

fondo fué adoptado por la ley 7, título 22, Partida 3: "El Judgador non ha porque facer gran escodriñamiento, si non oirlo é librarlo llanamente: dando la mujer pruebas ó presunciones que era mujer legitima del difunto, é que fincara preñada del magüer las pruebas fuessen dubdosas, é non lo dixesen claramente."

ARTICULO 795.

El juez procederá sumariamente en el punto de alimentos, resolviendo las dudas en sentido favorable al póstumo (1).

Conforme con la citada ley 7 de Partida, y la 1, párrafo 14, título 9, libro 37 del Digesto: "El Judgador debe librar el pleito por sentencia llanamente magüer non sepa de rayz la verdad:" *summatim de re cognoscat: si dubitari de re poterit operam daret ne prejudicium fiat ei quod in utero est:* pero esto corresponderá al Código de procedimientos civiles.

ARTICULO 796.

Si la viuda tiene otros hijos de su difunto esposo, que sean todos menores de edad y estén bajo su potestad, continuará en la administración de los bienes hereditarios.

En otro caso se estará á lo que acuerden los coherederos del póstumo; y, si no se avienen, dará el juez la administración provisional bajo fianza á uno de los coherederos, pudiéndolo ser la mujer en el caso de que represente como tutora á algun coheredero.

Si los interesados son tales que deben ser escludidos por el póstumo caso de nacer y ser de vida, el Juez nombrará administrador provisional bajo fianza (2).

1. El juez decidirá de plano todas las cuestiones relativas á los alimentos, en sentido favorable á la viuda.—Art. 3904, tit. 5, cap. 1, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. La viuda que estuviere en ejercicio de la patria potestad, continuará en la administración de los bienes que correspondan á los menores.—Si no tuviere hijos, ó fueren mayores, el albacea administrará los bienes; salvo lo dispuesto en el artículo 2201, que dispone que muerto uno de los cónyuges, continuará el que sobreviva, en la posesion y administracion del fondo social, con intervencion del representante de la testamentaria, mientras no se verifique la particion.—Arts. 3905 y 3906, tit. 5, cap. 1, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

Los motivos de este artículo, que es contrario al derecho Romano y al nuestro, pueden verse en el apéndice: el primer párrafo del artículo se funda en el 164, que atribuye á la madre la patria potestad con todos sus derechos y obligaciones sobre sus hijos menores: de consiguiente, tendrá la administracion de los bienes á nombre de estos.

ARTICULO 797.

Para las diligencias del artículo anterior, será citada la viuda, y oida en caso de mostrarse parte. (1)

Es una consecuencia del artículo anterior, la viuda es interesada por la sola presuncion y esperanza de maternidad; debe, pues, ser citada y oida.

ARTICULO 798.

Hasta que la viuda en cinta haya parido ó abortado se suspenderá la division de la herencia entre los coherederos del póstumo, sin perjuicio de que sean pagados los acreedores por el administrador, previo mandato judicial, cuando aquel no sea uno de los coherederos (2).

Los motivos de la primera parte del artículo pueden verse en el apéndice: en cuanto á la segunda, el coheredero administrador es tan interesado como el vientre en no pagar créditos ilegítimos, y por esto se le dispensa de la necesidad del mandato judicial.

ARTICULO 799.

Verificado el parto ó aborto, el administrador judicial cesará en su cargo y dará cuentas á los que resulten ser verdaderos herederos (3).

Tandiu autem venter in possessionem esse debet, quamdiu aut pariat aut abortum faciat aut certum sit cum non esse pregnantem. párrafo 17, ley 1, título 9, libro 37 del Digesto.

1. Para cualquiera de las diligencias que se practiquen conforme á lo dispuesto en este capítulo, deberá ser oida la viuda.—Art. 3908, tit. 5, cap. 1, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. La division de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto; mas los acreedores podrán ser pagados con mandato judicial.—Art. 3907, tit. 5, cap. 1, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

3. Véase la anterior nota.—N. de los EE.

Nuestras leyes de Partida solo hablan de la sucesion intestada, y cuando el vientre ha de heredar á su padre: nuestro artículo es más explícito y absoluto, siguiendo en esto al Derecho Romano que comprendia tambien las herencias testamentarias, y el caso de línea colateral como el de la recta descendente.

