

de pagarse del cuerpo de bienes, ó en el caso de que ya se haya partido la herencia, se hará á prorata de lo que á cada uno de los herederos, mejorados ó legatarios parciarios, corresponda, porque si el testador los hubiera sacado eso ménos dejaria. Lo mismo debe hacerse en el caso de que la necesidad de nuevas escrituras dimanase de haberse dividido entre dos ó mas personas una finca, pues que estos gastos no aumentan el valor de lo que á uno se le da, y deben considerarse como provenientes de la adjudicacion, que es una operacion de las particiones.

No es ménos importante que la cuestion de que acabamos de ocuparnos la de averiguar por quién deben satisfacerse los gastos que hizo uno de los herederos por defender la herencia, cuidarla y mejorarla, estando aún *pro indiviso*. Es claro que el que hizo tales desembolsos debe ser considerado como acreedor y en concepto de tal, deberá ser pagado del caudal hereditario. Si estuviere ya éste repartido, entónces recaerá la obligacion proporcionalmente en los coherederos, mejorados, legatarios parciarios, y aun en la muger por su mitad de gananciales, si aun continuaban éstos sin segregarse del capital del marido: en esta distribucion de gastos debe ser tambien comprendido por su porcion hereditaria el que los hizo, porque cedieron en beneficio de todos y del suyo igualmente. Mas cuando hablamos aquí de gastos nos limitamos á los necesarios y útiles y no á los voluntarios, con arreglo á los principios generales que fijan el abono de impensas; materia de que no debemos ocuparnos en este lugar. Para que pueda uno de los coherederos pedir parte de los gastos que un litigio le ha ocasionado, ha de haber sido comprendido en utili-

dad comun, y solo será obligado á contribuir á la indemnizacion aquel cuyos intereses hayan sido defendidos, ya considerándose esta obligacion como emanada de un mandato, ya del cuasi contrato de la gestion de negocios ajenos.

63. *Liquidacion y division de gananciales cuando haya habido dos matrimonios.* Hemos hasta aquí considerado la liquidacion y division de los bienes de los cónyuges cuando ha habido un solo matrimonio: doctrinas que son aplicables al caso de que alguno haya pasado á segundas nupcias, debiendo hacerse entónces al finalizar los respectivos matrimonios la liquidacion correspondiente del haber de cada uno de los cónyuges. Mas cuando así no se ha verificado y se hallan confundidos los bienes, ocurren, especialmente habiendo hijos de diferentes matrimonios, mayores complicaciones, porque es menester entónces formar tantas particiones cuantos sean los matrimonios, para que por las diferentes liquidaciones se venga en conocimiento del respectivo haber de cada uno de los cónyuges, y del que en su representacion corresponda á sus descendientes, ó á los que en defecto de éstos, los hereden: el modo de hacer estas liquidaciones es la materia de que vamos á ocuparnos.

No puede darse aquí una regla general y uniforme; las circunstancias varían por lo que el prudente arbitrio de los partidores, siguiendo el espíritu de las leyes y cuidando escrupulosamente que no se confundan con los bienes de uno los que á otro pertenecen, deben tener toda la latitud que requiere el cargo confidencial de que se hallan revestidos.

Sin embargo, para facilitar mas estas particiones creemos conveniente fijarnos en los casos principales á que vienen á

reducirse, los que se ofrecen en la práctica aun á peligro de ser tachados de casuistas. Estos son:

Primer caso. Cuando por documentos que hagan fe en juicio, por convenio ó por confesion de los interesados constan los bienes llevados á los matrimonios respectivos, y los que se adquirieron en la sociedad legal, y haya conocidamente suficientes bienes para todo. Este caso no presenta dificultad alguna: así es, que si un viudo ya de la segunda muger, es la persona de cuya sucesion se trata, no habrá mas que aplicar á los herederos de ésta, y á los de la primera, los haberes que por dote, parafernales, arras, gananciales y demas derechos respectivamente les corresponden, deduciendo las deudas que con arreglo á las doctrinas ántes emitidas, pesan sobre el caudal de la persona á que representan, y los gastos de funeral, misas y legados. Lo que quede despues de deducido esto, es lo correspondiente al marido de ámbas, y debe repartirse entre sus herederos forzosos ó voluntarios con arreglo á lo que la ley previene, y él disponga en los límites que le es permitido.

