

Esta no se extiende al poseedor, que como tal, y no como heredero, formaliza el inventario, porque la ley solo habla de los herederos. Pero no son responsables estos, si el inventario en que se han ocultado los bienes no lo ejecutan por sí, sino por medio de procurador, apoderado ó dependiente.

Si uno de los herederos, despues de aceptada la herencia, sustrae alguna cosa de ella, no puede reputársele por verdadero ocultador; aunque sí tienen derecho los acreedores á exigir que se les indemnice de las cosas sustraídas ó su importe.

Si no quisiere proponerse la demanda de ocultacion, para evitar escándalos, ó por otro motivo, puede el demandante implorar el oficio del juez, pidiendo que tales bienes no inventariados (señalando los que sean), se incluyan y dividan, en cuyo caso debe mandarlo así el juez, y apremiar para ello al ocultador.

Este juicio debe proponerse y seguirse ante el mismo juez que haya prevenido y conozca de la testamentaria, si no se ha concluido aun la particion de bienes; pero estando esta finalizada y aprobada, puede entablarse ante el mismo juez, ó el del partido respectivo del fuero ó jurisdiccion del ocultador de los bienes.

Si la ocultacion se ha hecho con malicia, y con ánimo de defraudar á los demas herederos, puede tambien intentarse, y seguirse en pieza separada, el competente juicio criminal, y su resultado habrá de influir en la ampliacion ó ratificacion del inventario ejecutado.

## CAPITULO V.

### DE LOS APRECIOS Ó AVALÚO DE LOS BIENES INVENTARIADOS.

Aprobados los inventarios, ó formadas piezas separadas para sustanciar las reclamaciones que acerca de ellos se hubieren intentado, comienza el segundo período del juicio, que es el de los apreciós ó avalúo de los bienes (1). A este efecto debe el

(1) Art. 440 de la ley de enjuiciamiento civil.

juez mandar convocar á los interesados á otra junta, para que en ella nombren de comun acuerdo peritos que procedan desde luego á ejecutar el justiprecio del caudal inventariado; y si no estan conformes, tienen derecho á nombrarlos:

- 1.º El cónyuge sobreviviente.
- 2.º Los herederos, los cuales deben nombrar un solo perito.
- 3.º Los legatarios, quienes tambien deben elegir uno solo (1).

Pero si concurrieren al nombramiento estas tres clases de interesados deben nombrarse dos solos peritos, uno el cónyuge y otro todos los herederos y legatarios; y si solo concurren herederos, ó estos y los legatarios, y no convienen en la designacion, cada cual puede nombrar uno por su parte (2), y lo mismo cuando concurren herederos; pero si por efecto de las disposiciones del testador, estan los intereses de alguno ó algunos de los herederos en contraposicion de los demas partícipes de la herencia, aun cuando aquellos lo sean de cosa determinada, tienen derecho los que se hallen en dicho caso á nombrar un perito, y otro los demas interesados reunidos (3).

Si los que deben nombrarlos no se pusieren de acuerdo sobre su eleccion, el juez debe proceder á su insaculacion ó sorteo entre los que propongan los interesados, quedando nombrado el que designe la suerte (4).

Lo mismo que dijimos antes respecto del inventario de los bienes que se hallen en otros puntos diversos del de la residencia del juzgado, debemos repetir ahora en cuanto á los apreciós; y es preciso por consiguiente que el nombramiento de los peritos se haga en la forma expresada, ya ante el mismo juez de la testamentaria, si fuese posible, ya ante el que se comisionen para el avalúo en los demas pueblos donde estuvieren los bienes.

(1) Arts. 443 y 444 de la ley de enjuiciamiento civil.

(2) Arts. 445 y 446 id.

(3) Art. 447 id.

(4) Art. 448 id.