Advierto por último, que, así como el artículo 103 sobre la legitimidad ó ilegitimidad de los hijos se aplica al caso de separacion definitiva ó provisional por divorcio, así tambien deben aplicarse respectivamente al mismo las disposiciones de este capítulo, segun se dispone en el artículo 81, número 6: el título 4, tantas veces citado, libro 25 del Digesto, en su ley 1, habla espresa y principalmente de este caso.

SECCION I.

DE LOS BIENES SUJETOS Á RESERVA (*)

Entre los Códigos modernos solo el Sardo admite la reserva, y la encierra en tres artículos.

En el 146 dice: "El que, teniendo hijos de un primer matrimonio, contrae segundo, está obligado á reservarles la propiedad de todo lo que haya recibido del difunto esposo á título de regalo, en virtud de convenciones matrimoniales, ó por donaciones, instituciones ó legados."

147: "La propiedad de los bienes antes designados pasa, no obstante toda renuncia general y sin distincion de sexo, á los hijos del primer matrimonio ó á sus descendientes, con tal que sobrevivan al padre ó á la madre binubos, aunque no sean sus herederos, ni del padre ó de la madre antes muerto; sin embargo, si uno de los hijos habia sido justamente desheredado por el esposo difunto, su porcion acrece á los otros hijos del primer matrimonio.

Pero si el desheredado fuere el único hijo ó descendiente que hubiera sobrevivido, adquirirá la propiedad de los mencionados bienes, á pesar de su desheredacion."

* Véase el apéndice sobre esta materia, número 13, donde dice "Bienes reservados" que contiene el origen y los motivos de toda esta Seccion.

TOM. II.

148: "La disposicion de los dos artículos anteriores no es aplicable al caso en que el difunto esposo haya declarado espresamente en las capitulaciones matrimoniales ó por acto de última voluntad, que el sobreviviente conservará la propiedad de los tales bienes aun cuando repita matrimonio."

ARTICULO 800.

El viudo ó viuda que pasase á segundo matrimonio, estará obligado á reservar á sus hijos ó hijas y descendientes legítimos del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte, por testamento, donacion, ú otro cualquier título lucrativo, incluso el de su legitima; pero no su mitad de bienes gananciales.

Conforme con la ley 3 y siguientes, título 9, libro 5 del Código, y con las 2, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo; 1, título 2, libro 3 del Real; 26, título 13, Partida 5, 6 y 7 Recopiladas, título 4, libro 10.

El objeto de esta disposicion, mas que vengar la pretendida injuria hecha á la memoria del difunto esposo, es el favorecer á los hijos del primero, generalmente postergados por el padre ó madre binubos: véase el apéndice.

Descendientes legítimos: pero estos sucederán por el derecho de representacion, segun lo establecido en la Seccion II, del título 2 anterior.

Pero no su mitad: conforme con la ley 6 Recopilada; el cónyuge adquiere la propiedad de su mitad de gananciales desde luego que se hacen, y la adquiere por su derecho propio por la sola disposicion de la ley á virtud de un contrato de sociedad; y muchas veces el cónyuge binubo habrá sido el autor de las ganancias.

ARTICULO 801.

La disposicion del artículo anterior comprende tambien los bienes que el viudo ó viuda adquirió de uno de los hijos ó hijas del primer matrimonio por alguno de los títulos espresados, y los que hubo de los parientes del difunto consorte por consideracion á este.

Véase lo espuesto en el número 6 del apéndice, que comienza: "Respecto de los bienes

procedentes de uno de los hijos del primer matrimonio.”

Los que hubo de los parientes, etc.: Véase lo espuesto en el número 5 del apéndice: este punto era muy dudoso en Derecho Romano y Patrio; cortando dudas y cuestiones, se hace un beneficio.

ARTICULO 802.

