediato parentesco con el difunto, y solicitaron los declarase por sus únicos y legítimos herederos, como hermanos y sobrinos enteros suyos, por no haber otros parientes en igual grado de consanguinidad, presentando á este fin los documentos justificativos que lo acreditaban, y aceptando su herencia con beneficio de inventario; y en vista de los documentos é informacion que produjeron, de que en el término prefinido en los edictos no compareció nadie mas pretendiendo derecho á su herencia, y de ser pasado el legal, y mucho mas, defirió á su solicitud ante mí en tal dia, declarándolos por únicos herederos abintestato, con igualdad del mencionado Francisco Lopez, como tales hermanos y sobrinos carnales suyos, habiendo por admitida su herencia con dicho beneficio, mandando se les entregasen sus bienes bajo la obligacion de satisfacer su funeral, y de hacer con la mayor prontitud por su alma los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, de que inmediatamente deberian darle cuenta con justificacion; y dando por libre á F., depositario de ellos, hecha su entrega del depósito que habia constituido, y de la responsabilidad á que estaba obligado; y en virtud de esta declaracion y entrega hicieron inventario solemne y formal con la correspondiente exactitud, de cuantos créditos en pro y en contra se hallaron, los que por evitar dilaciones y mayores gastos resolvieron dividir amigablemente por este instrumento. En cuya atencion para que tenga efecto su convenio en la forma que mas haya lugar en derecho, otorgan que dividen entre sí todos los bienes y efectos inventariados por fallecimiento del expresado Francisco Lopez, con arreglo á lo que por derecho y por la declaracion del auto referido les corresponde, en los términos y con las suposiciones siguientes. [*Aquí se pondrán las suposiciones, cuerpo del caudal, deducciones, liquidaciones y adjudicaciones, por el órden y método que los dos ejemplares*

de particiones judiciales; y concluido todo, proseguirá lo dispositivo en la escritura.]

Y mediante haber examinado muy por extenso los otorgantes ántes de ahora esta escritura, y visto que la particion que incluye está conforme á su convenio y á los derechos que les competen, sin contener el menor agravio en la cuota ni calidad de los bienes distribuidos, ni tampoco error de cálculo ni otro; la aprueban, dan por hecha bien y fielmente con la legalidad que se requiere, y de los aplicados á cada uno de los tres se dan por satisfechos y entregados á su voluntad; y aunque su entrega ha sido real y verdadera, como lo confiesan, por no parecer de presente, renuncian la excepcion &c. [*Proseguirá como la anterior.*]

Aunque esta escritura es diferente en la introduccion de la que precede, no se distingue en lo sustancial para su firmeza; y así proseguirá como aquella, haciendo las declaraciones y obligaciones que correspondan y pacten los interesados, y quitando, mudando ó añadiendo lo conveniente y preciso, segun lo que ocurra. Si el depositario de los bienes los tiene en su poder por convenio de los interesados hasta que se evacue la particion, han de otorgar estos en ella carta de pago á favor suyo, dándole por libre de su responsabilidad y depósito.

El papel que corresponde á las divisiones hechas por abogados partidores para presentarlas á la aprobacion judicial, y para la extension de escrituras en el protocolo, es el del sello cuarto; y para las copias ó testimonios, bien sea de toda la division ó de las hijuelas, el que corresponda segun la cantidad que contengan, como se manda en la real cédula de 12 de mayo de 1824 sobre el uso del papel sellado, inserta en el tomo 1.°

FIN DEL TOMO SEXTO.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

INDICE

DE LOS TITULOS, CAPITULOS Y ESCRITURAS

QUE COMPRENDE EL TOMO SEXTO.

CONTINUACION DEL LIBRO TERCERO.

TRATADO DE LOS JUICIOS DE INVENTARIO Y PARTICION DE HERENCIAS.

Observacion preliminar..... 3

TITULO I.

Del inventario y tasacion de los bienes de la herencia.