Los peritos deben tener las mismas cualidades que expusimos al tratar de este medio de prueba, es decir, el competente título en la ciencia ó arte á que pertenezcan los bienes sobre que hayan de hacer el justiprecio, si la profesion ó arte está reglamentada por las leyes ó por el Gobierno; en cuyo caso si no los hubiere en el pueblo del juicio, puede hacerse venir de los inmediatos; pero si la profesion ó arte no estuvieren reglamentadas, ó estándolo no hubiere peritos titulares en los pueblos inmediatos, pueden ser nombradas cualesquiera personas entendidas, aun cuando no tengan título. Si discordaren en los avalúos, debe el juez mandar que los interesados se pongan de acuerdo para el nombramiento de tercero en el término de segundo día, y si no lo hicieren, sortear el que haya de dirimir la discordia, entre los seis ó mas que paguen mayores cuotas de subsidio de la clase á que los peritos correspondan; recurriéndose para ello, si no los hubiere en el pueblo, á los de los inmediatos, y nombrando el juez en su defecto á cualquier persona entendida, y haciéndose saber á las partes el nombrado ó designado por la suerte (1).

Los peritos y el tercero en caso de discordia deben desempeñar su encargo del modo que previenen las reglas 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> y 13 del artículo 303 de la ley de enjuiciamiento civil, de las cuales ya hicimos mención al tratar de las pruebas en el juicio ordinario (2). Solamente el tercero puede ser recusado, y esto exponiéndose justa causa; y no es lícito á cada parte recusar mas que dos. Respecto á las causas por que pueden ser recusados, tiempo en que ha de hacerse la recusacion y modo de reemplazarlos, debe observarse lo establecido en las reglas 10, 11 y 12 del artículo 303 citado (3).

Por regla general deben tasar los peritos todos los bienes inventariados, menos aquellos cuya exclusion se haya reclamado, los cuales no pueden comprenderse en el avalúo hasta que re-

(1) Art. 449 de la ley de enjuiciamiento civil.

(2) Puede verse en el cap. 9, tit. 1.º de este libro.

(3) Arts. 450 á 452. Puede verse sobre estas recusaciones el cap. 9, tit. 2.º, libro 3.º de la primera parte de esta obra.

caiga ejecutoria declarándolos bien inventariados (1). Tampoco se deben apreciar aquellos cuya inclusion en el inventario se hubiere solicitado, hasta que ejecutoriamente se declare que deben componer parte del caudal (2).

Concluido el avalúo, debe unirse á los autos, y ponerse estos por ocho dias de manifiesto en la escribania para que los interesados puedan reconocerlos; y si trascurrido este plazo no se ha hecho ninguna oposicion, debe el juez mandar que se lleven á la vista, y aprobar los justiprecios, decretando que pase el juicio á su último período, si no se han promovido pleitos sobre inclusion ó exclusion de bienes en el inventario, ó si habiéndose promovido, no se hubieren terminado (3).

Estando aun pendientes dichos pleitos debe esperarse para hacer la division del caudal, á que se concluyan por ejecutoria, salvo en los casos siguientes, en los cuales no debe suspenderse el juicio principal:

1.º Si los interesados estan conformes en que se proceda á la liquidacion y division de la parte del caudal á que no se refieran los pleitos, sin esperar su conclusion.

2.º Si aun no habiendo conformidad, y pidiéndolo alguno de los interesados, el juez estima conveniente que se verifique, quedando completamente á cubierto los derechos de los que se opusieren; lo cual debe procurarlo bajo su responsabilidad. La providencia que sobre este punto dicte, es apelable en ambos efectos (4).

Cuando recaiga sentencia ejecutoria sobre inclusion ó exclusion en los inventarios de algunos bienes, debe procederse en la misma forma á apreciar los que se hayan mandado incluir, ó los que se declare deber continuar inventariados (5).

El avalúo hecho por peritos de nombramiento de los interesados en la forma expresada, causa todos sus efectos para la divi-

(1) Arts. 439 al 441 de la ley de enjuiciamiento civil.

(2) Art. 442 id.

(3) Arts. 453 y 454 id.

(4) Art. 455 id.