La reserva tiene lugar, aunque el difunto consorte haya autorizado al viudo ó viuda para repetir matrimonio, y este haya sido contraído con anuencia de los hijos del primero: tiene tambien lugar aunque el padre ó madre haya vuelto á enviudar y muera en tal estado.

En cuanto á la primera parte del artículo, véase lo espuesto en el número 12 del apéndice; y en cuanto á la segunda del cónyuge binubo que vuelve á enviudar y muere en tal estado, véase lo espuesto en el número 10.

ARTICULO 803.

Cesa la obligacion de la reserva, cuando los hijos del primer matrimonio, mayores de edad, renunciaron espresamente á ella, y en las cosas que dejaron ó donaron á su padre ó madre, sabiendo que estaban ya segunda vez casados.

Cada cual puede renunciar al beneficio ó derecho establecido en su favor: en el segundo caso del artículo es tambien evidente la voluntad del hijo sobre eximir de la reserva, lo que dona ó deja á sus padres binubos.

ARTICULO 804.

Cesa además la reserva, si, al morir el padre ó la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primero, aunque existan sus herederos.

Conforme con la Novela 2, capítulo 2; con la 22, capítulo 26, y con la ley 3, párrafo 1, título 9, libro 5 del Código: el objeto de la reserva es favorecer á los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio, no á sus herederos, respecto de los cuales no obran las consideraciones porque fué introducida.

ARTICULO 805.

A pesar de la obligacion de la reserva, puede el padre ó madre, segunda vez casado, mejorar á cualquiera de los hijos del primer ma-

trimonio, conforme á lo dispuesto en los artículos 652 y 654.

Por la citada ley 3, título 9, libro 5 del Código, se hallaba establecido esto mismo; pero fué corregido por la Novela 22, capítulo 25, de donde fué tomada la auténtica de la misma ley. *Lucrum hoc aequaliter inter liberos lege distribuitur, non arbitrio parentis permittitur:* en el número 7 del apéndice doy los motivos de esta innovacion.

ARTICULO 806.

Si el padre ó madre no hubiere usado, en todo ó en parte, de la facultad del artículo anterior, los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio sucederán en los bienes de la reserva por las reglas prescritas en la Seccion primera, capítulo 2 del título anterior, aunque á virtud de testamento hubieren heredado desigualmente al cónyuge premuerto, ó hubieren renunciado ó repudiado su herencia.

El hijo desheredado justamente por el padre ó por la madre, pierde todo su derecho á la reserva; pero si tiene hijos ó descendientes legítimos, será representado por ellos.

En el caso de este artículo suceden los hijos y descendientes por derecho propio, y por la sola disposicion de la ley. No debe por lo tanto tenerse en cuenta si heredaron ó no, y por partes iguales ó desiguales, al padre ó á la madre que primeramente murió, ó al viudo ó viuda binubos.

El hijo desheredado: conforme con la ley 10, del libro y título del Código mencionados, y con el artículo 147 Sardo, citado en cabeza de esta Seccion: pero nuestro artículo guarda consecuencia con los 623 y 673, pues, aunque aquí no se trata de la legitima, sino de bienes reservados, hay sin embargo los mismos motivos de equidad para que la desheredacion del padre no perjudique á sus hijos inocentes.

ARTICULO 807.

El viudo ó viuda, al repetir matrimonio, harán inventariar todos los bienes sujetos á reserva y tasar los muebles.

Está conforme en cuanto á los bienes muebles con la ley 6, párrafo 1, título 9, libro 5 del Código, que es minuciosa en este par-

ticular: la tasacion en los muebles es necesaria por su mayor facilidad en desaparecer ó deteriorarse, y porque segun el artículo 809, son válidas sus enagenaciones.

ARTICULO 808.

La enagenacion que, de los bienes inmuebles sujetos á reserva, hubiere hecho el viudo ó viuda, antes ó despues de contraer segundo matrimonio, subsistirá únicamente si á su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero.