Segundo caso. Cuando constan los bienes que la muger primera llevó al matrimonio, los que adquirió despues, los gananciales que hubo y la cantidad á que escedía el caudal comun al tiempo de su muerte, y ó no hay ó se duda si hay bienes bastantes para cubrirlo. En este caso se comenzará descontando el capital de la segunda muger y el que el marido llevó á este matrimonio; despues las deudas contraídas durante él, imputándose del modo que hemos dicho; el remanente se considera como gananciales del último matrimonio, cuya mitad, unida al capital aportado por la muger, será para ella ó para sus herederos. La otra mitad perteneciente al marido, se agregará á los bie-

nes que llevó al segundo matrimonio: de su total importe se deducirá el haber de la muger primera, con inclusion de la mitad de gananciales, lo que pertenece á los que ésta dejó por herederos: hecho esto, se bajarán las deudas particulares del marido, y las arras de entrambos, si las hubiese prometido, aplicándose cada cosa de estas á quien corresponda. El residuo será lo que haya que repartir entre los herederos del marido. Debe tenerse presente aquí, que en el caso de que no alcance el caudal inventariado á cubrir las dotes y bienes llevados por las mugeres á los respectivos matrimonios, ha de estarse, como hemos dicho, á la prelacion ó prioridad del tiempo en que se entregaron, con las limitaciones espuestas.

Tercer caso. Cuando consta lo que la muger primera llevó en dote ó por otro título al matrimonio, pero no los bienes que quedaron á su fallecimiento, se seguirá lo mismo que hemos espuesto al explicar el caso anterior, para la separacion de bienes del último matrimonio. De los bienes que hecha esta liquidacion queden al marido, se rebajará y adjudicará á los herederos de la primera muger á quien heredan, y cuántos y cuáles eran. No basta para esta prueba, justificar que algunos bienes se compraron durante el matrimonio, porque podia ser hecho esto con dinero procedente de la dote, parafernales ó capital del marido, sino que es menester acreditar completamente, que cuando murió la primera muger habia bienes suficientes para reintegrar los capitales de ámbos cónyuges, y las deudas contraídas durante la sociedad legal, y ademas un sobrante que perteneciera á la clase de gananciales. Hechas las deducciones espuestas, lo que resta será lo que corresponde al marido, que se adju-

dicará á los que por su voluntad ó por la ley sean sus herederos.

Cuarto caso. Cuando no consten los bienes llevados al primer matrimonio por los cónyuges, pero sí los que quedaron al fallecimiento de uno de ellos. En este caso es claro que todos estos bienes son gananciales, y deben por lo tanto ser por mitad de un cónyuge y de los herederos del otro. Para deducirlos se separarán, como se ha dicho en los casos anteriores, los respectivos capitales que llevaron los cónyuges al segundo matrimonio, las deudas y gananciales de éste. Hecha esta separacion, se sacará lo que toque al padre, y se aplicará á los herederos de la primera muger la mitad de los bienes que quedaron á su fallecimiento, haciendo de ellos las deducciones que puedan corresponder en su caso.