(5) Art. 456 id.

sion del caudal, y solamente puede hacerse oposicion á él por dos causas:

1.<sup>a</sup> Por error en la cosa apreciada, ó en sus condiciones y circunstancias esenciales.

2.<sup>a</sup> Por cohecho á los peritos, ó inteligencias fraudulentas entre ellos y alguno ó algunos de los interesados para aumentar ó disminuir el valor de los bienes.

Ningun otro motivo es suficiente para fundar dicha reclamacion (1); pero parece que estos mismos deben serlo tambien, aun en el caso de haber sido aquellos nombrados por el juez ó designados por la suerte.

Si se hiciere oposicion á dichos apreciados por error en la cosa ó en sus condiciones y circunstancias, debe el juez convocar á los interesados y á los peritos á otra junta para que discutan la cuestion promovida, extendiéndose un acta, y firmándola todos los concurrentes, en que se expresen con individualidad y precision los hechos y la opinion ó creencia que sobre ellos hayan expuesto los interesados; y terminada la reunion, debe el juez mandar llevar los autos á la vista, y decretar en ella, si no hubiere habido conformidad en los hechos, que se confiera traslado de la oposicion á los interesados en la reclamacion expresada. Este incidente se sustancia en juicio ordinario, litigando en él unidos los que sostengan unas mismas pretensiones (2).

Pero si por el contrario hubiere habido en la junta conformidad en los hechos, debe el juez cuando haya mandado llevar los autos á la vista, dictar su fallo sin mas sustanciacion acerca del incidente suscitado (3). Esta sentencia es apelable en ambos efectos; y si se interpone el recurso, deben remitirse los autos al tribunal superior, con citacion y emplazamiento de las partes, sustanciándose como los de providencia interlocutoria, y sin admitirse ningun género de pruebas (4).

Si la oposicion hecha al justiprecio se funda en el cohecho ó

(1) Art. 457 de la ley de enjuiciamiento civil.

(2) Arts. 458 á 460 id.

(3) Arts. 462 y 463 id.

(4) Arts. 462 y 463 id.

inteligencia fraudulenta de los peritos, entonces debe sustanciarse el artículo con sujecion á la forma del juicio ordinario; pero oyéndose precisamente al ministerio fiscal, aun cuando haya cesado ya su representacion en la testamentaria, por el interés público de que se averigüe y castigue cualquier fraude que se haya cometido; y si aparece justo motivo para creer que se ha ejecutado alguno de dichos delitos, debe el juez mandar proceder criminalmente contra los culpables (1). Este incidente debe en nuestro concepto seguirse en pieza separada, para no entorpecer el curso del juicio de testamentaria, aunque suspendiéndose en este los efectos del avalúo en la parte que tenga relacion con el punto reclamado, y sometido á la indagacion criminal.

Aprobados los inventarios y apreciados de los bienes, y terminados todos los pleitos é incidentes á que hubieren dado lugar, debe ya procederse á la liquidacion y particion del caudal divisible (2).

## CAPITULO VI.

### DEL NOMBRAMIENTO DE CONTADORES PARTIDORES, Y DE LAS BASES Ó SUPUESTOS DE LAS PARTICIONES.

El período de la division del caudal empieza por una junta que debe mandar convocar el juez, de todos los interesados en la herencia; procurando que en este acto se pongan de acuerdo para el nombramiento de los contadores ó partidores, que pueden ser uno ó dos. Este cargo puede recaer en cualquiera que merezca la confianza de los que los elijan (3).

Pero si en dicha junta no estuvieren conformes en el nombramiento, deben los interesados elegir uno los que sostuvieren una

(1) Arts. 472 y 473 de la ley de enjuiciamiento civil.

(2) Art. 466 id.