La citada ley 6, hablando de las cosas inmuebles, dice: *usufructu dumtaxat vitae suae temporibus potiat, alienatione earum penitus interdicta;* pero no hay exactitud en comparar este caso al de un simple usufructuario que no tiene ni derecho eventual ni esperanza á la propiedad; y por el contrario, el cónyuge binubo la adquirirá irrevocablemente en el caso del artículo 804, y entretanto la conserva aunque revocable y pendiente de aquel evento ó condicion: por otra parte, hay interés público en la estabilidad de los contratos, y ningun perjuicio pueden sentir los hijos del primer matrimonio, en que subsistan las enagenaciones, para cuando ni vivan ellos ni existan descendientes legítimos suyos.

ARTICULO 809.

Las enagenaciones de los bienes muebles, hechas antes ó despues de contraer segundo matrimonio, son válidas.

Conforme con la citada ley 6 del Código, *erit licitum parti quae fidejussionem praebuerit his rebus mobilibus uti frui, eisdemque dare mutuo, vel obligare vel vendere:* la tasacion que de ellos se hace y la seguridad del artículo siguiente alejan todo peligro; y por otra parte la naturaleza de los muebles los hacen mas favorables en ciertos casos, como se vé en los artículos 892 y 1178, y en todo el capítulo 5 del título 24.

ARTICULO 810.

El viudo ó viuda al repetir matrimonio, deberán asegurar con hipoteca:

1° *La restitucion de los bienes muebles no enagenados, en el estado que tuvieren.*

2° *La devolucion del precio que recibió por los bienes muebles enagenados ó el valor que tenían al tiempo de la enagenacion, si ésta se hubiere hecho á título lucrativo.*

3° *La devolucion del precio de los bienes muebles consumidos antes ó despues de repetir matrimonio.*

4° *La devolucion del precio al adquirente de los bienes inmuebles que hubiere enagenado antes de repetir matrimonio.*

5° *La buena administracion de los bienes inmuebles no enagenados.*

La misma ley 6 del Código no exige hipoteca sino *“idoneam fidejussionem, quod eadem res mobiles vel earum pretium filiis et filiabus ex eodem matrimonio procreatis vel post mortem eorum nepotibus et neptibus ex eisdem liberis procreatis sive omnibus sive uno omnave superstite mori contigerit, secundum legum modum restituat.”* La hipoteca ofrece mayor seguridad; vé el artículo 1787, número 6.

Número 1. *En el estado que tuvieren:* y el importe de los deterioros por culpa ó negligencia.

Número 4. *Antes de repetir matrimonio:* el adquirente merece en este caso por su buena fé que se provea á su seguridad: el que los adquiere despues de repetido el matrimonio sabe ya que los ha de perder quedando hijos ó descendientes legítimos del primero.

Número 5. El cónyuge binubo no debe ser de mejor condicion que el padre ó madre en los bienes adventicios de sus hijos; y ambos tienen esta misma obligacion segun los artículos 156, y el número 5 del 1787.

ARTICULO 811.

Las diligencias de inventario, tasacion y constitucion de hipoteca, se practicarán con intervencion de los interesados en ellas.

Conforme con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1842.

ARTICULO 812.

No pudiendo dar hipoteca el viudo ó viuda, se observará lo dispuesto en el artículo 450.

En esta parte el padre ó madre binubos

son equiparados al simple usufructuario, porque en uno y otro caso hay los mismos peligros y temores, y la misma imposibilidad de asegurar por otro medio los derechos de los propietarios.

ARTICULO 813.

Lo dispuesto hasta aquí para el caso de segundo matrimonio, rige igualmente en el tercero y ulteriores.

En el caso de tercero ó ulterior matrimonio *utraque soboles proprii accipiet patris antenuptialem donationem*, Novela 22, capítulo 29; es decir, que los hijos de cada matrimonio adquirirán lo que el cónyuge binubo tenia de su respectivo padre ó hermano: está pues conforme el artículo con la Novela citada.

Lo está igualmente con la ley recopilada 6, título 4, libro 10 (14 de Toro), *aunque casen segunda ó tercera vez ó más*: y en efecto, los motivos de la reserva á favor de los hijos de primer matrimonio, cuando se pasa a segundo, obran igualmente á favor de los hijos de éste cuando se pasa á tercero, y así sucesivamente.