CAP. I. *¿Qué cosa es inventario, ante qué personas, cómo, en dónde, de qué bienes, y dentro de qué término debe hacerse, y contra quién prueba ó no?*..... 4

CAP. II. *¿Qué personas estan obligadas á hacer inventario solemne: cuándo deberá el heredero pagar las deudas del difunto, aunque sus bienes no alcancen para todo; y si por la formacion de dicho inventario se entiende haber aceptado ó no la herencia?*... 18

CAP. III. *De la tasacion de los bienes inventariados: ¿cómo y por qué personas ha de hacerse; y en caso de que estas esten discordes y hagan agravio en su valuacion, de qué remedios podrán usar los herederos?*..... 26

CAP. IV. *¿En qué pena incurre el heredero que oculta bienes de la herencia; y cómo se há de proceder en el juicio de ocultacion?*..... 38

TITULO II.

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

CAP. I. *¿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*..... 55

CAP. II. *De los contadores, su oficio y facultades, y de las reglas que deben observar para hacer justificadamente la particion y las adjudicaciones*..... 66

CAP. III. *¿Cómo han de dividirse las cosas individuas, el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí, y las fincas enfitéuticas?*..... 79

CAP. IV. *Método que ha de seguir el contador para formar las cuentas y hacer la liquidacion*..... 85

CAP. V. *Deduccion de los bienes parafernales ó extradotales*.... 95

CAP. VI. *Deduccion del capital que el marido llevó al matrimonio, y de los bienes que durante este heredó*..... 99

CAP. VII. *Deduccion de las deudas. ¿Cuáles habrán de bajarse del caudal inventariado? ¿De dónde se deducirán los derechos de inventario y particion, y si al heredero que defendió la herencia, ó mejoró los bienes de ella, habrán de pagarse las expensas que hizo?*..... 102

CAP. VIII. *Del modo de dividir entre un consorte y los herederos del difunto los gananciales adquiridos durante su matrimonio, y miéntras esté la herencia proindiviso*..... 110

CAX. IX. *Division de las mejoras hechas por los cónyuges en sus bienes libres y vinculados*..... 125

CAP. X. *De la division de los frutos pendientes en los bienes de marido y muger, disuelto el matrimonio, sean libres ó vinculados, háyanlos llevado á este, ó adquirido durante él, uno de los consortes* 131

CAP. XI. *¿Se ha de pagar á los hijos de los bienes gananciales la dote y capital que les prometieron sus padres? ¿Si por muerte de alguno de estos deberán colacionar aquellos todo lo percibido, ó solamente su mitad; y si mejorando el padre á un hijo en el tercio de sus bienes, y en finca lucrada durante el matrimonio, valdrá esta mejora en el todo, ó solo en la mitad correspondiente al mejorante?*..... 140

CAP. XII. *Deduccion de las arras, ó joyas y vestidos que el novio da ú ofrece á la novia*..... 143

CAP. XIII. *¿De dónde deberán deducirse el luto de la viuda y de los herederos del difunto, el vestido ordinario de aquella, y el lecho cotidiano que pertenece al viudo ó la viuda?*..... 149

CAP. XIV. *¿Si los herederos del marido estarán obligados á dar alimentos á su viuda miéntras se hace la particion, y de dónde habrán de deducirse?*..... 156

TITULO III.

De la particion de los bienes del que murió testado ó intestado, entre sus descendientes legítimos, haya ó no mejora: entre los legitimados ó ilegítimos á falta de aquellos; y en su caso entre los descendientes. Division de la herencia cuando el tes-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tador hubiere instituido herederos extraños. Causas por que pueden impugnarse y rescindirse las particiones. ¿Cuándo habrá ó no lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á uno de los herederos ó al legatario?