(3) Arts. 467 á 470 de la ley de enjuiciamiento civil. La ley 9, tit. 21, lib. 10, de la N. R. prevenia que en Madrid hubieran de ser precisamente abogados los contadores y partidores; pero ha quedado derogado este precepto por la nueva ley.

misma causa y otro los demas, y si aun para esto no pudieren avenirse, corresponde al juez insacular los que todos propongan, y tener por elegido el que designe la suerte (1). No es preciso que los contadores sean abogados: pero si entre los dos elegidos por las partes hubiere discordia, debe el juez mandar hacer saber á los interesados que se pongan de acuerdo para el nombramiento de un tercero en el término de segundo dia; y si no lo hicieren, debe el juez sortear para que la dirima un letrado, de los seis ó mas que paguen mayores cuotas de subsidio entre los del pueblo del juicio, ó no habiéndolos, de los inmediatos. Si el designado por la suerte fuere recusado, debe observarse todo lo expuesto en el cap. 9, tit. 2.º, lib. 3.º de la 1.ª parte de esta obra acerca de la recusacion de los peritos (2).

Elegidos los contadores, debe hacérseles saber el nombramiento para la aceptacion del encargo, y entregárseles los autos y los papeles y documentos relativos al caudal para que procedan á desempeñar su cometido (3). La ley previene que la entrega de estos documentos y papeles se haga por inventario; pero creemos supérflua esta nueva diligencia, cuando ya ha debido hacerse y estar unido á los mismos autos.

Luego que se instruyan los partidores del caudal y respectivos derechos de los interesados, si les ocurre alguna duda, pueden manifestarlo al juez, para que este mande convocar á aquellos á otra junta, á fin de que convengan en lo que crean mas procedente; y si en efecto se conforman, debe hacerse constar en el acta que se extienda al efecto, firmada por todos los concurrentes, y considerar los contadores los puntos convenidos como bases ó supuestos de la liquidacion y division. Pero si no hubiere avenencia entre los interesados, deben aquellos resolver por sí las dudas de la manera que estimen justa, adoptando tambien como supuesto para la particion la resolucion que tomaren (4), y

(1) Art. 471 de la ley de enjuiciamiento civil.

(2) Art. 474 id.

(3) Arts. 464 á 466 id.

(4) Arts. 475 á 477 id.

proceder á formala con arreglo á las doctrinas que pasamos á exponer en los siguientes capítulos.

## CAPITULO VII.

### DE LA DEDUCCION Ó SEPARACION DEL CAUDAL DE LOS CÓNYUGES.

Para proceder con acierto y justicia á la division de los bienes hereditarios entre todos los que tienen derecho á ellos, es necesario observar las reglas legales establecidas sobre este punto y seguir los consejos prudentes y equitativos sentados por los autores y fundados y autorizados por la práctica de los tribunales.

Cuando la particion se hace entre dos ó mas hijos de un solo matrimonio, y no hay mejoras, ni existen los padres, la operacion es sencillísima; pues se reduce á una operacion aritmética que cualquiera puede ejecutar; pero cuando vive alguno de los cónyuges, y hay que deducir su capital respectivo y sus gananciales, entonces estas operaciones suelen ser complicadas, y merecen alguna explicacion. La daremos aunque sucintamente, comenzando por las deducciones que en el capital divisible deben hacerse:

- 1.º De la dote.
- 2.º De los bienes parafernales ó extradotales.
- 3.º De las arras y donaciones esponsalicias.
- 4.º Del capital del marido y de las deudas.

1.º *Deducción de la dote.* En toda particion de bienes hereditarios lo primero que debe deducirse es la dote, si la hubiere llevado la mujer al matrimonio, sobre lo cual conviene recordar algunas doctrinas, que aunque mas propias del derecho civil, tienen inmediata aplicacion en las particiones.

Disuelto el matrimonio, la mujer si sobrevive, ó en falta de ella sus herederos, tienen derecho á que se les devuelva la dote (1); y si ha muerto aquella antes que el marido, dejando hijos, pertenece á estos la propiedad, y al marido y padre el usu-

(1) Ley 31, tit. 11, Part. 4.

fructo, mientras se hallen bajo su potestad, pues saliendo de ella adquieren la propiedad absoluta de los bienes en que dicha dote consista (1).