Quinto caso. Cuando habiendo llevado el marido al segundo matrimonio, bienes suficientes para satisfacer á los hijos del primero, sus legítimas y derechos de reservacion, les da durante las segundas nupcias el todo ó parte de lo que les corresponde. La liquidacion puede hacerse de dos modos diferentes:

Primero. Se agregará numéricamente al caudal inventariado, lo entregado á los hijos como si existiere en la causa paterna, se deducirá despues la dote y demas bienes de la muger segunda, el capital del marido con todos los bienes que llevó, y por lo tanto los pertenecientes á los hijos del primer matrimonio por legítima materna, y las deudas contraídas en el segundo matrimonio. Lo que resulta despues de estas deducciones serán bienes gananciales del segundo matrimonio, repartidos entre la viuda de éste y los hijos de ambos matrimonios, que son todos llamados á la sucesion del padre, como sus here-

deros legítimos y forzosos. Liquidado así lo que pertenece á cada uno, por razon del segundo matrimonio, se procederá á hacer la liquidacion del primero, debiendo los descendientes de él traer á colacion y particion de los bienes maternos lo que, conforme á las reglas que mas adelante esplicaremos, corresponda, para que se guarde la igualdad entre todos los herederos. Los hijos del segundo matrimonio nada tienen que ver en la sucesion del padre ó madre que no lo es de ellos, pero entran con los del primero á distribuir entre sí lo que el padre comun ha dejado, porque unos y otros son sus herederos.

Siguiendo el método que acabamos de proponer, pero en lugar de agregar al cuerpo de bienes lo entregado á los hijos, podrá considerarse al capital que el padre llevó al segundo matrimonio, como disminuido con el importe del desembolso que hizo para pagar á los hijos del primero. Estos á su vez harán la liquidacion de la herencia de su madre, para percibir el todo que les corresponda y quedar igualados entre sí, arreglándose á los principios generales que dejamos espuestos.

Sesto caso. Cuando existiendo hijos de dos matrimonios, nada consta acerca de los bienes llevados á cada uno por los cónyuges, ni si hubo ó no gananciales; y en caso de haberlos se ignora en cual de los dos matrimonios se adquirieron, para entregarlos á los hijos procreados respectivamente, los que tocaron á sus correspondientes madres. Este caso es el ménos frecuente, pero el mas difícil y en el que mas que en los otros es menester que el contador interponga sus buenos oficios con el objeto de hacer una division aceptable y equitativa, para poder por medio del asentimiento de todos los interesados,

evitar pleitos costosos y de dudoso resultado. Si constare por escritura pública ú otras pruebas, que durante alguno de los matrimonios se adquirió parte de los bienes existentes, lo considerarán como gananciales de él, y aplicables por lo tanto en su mitad á los hijos entónces habidos, y en la otra mitad como correspondiente al padre comun, y repartible por lo tanto, entre los hijos de ámbos enlaces. Las circunstancias particulares de cada matrimonio, el tiempo de su duracion, las desgracias que sobrevinieron, los negocios á que se dedicó, deben servir para que el partidador calcule con equidad lo que á cada uno corresponde. Si á pesar de todo no se convinieren los interesados, deberá el partidador ponerlo en conocimiento del juez, para que oyéndoles en forma, éste resuelva lo conveniente, y le prescriba las reglas que hayan de servirle de guía para hacer las particiones.

Lo que hemos espuesto respecto de las segundas nupcias, es aplicable al caso de que uno de los cónyuges haya pasado al tercero ó ulterior matrimonio, si bien entónces se hará mas complicada la particion.

64. *Liquidacion y division de bienes entre los herederos, mejorados y legatarios.* Despues de hecha la liquidacion y separacion de los bienes de los cónyuges, en los términos que dejamos espuestos, debe procederse á la particion entre los herederos de la persona de cuya sucesion se trata.

Distintas son las reglas que rigen en este punto, cuando los herederos son ascendientes ó descendientes, y cuando son estraños. La legítima que se debe á los descendientes ó á los ascendientes en su defecto, limita la facultad que el testador tiene respecto de los estraños, de señalar á cada uno la parte que debe tener en la

herencia. En tanto, pues, puede hacer el testador este señalamiento respecto de aquellos, en cuanto que les queda salva la legítima que por derecho les corresponde: mas con relacion á los estraños, la voluntad del testador es la única regla de division que debe seguirse.

