

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.

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

1. CONCLUSOS legitimamente 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 traslado que de él se les debe dar si no lo pre-

senciaron (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 otro¹; ni vale el pacto de subsistir siempre en ella²; como tampoco debe ser obedecido en esta parte el precepto del testador, porque la comunidad perpetua está prohibida por derecho³, 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 razon⁴.

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 ú 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 dueños⁵. Asimismo si alguno de los herederos dice que son suyas ciertas cosas que señala, no se deben incluir en el juicio divisorio⁶.

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. 1º Cuando el testador la deja hecha como puede hacerla⁷. 2º 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 ello⁸, y para inventariar los bienes, nombrar tasadores, y evacuar su testamen-

¹ Ley 1, tit. 10, Part. 5. Ley fin. Cod. *Communi dividund.*; —² Barbos. in leg. *In communi dividund.*; Menoch. consil. 87, num. 77; Gutierr. de juram. *confirm.*, part. 1, cap. 58; Guerreir. de divis. lib. 1, cap. 1, num. 21. —³ Ley *Hoc judicium*, § *Si conveniat*, ff. *Communi dividund.* y ley *Nulla*, 70, ff. *Pro socio*; Guerreir. ibi, num. 22. —⁴ Ley 1, tit. 15, Part. 6. —⁵ Ley 2, tit. 15, Part. 6. —⁶ Ley *Si quis contendit*, ff. *Familia exerciscund.* —⁷ Ley 9, tit. 15, Part. 6. —⁸ Ley 10, tit. 21, lib. 10, Nov. Rec.

taria, sin acudir á la justicia para otra cosa mas que para la aprobacion de la particion ó para nada²; en cuyo caso podrán tambien practicarle todo sin 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 de protocolizar el inventario y particion, y los de los testimonios de las adjudicaciones, cuya práctica, segun Colom³, se observa en el reino de Valencia, con aprobacion de su Real Audiencia, que ha despreciado los recursos introucidos en contrario, como dictados por la codicia. Lo mismo se practica en el distrito de la Real chancillería de Granada, á consecuencia de Real orden 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 legitimos y extraños, y para señalar á sus hijos su legitima³, sin que sea necesaria la intervencion y aprobacion judicial, si varias leyes recopiladas⁴ 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 conferirsele tambien para que sin dicha intervencion ni aprobacion hagan el inventario, tasacion y particion extrajudicial de sus bienes; y por qué ha de entremeterse el juez de su propia autoridad á conocer en este caso de su testamentaria, y privar á los diputados por el testador del uso

² 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 40. « Cumpliendo despues 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 resoluzion á consulta de 26 de abril de 1791 y consiguiente cédula del Consejo de Indias, fecha 20 de enero de 92, se sirvió su Magestad declarar que cuando el padre nombre en su testamento contador y partidior 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 entonces 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. » — ³ Instruccion jurídica, tom. 2, lib. 3, cap. 3, num. 7. — ⁴ Véase el lib. 2, tit. 2, cap. 3, §§ 16, y sig. — ⁵ Véase el tit. 19, lib. 10. Nov. Rec. y la cit. ley 40, tit 24 del mismo libro.

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 veintinueve 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 partidiores 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 ha lugar en derecho*, de suerte que si segun este 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 asi 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 Villaroel y la Cuadra y otros vecinos de Talavera de la Reina, refiriendo los perjuicios que sufrían los interesados en las herencias, por excusarse los escribanos á autorizar los testamentos con nombramiento de tutores, curadores, partidiores 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 escribania de Don Francisco Lopez Navamuel, defiriendo á ella, y mandando al alcalde mayor de Talavera compeliase 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 escribanias 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 estano 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 si 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 partcipe; y en cuarto lugar, que no debe llevar mas derechos que los de protocolizacion y testimonios que dé, segun Real 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 veinticinco años hacen por sí propios el inventario y particion, la cual, aunque no intervenga escritura vale, y no se debe deshacer por este defecto, mayormente si estan posesionados de lo que les tocó¹; é interviniendo escritura (como es preciso cuando hay bienes raíces 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 reciproco resguardo. Tambien hay otro modo de hacerse extrajudicialmente la particion, del cual trata la ley 80, tit. 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 testador².

4. Pueden pedir la particion todos y cada uno de los herederos

¹ Ley 8, tit 4, lib. 5 del Fuero Real. Leyes 1 y 2, lit. 1, lib. 10 del Fuero Juzgo.

² Al fin de este Tratado se hallarán los modelos de particion segun sus diversas clases.