Si no han quedado hijos del matrimonio, debe restituirse la dote á los herederos de la mujer; y en último lugar al marido:

1.º Si le corresponde heredarla con arreglo á la ley de mostrencos de 16 de mayo de 1835.

2.º Si al contraer matrimonio hubieren pactado los esposos que muerto uno de estos quede la dote para el que sobreviva.

3.º Si fuere costumbre inveterada en el pais que adquiera el marido la dote por muerte de su mujer.

4.º Si esta hubiere cometido adulterio (2).

Pero si fallece el marido antes que la mujer, debe restituirse á ella la dote, sacándose antes que todo del caudal existente.

Estos principios generales son los mas comunes; pero sin embargo, si al contraerse el matrimonio se estipularon condiciones diversas, no contrarias á derecho, ya entre los mismos esposos, ya entre el marido y los padres ó parientes de la mujer que la hubieren dotado, deben los partidores atender á estas circunstancias especiales, examinando para ello los contratos ó capitulaciones matrimoniales y demas documentos que puedan interesar para hacer con acierto y exactitud la distribucion arreglada á lo pactado entre los contrayentes (3).

Para la restitution de la dote se debe distinguir si esta ha sido *estimada* ó *inestimada*: cuando es *estimada*, por haberse apreciado los bienes al tiempo de constituirse como á manera de venta, se ha transferido el dominio á favor del marido, y la restitution no debe hacerse en especie, sino en metálico, sin disminuir el precio, aunque los bienes dotales hayan sufrido deterioro, ni aumentarse aunque hayan tenido algun beneficio. Pero cuando la dote ha sido *inestimada*, ó *estimada* solo con objeto de que se sepa su valor y no como una verdadera venta, deben res-

(1) Leyes 15, tit. 18, Part. 4.ª y 3, tit. 5, lib. 10, N. R.

(2) Ley 23, tit. 11, Part. 4.ª

(3) Ley 21, tit. 11, Part. 4.ª

tituirse los bienes existentes de la misma dote, con las mejoras naturales que tuvieren ó con el quebranto que hubieren experimentado sin culpa del marido (1). Si consiste en ganados, deben reponerse las reses muertas con las que fueren naciendo (2).

Cuando en la escritura dotal se estipuló que se restituyan los mismos bienes, ó bien su precio, á eleccion del cónyuge sobreviviente, asi debe ejecutarse; pero si nada se hubiere concertado sobre esto, corresponde la eleccion al marido (3).

Si por haber este contraido segundo matrimonio hubiere que restituir dos dotes, debe deducirse la primera antes que la última, porque siendo créditos de igual naturaleza y privilegio, es preferible el primero en fecha; mas si existen bienes dotales llevados al matrimonio por la segunda mujer, aunque estuvieren apreciados con estimacion que cause venta, deben ser restituidos á la misma, con exclusion de la primera ó de sus herederos (4).

Nos hemos referido á la dote legitima y numerada que efectivamente haya recibido el marido; pero puede tambien haber sido *confesada*, es decir, puede aquel haber confesado que la recibió, sin que por otro medio conste su entrega. En este caso, si esta confesion la hizo el marido en su testamento ó última voluntad, despues de haber contraido matrimonio y cohabitado con su mujer, no se reputa por dote, sino por manda ó legado (5), y por consiguiente no perjudica á los demas acreedores, ni á las legítimas de los herederos forzosos; y solo tiene efecto ó cabida en el quinto de los bienes, siendo los herederos hijos ó descendientes del difunto.

2.º *Deducion de los bienes parafernales ó extradotales.* Despues de la dote, deben deducirse del cuerpo del caudal inventariado y apreciado los bienes *parafernales* ó *extradotales*, que son los que ademas de la dote lleva la mujer al matrimonio

(1) Ley 18, tit. 11, Part. 4.

(2) Ley 21, id. id.

(3) Leyes 18 y 19, id. id.

(4) Ley 28, tit. 13, Part. 5.