Cuando los ascendientes son llamados á suceder á sus descendientes que han hecho testamento, las mandas, gastos del funeral y misas que ordenan los testadores, han de sacarse del tercio de que pueden libremente disponer. Respecto á los gastos del funeral y misas, no faltan autores que aseguren que deben sacarse del cuerpo de bienes, con cuya opinion no estamos conformes. Es verdad que la ley no dice espresamente que estos gastos se saquen del tercio, como cuando habla del quinto en la sucesion de descendientes; pero siendo tan legítimos herederos los ascendientes de los descendientes, como éstos de aquellos, y estando mandado que en la sucesion de descendientes, los gastos de que hablamos se saquen del quinto, para precaver que no se perjudique á los herederos en su legítima, es claro, que cuando los ascendientes sean herederos de los descendientes, se debe observar con ellos la misma disposicion, sin mas diferencia que la de haberse de sacar dichos gastos del tercio que es del que pueden disponer á favor de los estraños: doctrina que encontramos apoyada por autores respetables (1). Los gastos del funeral han de ser proporcionados á las circunstancias de la persona por quien se hacen (2).

En el caso mas comun de que los descendientes sean los que hereden á los ascendientes, pueden presentarse mas com-

[1] Angulo. Covarrubias. Llamas.
[2] Ley 12, tit. 13, part. 1.

plicaciones, dimanadas, ya de la facultad que tienen aquellos de dejar el quinto de sus bienes á favor de su alma ó á quien quisieren, ya de la que tienen de mejorar en el tercio á uno de sus descendientes, ya por último, de las donaciones que con causa ó sin ella hayan hecho á los que tienen derecho á la legítima; donaciones que unas veces se computan como mejora, y otras como legítima anticipada. De todas estas cosas nos ocuparemos con la separacion conveniente.

Cuando el padre no hace mejora á ninguno de sus hijos, pero deja mandas, en tanto deben estas de pagarse, en cuanto quepan en el quinto de sus bienes despues de satisfacer los gastos del funeral y misas que por su alma deja el testador, ó que con arreglo á la costumbre y clase del difunto le hayan mandado hacer sus albaceas; disposicion que tiene lugar aunque él hubiere ordenado en su testamento que se pagasen del cuerpo de bienes (1), porque esto seria un medio de poder minorar la legítima de los descendientes que debe siempre quedar salva.

Cuando el testador hace las mejoras de tercio y quinto debe tenerse presente para su deduccion el valor de la herencia al tiempo de la muerte, rebajadas las deudas hereditarias, porque éstas por sí mismas menguan el capital: las testamentarias no se rebajan porque son carga del quinto. Las donaciones que anteriormente se hubieren hecho, aunque deban venir despues á colacion y particion, no se acumularán para este efecto (2), porque ya se consideran fuera del patrimonio.

Lo primero que debe hacerse cuando los descendientes suceden á los ascendientes y hay varias mejoras, despues de

(1) Ley 9, tit. 20, lib. 10, N. R. que es la 30 de Foro.
(2) Leyes 7 y 9, tit. 6, lib. 10, N. R.: son las 23 y 25 de Foro.

liquidado y dividido el capital de cada uno de los cónyugues en los términos que dejamos espuesto, y de satisfechas las deudas de la sociedad legal, es pagar las de la persona de cuya sucesion se trata, inclusa la cuarta marital en los casos que se deba, y sacar despues el quinto por el motivo piadoso de que generalmente se invierte, en parte á favor del alma del testador, y por la latitud que en medio de la restitution de las legítimas han querido las leyes otorgar á los testadores. Algunos autores, con los que estamos conformes, enumeran dos casos de escepcion, en los cuales el tercio debe sacarse ántes del quinto. Estos son cuando el testador lo hubiere así dispuesto, y cuando la mejora del tercio es irrevocable, ya por ser hecha en trato oneroso, ya por haberse entregado los bienes ó la escritura de ellos ante escribano, al mejorado. Para lo primero se fundan en que la prelacion que tiene el quinto para su deduccion, es en beneficio del testador y que por lo tanto puede éste renunciar á ella, y para lo segundo, en el derecho que adquirió el mejorado anterior al que puedan tener los legatarios ú otros acreedores á los bienes del quinto. De este es de donde deben deducirse las mandas, entierro, funeral y misas.