ó partícipes en la herencia del difunto, ó bienes de la sociedad¹; esto es, siendo mayores de veinticinco años y capaces; pues por los menores, locos, fatuos, pródigos declarados por tales y demas 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 posee, y se hará sin perjuicio de su propiedad; pero no poseyéndola, si se le niega la cualidad de partcipe 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 que se han de dividir, y no de otro modo. Así que ante todas cosas debe pretender en via 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 legal²; 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 envíe poder á quien haga sus veces por la distancia³; 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 perjudica⁴; pero valdrá por lo respectivo á los presentes que la consintieron, los cuales cumplirán con

¹ Ley 2, tit. 15, Part. 6, y los tit. ff. *Communi dividund.* y *Familiæ erciscundæ*, y Cod. *Communia utriusque judic.* y *Familiæ erciscundæ*. — ² Authent. *Offeratur*, Cod. *de litis contestat.* et ibi DD. et in § 1, Institut. *de offic. judic.* — ³ Ley 12, tit. 2, Part. 5. — ⁴ Ley *Cohæredibus*, Cod. y ley 2, ff. *Familiæ erciscundæ*.

dar al ausente cuando parezca la parte que le corresponde, y que todos tienen proindiviso.

8. Si uno de los herederos presentes no posee 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 ellos, ó de lo que valian al tiempo de la particion, se pregunta, ¿si 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 valiéndose 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 coheredero, 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 ó 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, antes 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 hurto¹, 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 útil recibir el precio, estará en su eleccion pedir uno ú otro². Si los frutos se consumieron ó vendieron mucho antes que el ausente solicitase su parte; porque no se podrian conservar hasta entonces, siendo por lo mismo no solo útil sino necesaria su venta, solo estará obligado á la paga del precio que acreditare 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 reivindica; y *personal* por razon de las prestaciones ó contribuciones personales que se exigen con 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 demas³; 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 prorata⁴. Llámase tambien mixta, porque en la cosa comun cualquiera de los partícipes tiene dominio hasta en la mas minima parte⁵, y porque el juez la puede adjudicar á uno toda⁶.

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 posee el todo ó parte de ella, ó al que no le niega su adversario ser coheredero, y así ha de pedir directamente su

¹ Ley *Illud*, 40; y ley *Si possessor*, 52, ff. de *petit. hereditat.* y ley *Mala fide*. Cod. de *condiction. ex lege*. — ² *Ayor. de part.* part. 1, cap. 3, num. 25. — ³ Ley *Inter*, 44, §§ 2 y 5, ff. *Familiae erciscundæ*. — ⁴ Ley *Et puto*, 16, § penult. ley *Heredes*, 25, § *Non tentum*, 16; y § *Item culpa*, 18, ff. *Familiae erciscundæ*. — ⁵ Ley *His consequenter*, 18, § *Sumptum*; y ley *Heredes*, § *Idem juris*, 15, ff. eod. tit.; *Guerreir. de divis.*, lib. 1, cap. 1, num. 14 al 16. — ⁶ Ley *Ut si certo*, § *Si duobus*, ff. *Commodati*; y § *Sic ilaque discretis*, *Instit. de action.*

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 las cosas de que se compone¹.

12. La accion de pedir la particion contra el coheredero que posee la herencia no prescribe hasta los treinta años por ser mixta de real y personal², 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 inducirse un acto voluntario, cual es el de haber permanecido voluntariamente todos y cada uno en la comun, 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 prescripcion³. Sin embargo de esto para que la particion se entienda hecha entre mayores no se requiere el trascurso de treinta años; y así es que si los hermanos despues de la muerte de su padre habitan separados por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, se presume hecha la division de la herencia paterna⁴. Lo propio milita quando 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 trasfiere en él 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 ejecutada⁵.

13. Se ha de pedir la division de la herencia ante el juez de los herederos, ó ante aquel en cuyo territorio estan sitios los bienes de esta, al modo que los legatarios sus mandas⁶, y hallándose en

¹ Ley 26, tit. 2, Part. 5; Gom. en la ley 45 de Toro, num. 153 y 154. — ² Ley *Hæreditatem*, 5, Cod. *In quibus causis cesset longi tempor. præscriptio*. — ³ Ley 1, ff. *de usucapion.*; Olea *de cession. jur.* tit. 5, quæst. 6, desde el num. 28; Ayllon ad Gom. lib. 1, *Var.* cap. 9, num. 17; Guerreir. *de divis.* lib. 1, cap. 1, num. 42 al 46. — ⁴ Gom. lib. 2, *Var.* cap. 11, num. 17 al fin; Menoch. lib. 3, præsumpt. 60, num. 5, y præsumpt. 151, num. 95; Morquech. *de divis.* lib. 1, cap. fin. — ⁵ Morquecho dicho cap. fin.; Guerreir. dichos lib. y cap. 1, num. 49 y 50. — ⁶ Ley última, tit. 9 y 10, tit. 15, Part. 6.

diversos territorios, se ha de solicitar ante el juez de aquel en que esté la mayor parte, y pedirle tiempo para aconsejarse¹. 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 reo²; 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 pleito³; bien que el juez del inventario deberá conocer en todos casos de la particion, como subsidiaria y conexas 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 iglesia⁴.

14. En todos los juicios debe oír el juez á las partes en via ordinaria, excepto en los casos de alimentos y otros⁵; 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 sugeto á quien se le pide que haga particion de la herencia ó cosa comun, 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 declaracion⁶.