(5) Ley 19, tit. 9, Part. 6.

como suyos propios, ó los que adquiere durante él por cualquier título lucrativo; y se rebajan del acervo comun, porque forman parte del capital privativo de la mujer. Para el reintegro de esta clase de bienes no goza aquella el mismo privilegio de preferencia que de los dotales; pero tiene á su favor una hipoteca tácita en los bienes del marido, el cual está obligado á restituirlos, aunque no se haya comprometido á ello por contrato (1).

Sin embargo, para que el caudal peculiar del marido sea responsable á la devolucion de los bienes parafernales, es necesario que la mujer se los haya entregado con el fin de que cuide de su administracion como de los dotales, en cuyo caso es de cuenta del mismo cualquier pérdida ó deterioro que hubiere habido en ellos; pero no si la mujer se los ha reservado para administrarlos por sí (2).

Deducidos del caudal hereditario los bienes dotales, y los parafernales que la mujer aportó al matrimonio, deben rebajarse ademas los restantes que acredite haber adquirido despues por cualquier título lucrativo, siempre que los hubiere pasado á poder de su marido; pero no si se pactó lo contrario en las capitulaciones matrimoniales.

3.º *Deducion de las arras y donaciones esponsalicias.* Las arras que el esposo dió á la esposa al ir á contraer matrimonio, y que el mismo donador siendo ya marido recibe en su poder y administra como parte del caudal conyugal, siguen la condicion de los bienes parafernales; pero si al hacerse la division de la herencia estuviere la mujer casada en segundas nupcias, debe aplicársele solo el usufructo de las arras y no su propiedad; porque esta corresponde á los hijos del primer marido, y tiene por consiguiente obligacion de reservarla para ellos (3).

Las donaciones esponsalicias ó joyas y regalos que la mujer haya adquirido con arreglo á derecho, deben tambien deducirse del caudal hereditario, despues de sacarse la dote y los bienes

(1) Ley 17, tit. 11, Part. 4.

(2) Dicha ley 17.

(3) Ley 26, tit. 43, Part. 5.

parafernales, por ser propiedad de aquella; y gozan del privilegio de los dotales si hubieren sido incluidos en la escritura de dote. Pero téngase en cuenta que habiendo arras y donaciones de dicha clase no se deben deducir ambas cosas, sino una ú otras, á eleccion de la mujer y sus herederos, de cuyo derecho pueden usar dentro de los veinte dias contados desde el requerimiento del marido ó los suyos para ello, pues pasado dicho plazo corresponde á estos la eleccion (1).

4.º *Deducion del capital del marido y de las deudas.* Rebajados del cuerpo del caudal inventariado la dote y los bienes parafernales y extradotales, deben deducirse los que el marido acredite haber aportado á la sociedad conyugal, y los que haya adquirido por herencia ó por cualquiera otro título lucrativo durante el matrimonio; pero si al hacerse la particion resulta que hay deudas contraidas durante este, debe deducirse su importe antes que el capital del marido, quedando para este solo el residuo, si lo hubiere, hasta completar dicho capital. No sucede lo mismo en cuanto á las contraidas por los cónyuges antes del casamiento, pues estas son de cargo de cada uno de ellos respectivamente, y no deben por tanto salir del capital del marido ni del caudal comun; mas si alguno de los cónyuges no hubiere llevado bienes, sino deudas, y estas se han satisfecho durante la sociedad conyugal, debe descontarse su importe de la mitad de gananciales, si los hubiere.

## CAPITULO VIII.

### DE LA DIVISION DE GANANCIALES ENTRE MARIDO Y MUJER.

Sabido es, que segun los principios de derecho se reputa por *gananciales* todo el caudal del matrimonio, deducidos el capital privativo de cada uno de los cónyuges y las deudas. El importe de dichos gananciales es divisible por mitad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto, aunque aquel ha-

(1) Ley 2, tit. 3, lib. 10, N. R.  
TOMO II.

ya aportado mucho ó todo al matrimonio, y el otro poco ó nada (1); y para formar esta cuenta de gananciales se presumen comunes los bienes que tengan el marido y la mujer, no probando su respectiva pertenencia (2).