ARTICULO 814.

El viudo ó viuda que, en tal estado, tuviere un hijo natural y le reconociere ó se declare judicialmente ser suyo en los casos que á esto haya lugar, se tendrá por segunda vez casado para los efectos de la reserva.

Véase lo expuesto en el artículo 161, aunque realmente el caso de allí es algo diverso.

Véase también lo expuesto en el número 13 del apéndice, número 10, donde me incliné á la opinion de Antonio Gomez, contraria á la de otros autores, que ha sido sancionada en este artículo.

Y en verdad que, derogada por la ley 9 de Toro, hoy recopilada 5, título 20, libro 10, la 11, título 13, Partida 6, que igualaba á los hijos ilegítimos con los legítimos para heredar á la madre, y no pudiendo ya ésta, así por la legislación vigente como por el nuevo Código, dejar al hijo natural más que el quinto disponible á favor de estraños, no

se descubre hoy la necesidad de la reserva en el caso del artículo.

La Comision opinó de otro modo: más para guardar consecuencia con el artículo 161, y evitar pleitos escandalosos entre padres é hijos, fijó como tipo ó condicion indispensable la existencia de un hijo natural, ó declarado judicialmente ser suyo, segun los artículos 131 y 132.

Limitada la reserva á este solo caso, no se hace entre *viudo y viuda* la distincion que en el artículo 161, y que aun en esta materia han admitido unánimemente los intérpretes, "quia sexus muliebris est debilior et fragilior; unde cum illo vitio et improba vita praesumitur: masculus vero constantior et fortior est, et in eo non tantum exardet stimulus et concupiscentia carnis;" Gomez; número 14, á las leyes 14, 15 y 16 de Toro.

SECCION II.

DEL DERECHO DE ACRECER.

ARTICULO 815.

En las herencias sin testamento la parte del que repudia acrece siempre á sus coherederos (1).

1. Derecho de acrecer es el que la ley concede á un heredero para agregar á su porcion hereditaria la que debia corresponder á otro heredero.—Para que en las herencias por testamento tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere:—1º Que dos ó más sean llamados á una misma herencia ó á una misma porcion de ella, sin especial designacion de partes:—2º Que uno de los llamados muera ántes que el testador, renuncie la herencia ó sea incapaz de recibirla.—No se entenderá que están designadas las partes, sino cuando el testador haya mandado expresamente que se dividan ó las haya designado con señales físicas; mas la frase *por mitad ó por partes iguales*, ú otras, que aunque designan parte alicuota, no fijan ésta numéricamente, ó por señales que hagan á cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer.—Si la falta del coheredero acaece despues de haber aceptado la herencia, no hay lugar al derecho de acrecer, y su parte se trasmite á sus herederos, salvo lo prevenido en el artículo 3922.—Si los herederos son forzosos, el derecho de acrecer solo tiene lugar cuando la parte de libre disposicion se deja á dos ó más de ellos ó á alguno de ellos y á un estraño.—La mejora que se deja á un solo heredero forzoso, ó á varios sin el requisito que se exige en la fraccion 1ª del artículo 3915, acrece á los demas coherederos.—Los herederos á

Es una consecuencia forzosa de lo establecido sobre el órden de heredar en el capítulo quienes acrece la parte caduca, suceden en todos los derechos y obligaciones que tendria el que no quiso ó no pudo recibir la herencia.—Los herederos solo pueden repudiar la porcion que acrece á la suya, renunciando la herencia: á no ser que sean herederos forzosos.—Arts. 3914 á 3921, tit. 5, cap. 3, lib. 4, cód. civ. vigente.

La comision dice: que no faltan opiniones que repueben el derecho de acrecer, sosteniendo: que la parte del heredero que falta debe pertenecer á los herederos abintestato: que ella conviene en que este principio tiene un fundamento racional; porque lo es el que prescribe que la parte en que no hay heredero, corresponda á la sucesion legítima. Pero que debe tenerse muy presente, que ese mismo principio tiene por base la falta material de institucion, y que estenderlo á la falta accidental de la persona instituida, no es del todo conforme á las presunciones que en esta materia sirven de punto de partida á la legislación.