CAP. I. *¿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*..... 162
CAP. II. *Gastos funerales y otros que deben deducirse del quinto.* 167
CAP. III. *De la division de los bienes del testador entre sus descendientes legítimos cuando mejoró á alguno de ellos*..... 177
CAP. IV. *De la division de frutos de la mejora y donacion hecha en contrato ó en última disposicion: cuándo pertenecen ó no al mejorado ó donatario, ya esten ó no pendientes en la finca consignada; y si este debe ó no restituirlos en caso de revocarla el testador*..... 195
CAP. V. *De la colacion de bienes. ¿Qué es colacion; por qué razon se introdujo; qué se requiere para que tenga lugar; entre qué personas debe ó no hacerse, y cuáles son los bienes colacionables?* 208
CAP. VI. *¿A quién compete la accion para pedir y hacer la colacion? ¿A qué tiempo se ha de atender para ver si la donacion es ó no inoficiosa? ¿Por qué precio se han de colacionar los bienes donados, y si el que los colaciona deberá ó no restituir sus frutos repudiando la herencia?*..... 242
CAP. VII. *¿Si los bienes que los descendientes recibieron en vida de sus ascendientes, y que por su muerte han de colacionar, como tambien de la cuarta marital, deberán ó no deducirse las mejoras hechas, y entregadas ó no á ellos mismos ó á otros mejorados, ántes ó despues de la entrega de los bienes colacionables?*..... 248
CAP. VIII. *De la obligacion que tienen los viudos ó viudas que pasan á segundas nupcias, de reservar á los hijos ó descendientes legítimos de su primer matrimonio la propiedad de cierta clase de bienes*..... 273
CAP. IX. *Observaciones que deberá tener presentes el contador, acerca de los hijos legitimados é ilegítimos, para la sucesion testamentaria de sus padres*..... 278
CAP. X. *Observaciones acerca de la sucesion por testamento de los ascendientes á sus legítimos descendientes. ¿De qué parte de sus bienes podrán estos disponer en perjuicio de aquellos: si de ella se han de sacar ó no los gastos de su funeral y legados; y últimamente si tendrá lugar la colacion entre los ascendientes?*..... 284
CAP. XI. *Observaciones acerca de los legados: modo de deducirlos: ¿si los hechos por el testador á su muger, acreedores, y tutor que nombra, se compensarán ó no con la dote y gananciales de la muger, con lo debido al acreedor, y con la décima correspondiente al tutor*..... 289
CAP. XII. *Division de los frutos de la finca que vendió el testador, y no entregó al comprador, idem de la finca enfitéutica, caso que el enfitéusis de nominacion haya de volver al señor del dominio directo por muerte del enfitéuta. Idem de los frutos y pensiones de beneficios eclesiásticos entre los herederos del beneficiado y el sucesor. Idem de los frutos pendientes del mayorazgo entre el sucesor y los herederos del poseedor. Idem de los frutos que el usufrutuario deja cogidos ó pendientes*..... 311
CAP. XIII. *De la sucesion de bienes libres entre ascendientes, descendientes y transversales cuando mueren abintestato, ¿qué deberán distribuir unos y otros por el alma del difunto? ¿Si en caso de duda debe graduarse la sucesion testamentaria por la regla del abintestato?*..... 325
CAP. XIV. *Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de la division de la herencia, cuando el testador hubiere instituido herederos extraños*..... 333
CAP. XV. *De las causas por que pueden impugnarse y rescindirse las particiones*..... 335
CAP. XVI. *¿Cuándo habrá ó no lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos, ó al legatario á quien se adjudican?*..... 342

FORMULARIO DEL TRATADO DE INVENTARIOS.

DEL MODO DE EXTENDERSE EL INVENTARIO Y TASACION DE BIENES DE DIFUNTO.

Inventario á instancia de parte.

Pedimento con su auto y notificaciones..... 42
Notificacion, aceptacion, juramento y demas diligencias relativas al curador..... 43
Primer dia de inventario..... 46
Conclusion del inventario, y juramento y protesta del que lo hizo... 48
Tasacion de bienes..... id
Nombramiento de tasadores..... 49
Notificacion á un tasador..... id
Primer dia de la tasacion..... id
Inventario de oficio por muerte abintestato..... 51
Auto para prevenir un abintestato..... id

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Fe de muerte del cadáver, y requerimiento á la viuda para la entrega de las llaves..... 52
Informacion sobre la identidad del difunto..... id
Auto para que se dé sepultura al cadáver y se inventarien los bienes 53
Sobre declarar á un pariente del difunto por su heredero abintestato 54

APENDICE.

MODELOS O EJEMPLARES DE PARTICION.

Primero. *Particion de los bienes que dejó un marido, entre su viuda é hijos de ambos con mejora y colacion*..... 347
Segundo. *Particion de los bienes del marido entre su viuda é hijos de dos matrimonios con reserva, mejora y colacion*..... 362
Particion extrejudicial hecha por los mismos herederos, y reducida á instrumento público..... 389

FIN DEL INDICE.

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