Del peculio correspondiente á cada cónyuge, y por consiguiente de sus respectivos gananciales, deben sacarse los gastos que cada cual de ellos haya hecho en alimentar á sus padres respectivos ó á los hijos que hubieren tenido de anterior matrimonio, ó bien en dotar ó hacer alguna donacion *propter nuptias* á los hijos de la misma procedencia, porque ninguno de estos gastos corresponden á la sociedad conyugal.

Si los hijos son del matrimonio de cuya particion de bienes se trata, entonces la dote dada á las hijas, y las donaciones *propter nuptias* hechas á los hijos, deben deducirse de los gananciales antes de dividirse estos, como carga de ambos cónyuges; mas si al conceder el padre dicha dote ó al hacer las donaciones expresadas manifiesta que lo hace por cuenta de la legitima materna que en su dia corresponda al agraciado, entonces no se deducen de los gananciales, sino cuando no alcanza para ello el caudal paterno.

Sin embargo, si ambos cónyuges de mancomun ofrecieron la dote ó las citadas donaciones, es su importe imputable por mitad al capital de cada uno (3).

El lecho cotidiano del matrimonio corresponde al cónyuge sobreviviente, y debe su valor deducirse de los gananciales, procurándose para clasificar lo que se ha de comprender en él, atender á la costumbre del pais, y al rango, riqueza y circunstancias de los cónyuges; y si el sobreviviente pasa á otro matrimonio debe traerlo á particion con los herederos del difunto, en el estado en que se halle (4).

Muy sencilla es la division de los gananciales en los casos comunes y cuando todos los hijos proceden de un mismo matri-

(1) Ley 3, tit. 4, lib. 11, N. R.

(2) Ley 4, id. id.

(3) Ley 53 de Toro, ó 4.ª, tit. 3, lib. 10, N. R.

(4) Ley 6, tit. 6, lib. 6 del Fuero Real.

monio; pero cuando los hay de dos ó mas ofrece á veces grandes dificultades. En este caso es preciso formar dos inventarios, porque en realidad se trata de la liquidacion y particion de dos herencias, una de los bienes del primer matrimonio, con inclusion de la dote de la mujer si la llevó y de cuanto durante él hubiere adquirido, y la otra de todo lo relativo al matrimonio segundo. Lo mismo puede decirse si hubiere habido tercero ó cuarto y existen hijos de ellos.

Difficil es sentar reglas fijas sobre todos los casos que pueden ocurrir; pero mencionaremos los que con mas frecuencia suelen presentarse, y la solucion que se les debe dar.

1.º Cuando constan los bienes que quedaron al fallecimiento de la primera consorte, y lo que corresponde á la misma por su dote, gananciales, si los ha habido, y demas derechos, se descuentan primero el haber de la segunda mujer y despues las deudas contraidas durante el segundo matrimonio; y deducidas estas partidas y lo que llevó á él el marido, se ve qué gananciales quedan, y la mitad de los que resulten se aplica á la segunda mujer con su dote y demas bienes aportados al matrimonio. La otra mitad perteneciente al marido se agrega á los bienes que él llevó al segundo matrimonio, y de su total importe se deduce el haber de la primera mujer ó de sus hijos: luego se rebajan las deudas privativas que tenia el marido antes de pasar á segundas nupcias y las arras de ambas mujeres si las hubiere prometido, aplicando cada cosa de estas á quien se deba, y el residuo es el caudal paterno divisible entre los hijos de ambos matrimonios.

2.º Cuando el marido no llevó bienes en segundas nupcias, pero consta el haber de la primera mujer por su dote y los gananciales que hubo en su matrimonio, se deben deducir primero del cuerpo del caudal la dote ó capital de la segunda mujer, las deudas contraidas durante este matrimonio, si las hubiere, y el resto del caudal inventariado es partible por mitad como gananciales, entre la viuda é hijos del primer matrimonio, tomando estos una parte por razon de la dote y demas haber de su madre, como crédito á que es responsable el padre, y otra parte

por herencia paterna, si deducidas la dote y demas deudas privativas del mismo sobrare algo.