Agrega la misma comision: que cuando un hombre muere sin hacer testamento, puede muy bien presumir la ley, que la voluntad del difunto debió ser, que gozasen sus bienes sus parientes, atendidos los sentimientos naturales del corazon. Mas cuando ha instituido por herederos á individuos determinados, no solo ha manifestado que su voluntad era que los instituidos gozasen de sus bienes, sino que no los disfrutasen las personas llamadas por la ley: porque el simple acto de nombrar un heredero importa la exclusion de los demas; y por consiguiente, no es cierto que deba valer la presuncion de voluntad cuando falta la persona, del mismo modo que cuando falta la institucion.

Dice también la expresada comision: que por este motivo, y debiendo más bien suponerse, que al nombrar el testador á dos personas, quiso beneficiar á entrambas, ella sostuvo el derecho de acrecer con las limitaciones y condiciones que para evitar dificultades le parecieron convenientes.

Además estableció la citada comision que entre los herederos forzosos, no pueda tener lugar el derecho de acrecer más que respecto de las mejoras; puesto que en cuanto á la legítima, no se dividirán los unos la parte de los otros en virtud de este principio, sino con el más respetable carácter de herederos necesarios.

Por último, á dicha comision le pareció más conveniente fijar de un modo claro el sentido de ciertas frases comunmente usadas en los testamentos, para que no se dude nunca de los casos en que debe tener lugar el derecho de acrecer; y que lo dispuesto respecto de herederos, debe de regir respecto de los legatarios; y que en todo caso, el testador es libre para prohibir ó modificar el derecho de acrecer; porque en este supuesto habrá ya una norma segura que manifieste claramente la voluntad del dueño, siempre que no se oponga á las legítimas de los herederos

talo 2 del título anterior: ¿á quién puede ir la parte repudiada, sino á los llamados por la ley para heredar al que murió sin testamento?

ARTICULO 816.

En las herencias sin testamento el derecho de acrecer solo tiene lugar cuando dos ó más son llamados por el testador á una misma herencia ó á una porcion de ella, sin designacion especial de partes á cada uno de los llamados.

En tal caso la parte del que no quiere ó no puede aceptar acrece á la del coheredero ó coherederos con las mismas cargas y obligaciones.

El coheredero ó coherederos no pueden aceptar su parte personal y renunciar la que acrece, ni al contrario (1).

La cuestion sobre el derecho de acrecer fué de las más difíciles y perplejas de la legislación Romana. Entre los herederos era una necesidad del derecho, porque nadie podía morir testado en parte, y en parte intestado: así es que tenia lugar aunque el testador la hubiese prohibido.

En los legados, por el contrario, procedia de la sola voluntad presunta del testador que, legando una misma cosa á muchos, daba á entender que preferia á cada uno en el todo de ella si faltaban los otros; pero esta presuncion cedia á la voluntad expresa, forzosos, respecto de las cuales no consiente la ley más alteraciones que las que ella misma tiene señaladas.—N. de los EE.

1. El artículo 3926, capítulo 3º, título 5º, libro 4º, código civil vigente, dispone: que en las herencias sin testamento se observará lo prevenido en los artículos 3848, 3849 y 3851, citados en las notas de fojas 142 y 143; y cuyos artículos establecen que: si hubiere varios parientes en un mismo grado, y alguno ó algunos no quisieren ó no pudieren heredar, su parte acrecerá á los otros del mismo grado; salvo el derecho de representacion cuando deba tener lugar.—Repudiando ó no pudiendo suceder el pariente más próximo, si es solo, ó todos los parientes más próximos, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante ó incapaz.—Los hijos y descendientes del incapaz ó del que haya sido desheredado, no serán escludidos de la sucesion por esas causas aun viviendo sus padres ó ascendientes, si fueren llamados por derecho propio; pero si lo fueren solo por derecho de representacion, únicamente podrán reclamar la legítima del incapaz ó desheredado.—N. de los EE.