Deducido el quinto que es preferente por regla general, como acabamos de decir, se saca el tercio que se ha de entregar á la persona mejorada en él. Esta ha de pagar las cargas que á favor de otros descendientes hubiere querido el testador imponer sobre él, ó se ha de distribuir entre los descendientes que él mismo haya designado para obtenerlo.

Lo que resta de la herencia despues de deducidos el quinto y tercio, como legítima de todos los descendientes, debe

de ser repartida con igualdad entre todos ellos teniéndose presente que los nietos que entran en representacion de su padre, que ha fallecido, á percibir su parte en la herencia, han de obtener la misma que obtendria si viviese la persona á que representan, y que por lo tanto, los que son hijos de un mismo padre solo tendrán en la herencia la representacion de una persona. No es de este tratado esplicar la teoria de la sucesion *in capita é in stirpes*.

En el caso de que el testador ascendiente no dispusiera del quinto, pero sí mejorase á alguno en el tercio, se formará un quinto para deducir de él los gastos de funeral, misas y legados: despues se sacará la tercera parte del remanente de dicho quinto, y otra tercera parte del caudal restante para el mejorado; el residuo agregado al sobrante del quinto, será el caudal partible entre todos los herederos.

Pero tanto en los casos en que hay mejoras, como en el que no las hay, y en los de sucesion intestada, puede ocurrir que los descendientes hayan percibido en vida de los ascendientes, donaciones que ó por ser simples y de consiguiente actos de pura liberalidad, deben imputarse primero en el tercio, despues en el quinto y últimamente en la legítima (1); ó por ser con causa y reputarse mas bien como una legítima anticipada, se computan primero en la legítima, despues en el tercio y últimamente en el quinto (2). Para poder ver qué es lo que cada uno de los descendientes ha percibido por estos diferentes conceptos, completarles su legítima ó hacer que restituyan en un caso lo que indebidamente percibieron, por no caber en ella, ni en el tercio, ni en el quinto, se ha introducido la colacion de que pasamos á ocuparnos.

(1) Ley 10, tit. 6, lib. 10, N. R. ó la 26 de Foro.
(2) Ley 5, tit. 3, lib. 10, N. R. ó 29 de Foro.

65. *Colacion*. Esta es la agregacion al cúmulo de la herencia que hacen los descendientes legítimos, de los bienes que recibieron de sus ascendientes, durante la vida de éstos, para que aumentando el caudal así, se haga la division sin perjuicio de las legítimas. De esta definicion se infiere que para que tenga lugar es necesario lo siguiente:

Primero. Que se trate de la division de la herencia entre descendientes, bien haya el ascendiente muerto testado ó intestado.

Segundo. Que á estos descendientes se les deba la legítima; por lo tanto, el nieto que en vida de su padre recibió algo del abuelo, falleciendo éste ántes que el padre, no debe traer á colacion lo que recibió.

Tercero. Que el ascendiente haya hecho en vida donacion á alguno ó algunos de sus descendientes.

Cuarto. Que el descendiente que recibió la donacion quiera ser heredero, porque si repudiase la herencia no estaria obligado á colacionar las donaciones recibidas, aunque sí á restituir lo que escediera de lo que cabia en su legítima, en tercio y en el quinto, porque tales donaciones son inoficiosas y rovocables en cuanto al esceso (1).

Son colacionables todas las donaciones que los descendientes á quienes se les debe la legítima han recibido de sus ascendientes por acto inter vivos. No desconocemos que hay autores que supongan, que las que son mejoras no deben colacionarse. Esto es, en nuestro concepto, un error que conviene evitar. No debe confundirse lo que es *traer á colacion*, y lo que es *traer á particion*; se trae á colacion todo lo que ha sido dado por los ascendientes á los descendientes que

(1) Ley 5 citada,