3.º Cuando constan los bienes que respectivamente llevaron á los diferentes matrimonios el marido y sus mujeres, juntamente con los que adquirieron durante la sociedad conyugal, y hubiere suficiente caudal para todo, ninguna dificultad ofrece la particion, pues si el padre fallece estando viudo de la segunda mujer, no hay mas que aplicar á los hijos de esta y á los de la primera, con arreglo á las disposiciones testamentarias de cada una, sus respectivos haberes maternos por dote, gananciales y demas derechos, deduciendo antes los gastos del funeral, exequias y mandas. Lo que despues de esto quede pertenece al padre comun, y debe repartirse con igualdad entre todos sus hijos.

4.º Cuando habiendo llevado el marido al segundo matrimonio bienes suficientes para cubrir el haber de los hijos del primero por sus legítimas y derechos de reservacion les da durante el segundo matrimonio todo ó parte de lo que les corresponde, puede hacerse la cuenta y particion de dos modos:

1.º Agregándose numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, como si existiese todavia en la casa paterna, y deduciéndose la dote y demas bienes de la segunda mujer, el capital del marido con todos los bienes que llevó, esto es, con todos los bienes pertenecientes á los hijos del primer matrimonio por legítima materna; y lo que resulte despues de hechas estas deducciones son gananciales, que se deben dividir entre la viuda y los hijos de ambos matrimonios, herederos estos de su padre.

2.º No agregando lo entregado á los hijos, y considerando el caudal como reducido á menos, y bajar solamente las deudas, el capital del marido, dote, etc., y deducir despues los gananciales.

5.º Si existiendo hijos de dos matrimonios no se hizo inventario ni particion, y por consiguiente no consta si hubo gananciales, y en el caso de haberlos se ignora en cuál de los matrimonios se adquirieron para distribuir entre los hijos procreados en ellos los que correspondan á sus madres respectivas, es muy prudente que los contadores interpongan sus buenos oficios para

facilitar un convenio entre los interesados, lo cual puede hacerse convocándolos á una junta con arreglo al art. 475 de la ley de enjuiciamiento; pero si no pudieren avenirse, es oportuno que observen lo siguiente. Si resulta comprobado que durante alguno de los matrimonios se adquirió parte de los bienes existentes, deben considerarse como gananciales de él, aplicables, mitad á los hijos procedentes del mismo origen, y la otra mitad al padre comun, repartible por lo tanto entre los hijos de ambos matrimonios. Pero si no hubiere ningun medio por donde hacer constar la procedencia de los bienes, no queda otro arbitrio que tener en consideracion cuánto tiempo estuvo el padre casado con cada una de sus mujeres, qué negocios manejó en las respectivas épocas, qué utilidades ó pérdidas tuvo, y todas las demas circunstancias que puedan conducir al descubrimiento de la verdad; y no siendo posible hallarla, hacer la cuenta del modo mas equitativo, consignando las razones, para que al aprobarse la particion por el juez, este resuelva lo que le parezca mas justo.

## CAPITULO IX.

### DE LA DIVISION DE BIENES ENTRE LOS HEREDEROS, INCLUSOS LOS MEJORADOS Y LOS LEGATARIOS.

Hecha la liquidacion del haber de cada uno de los cónyuges, debe procederse á la division del caudal de la persona de cuya sucesion se trata, entre sus herederos. Para ello es sabido que debe distinguirse entre los extraños y los ascendientes y descendientes, pues en cuanto á los primeros el testador es árbitro de dejarles lo que tenga por conveniente, y los segundos tienen su legítima designada por la ley, y por consiguiente está limitada la facultad del testador, que solo puede privarles del quinto.

Cuando los herederos son descendientes, deben salir del quinto los gastos del funeral, sufragios y mandas piadosas en proporcion á las circunstancias de la persona por que se hacen (1);

(1) Ley 12, tit. 13, Part. 1.ª