

## TITULO III.

**DE LA PARTICION DE BIENES DEL QUE MURIÓ TESTADO O INTESADO ENTRE SUS DESCENDIENTES LEGITIMOS, HAYA O NO MEJORA; ENTRE LOS LEGITIMADOS O ILEGITIMOS A FALTA DE AQUELLOS; Y EN SU CASO ENTRE LOS ASCENDIENTES. DIVISION DE LA HERENCIA CUANDO EL TESTADOR HUBIERE INSITUADO HEREDEROS EXTRAÑOS. CAUSAS POR QUE PUEDEN IMPUGNARSE Y RESCINDIRSE LAS PARTICIONES. ¿CUANDO HABRA O NO LUGAR A LA EVICCION DE LOS BIENES QUITADOS EN JUICIO A UNO DE LOS HEREDEROS O AL LEGATARIO?**



### CAPITULO PRIMERO.

*¿Como 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, deberan 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. Asi 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. ¿Cuando 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 legitimo.
12. ¿Si teniendo el padre, madre ó ascendiente cinco ó mas hijos ó descendientes legitimos, podrán disponer del quinto entero á favor de un hijo natural ó espúrio, 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, nombrandole, el mismo quinto que legó al primero, no habrá dos quintos, sino uno para entrambos legatarios.

**E**l 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 legitimos 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 legitimos ó extraños (2), y el juez debe seguir su voluntad, no perjudicando á los legitimos en su legitima (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 legitima paterna que les toca, y se ha de estar á 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

1 Ley *Inter filios*, Cod. *Familiæ exercitandæ*; ley *Lege*, Cod. y ley 1. ff. *de legitim. hæredib.* y ley *Ut liberis*, Cod. *de collationib.*

2 Ley 9, tit. 15. Part. 6.

3 Acerca de la legitima de los hijos véase el lib. 2, tit. 2, cap. 3. §. 14 y siguientes,

4 En orden á si podrá el padre señalar á sus hijos la legitima 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. num. 15 al 22.

todo el juez (1); pues aunque de los de el padre en comun y no de ciertos y determinados precisamente se debe pagar al hijo su legitima, y por esta tiene parte indistintamente en todas y en cada cosa hereditaria; sin embargo no puede pedir parte en cualquiera por su legitima, ni elegir una ni muchas, porque ninguna ley le concede esta facultad, antes bien se debe dejar á arbitrio del juez la aplicacion y pago (2).

4. Pero el juez debe hacer la aplicacion en una ó mas cosas integras 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 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 capitulo 2.º del título anterior, párrafos 11 y siguientes.

5. Asi 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 legitima de los hijos, pues el padre no puede inponerles este ni otro gravamen en ella, aunque sí en los demas bienes de que se le permite disponer (3).

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, capitulo 3, párrafos 17, 18 y 19, donde podrá verse este punto; y en orden á si el hijo habiendo recibido en vida su legitima 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 capitulo.

7. Para que el contador no ignore cuando tendrá ó no lugar

1 Velasc. de *partit.* dicho cap. 18.

2 Velasc. en el mismo cap. num. 3, 4 y 23.

3 Ley *Quoniam in priorib.* Cod. de in-

*offic. testam.* Guerreir. de *divis.* lib. 1, cap. 1, num. 36. Ayor. part. 1. cap. 5, num. 14.

el derecho de acrecer en la legítima de los hijos, distinguiré cuatro casos. 1.º 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.º 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.º cuando siendo instituidos juntamente con extraños repudia alguno de los hijos su legítima, ó no la percibe por otra causa, se acrecerá solamente á los hijos: 4.º 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 demas de la hacienda es legítima de los hijos. Ahora explicaré 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 se 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 retraeria 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,

1 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 62.

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 menos que aquel; y asi 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 menos, 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 entonces el quinto es parte de este (1)

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 ascendiente teniendo descendientes legítimos, pues se deducirá al quinto, y como tal valdrá hasta en su importe, 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 util por lo inutil (2).

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 legitima (3); 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.<sup>a</sup> porque ni la ley 28 de Toro ni otra alguna distiguen de si los hijos han de ser dos, cuatro, cinco ó mas, aunque los legisladores no ignoraban que los padres podian tenerlos; y asi por no haberlo expresado, no se entiende excluido ni exceptuado este caso; pues cuando la ley habla generalmente y no distingue, debe entenderse general-

1 Avor. part. 2. quæst. 8.

2 Ley 7. tit. 12, lib. 3, del Fuero.

3 Escobar comput. 3.

mente, y no debemos distinguir; y 2.<sup>o</sup> 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 (1). Tampoco obsta alegar que son gravados en sus legítimas, pues no es asi, 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 asi concurrirán á su percibo con igualdad, sino es que el testador mande otra cosa, ó se colija de su voluntad.

1 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 en-

tre muchas personas, y entonces ninguna de estas será mas favorecida que cada uno de los hijos legítimos. *Febrero reformado.*