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 compa-

¹ Ley 1, al medio, tit. 6, Part. 6. — ² Ley 1 cit., y ley *Actor*, Cod. *ubi in rem actio*. — ³ Covarr. *Pract.* cap. 8, num. 4, vers. *Quarta conclusio*; Acev. en la ley 15, tit. 4, lib. 4, Rec. num. 6. — ⁴ Ley *Si quis presbyter*, Cod. *de episcop. et cleric.*; Greg. Lop. en la ley 15, tit. 7, Part. 6, glos. penult. vers. *Quod autem*. — ⁵ Ley 5, § *Sciendum*, ff. *Ad exhibendum*, ley *Judiciis*, ff. *de judiciis*, y Clem. *Dispendiosam, de judiciis*. — ⁶ Ley 1, ff. *Familie erciscund.* et ibi DD.

reciendo alguno de los nombrados, deben hacerla los que asistan, aperebiendo 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 presenciaren¹. 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 ley²: 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 á 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 algunos 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 menos para aplicarla al coheredero, le pide desahaga 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 tasacion³.

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 inventario, pues acreditándolo sumariamente debe deferir á la pretension. Pero si hubiese duda, ó se requiriese mas escrupuloso exámen é indagacion, se reservará para oír á las partes en via ordinaria. En estos articulos ó incidentes, como que no causan

¹ Ayor. de partition. part. 4, cap. 5, num. 5. — ² Ley 2, tit. 21, lib. 40, Nov. Rec. — ³ Ley 10, tit. 15, Part. 6, *Ad officium*, Cod. *Commun. dividund.*; Ayor. dicho cap. 5, num. 6.

perjuicio irreparable, no debe admitir apelacion de su auto por ser frivola y dilatoria¹, para evitar que por su admision se eternice el juicio divisorio².

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 seguro³. Pero si el testador manda que uno de los herederos á quien nombra, los tenga, debe tenerlos, ya sea el mayor ó el 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 todos⁴. 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 incluidas 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 antes 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 transfieren 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 puede decir de nulidad del testamento, pedir suplemento de legitima,

¹ Ley 15, tit. 25, Part. 5, ley 9, tit. 12, lib. 5, y 25. tit. 20, lib. 11, Nov. Rec. Cap. *Non solum*, quæst. 6; *Cum appellationibus frivolis, de appellat.* in 6; Clementin. *Sape, de verbor. significat.*; Ayor. cap. 5, num. 8 y 9. — ² Aunque no deba admitirse la apelacion, ha de entenderse en el efecto devolutivo, pero no en el suspensivo, pues se permite y puede seguir la causa ante el superior. *Febrero adicionado.* — ³ Ley 7, tit. 15, Part. 6; Greg. Lop. en dicha ley 7. — ⁴ Ley 8, dicho tit. y Part.

y restitucion por entero , y practicar todo quanto se permite al heredero.

21. Los coherederos pueden retraer¹ por el tanto, dentro del término legal, toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes raices, porque son partícipes y comuneros². Lo mismo procede aunque todos los bienes de la herencia sean muebles³; como asimismo en los derechos y acciones vendidos con las cosas muebles y semovientes, no existiendo en ella otros bienes; en la comodidad del usufructo por razon de la comunión⁴; y tambien en el derecho del censo perpetuo, porque se reputa inmueble⁵.

¹ Véase el lib. 2, tit. 4, cap. 4, donde se trata de los retractos ó tanteos de las ventas. — ² Ley 8, tit. 13, lib. 10, Nov. Rec. — ³ Ley 53, tit. 5, Part. 5. — ⁴ Greg. Lop. en dicha ley 53, glos. 2, al fin; Matienz. en la 15 y 14 cit., glos. 3, num. 5. — ⁵ Palac. Rub. en la ley 70 de Toro, num. 22; Castill. en la 74, verb. *Parte*; en ella Matienz. en la 7 cit., glos. 1, num. 4 y sig. y en la 13, num. 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.

Los interesados en la herencia han de nombrar contadores, quienes deberán ser diversos de los tasadores de bienes. — Todas las personas á quienes por derecho se permite tratar y contratar pueden ser nombradas para hacer particiones. — 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. — Los contadores nombrados por las partes, no pueden ser recusados por estas sin justa causa; pero si el juez los nombra de motu proprio, se les puede recusar con solo el juramento de tenerlos por sospechosos. — Causas por que pueden ser recusados. — ¿Si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá este ser recusado por la parte contraria? — 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. — ¿Cuántos contadores habrán de nombrarse quedando viuda la muger sin hijos, y habiendo instifuido el difunto á varios herederos? — 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. — Reglas que deben observar los partidores 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. — Segunda: si en alguna de las fincas divisibles tiene parte uno de los interesados por cualquier titulo que sea, debe ser preferido en la adjudicacion de su total. — Tercera: si los herederos hubieren hecho algunos pactos lícitos acerca de la division de la herencia, debe el contador observarlos exactamente. — 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. — Quinta: si alguno de los partícipes posee alguna heredad junto á otra de la herencia, debe adjudicársele esta ó parte de ella si no le cabe toda. — Sexta: si fuere indispensable dividir entre mu-