

exactamente, sin tergiversarlos ni alterarlos en todo ni en parte, mirando siempre á la utilidad comun de todos, y no á la del uno solamente, igualándolos con dinero, si no puede de otro modo¹. Lo mismo practicará cuando los cónyuges los hubieren hecho en los contratos nupciales, pues siendo justos se deben cumplir.

14. La cuarta es que si alguna cosa inmueble ó raiz de la herencia ó sociedad, que tiene cómoda division, se reparte entre todos los interesados ó entre algunos, no les consigne sus porciones separadas, v. gr. una al principio, otra al medio, y otra al fin, sino unidas y continuadas en cuanto sea posible².

15. La quinta es que si alguno de los partícipes posee un fundo junto á otro de la herencia, ó parte de él, le aplique el de esta, pues debe ser preferido á los demas. Y lo propio milita cuando el difunto dejó muchos fundos juntos; pues se han de adjudicar unidos á cada uno los que le quepan³ (*).

16. La sexta es que si fuere indispensable dividir entre muchos la cosa ó fundo comun en que todos hayan de tener servidumbre, no se adjudique á unos las de sus partes por las de los otros; pues ninguno de ellos está obligado á dar paso al otro para el suyo, aunque no tenga entrada por otra parte, excepto que asi lo pacten expresamente⁴, y lo propio milita para con el vendedor, respecto del comprador, ya sea rústico ó urbano el predio. Pero esto no procede cuando no puede hacerse la adjudicacion de otra suerte, como si tres hermanos poseen una casa compuesta de tres solares, y á cada uno se aplica su solar, porque asi lo quieren, y para usar del suyo el del superior, como cuando los poseia todos el padre comun, es preciso pasar por el del inferior; pues en este caso debe dejar reservada expresamente en las de todos la servidumbre para ellos, de suerte que ninguno pueda impedir á otro el tránsito, antes bien lo tenga franco y expedito, como si fuera dueño y poseedor de todos tres⁵.

¹ Guerreir. dicho cap. fin. num. 33 y 44, lib. 6, de *divis.* — ² Ley *Venditor*, 36, y ley penult. § fin. ff. de *actione empt.*; Guerreir. dicho cap. fin. num. 26 y 29, lib. 6. — ³ Guerreir. dicho cap. fin. num. 27 y 28, y lib. 2, cap. 14, num. 21 y 22; Valasc. de *partition*. dicho cap. 22, num. 19; Morquech. lib. 2 y cap. 40 dichos, num. 8; Capic. decis. 42 y 420.

(*) Cuando se venden las cosas de patrimonio ó abolengo, y el pariente mas cercano del vendedor concurre á retraerlas, segun la ley 24 de Toro, son preferidos el señor de directo dominio, el superficiario, ó el que tiene parte en ella, por ser comun, al pariente, y esto, por igual razon, afianza cuanto queda manifestado sobre la prelación. *Febrero adicionado*.

⁴ Ley *Item Labeo*, 22, ff. *Familiae erciscund*; Parlad. differ. 81, num. 6.

⁵ Guerreir. dicho cap. fin. num. 22 al 25, lib. 6.

17. La séptima es que aplique á cada interesado las cosas ó fundos íntegros y separados para evitar su discordia de la proindivision; bien que á veces se ha de permitir á todos el comun uso de alguna, si por algun motivo no se puede dividir ni estimar ó apreciar de otro modo, ni los interesados quieren que se venda, v. gr. si dos de estos tienen dos casas contiguas, y para entrar en ellas un portal del uso de ambas; pues no admitiendo division cómoda este, no habrá lugar á su estimacion, porque uno de los dos, vendido el portal al otro, si le falta la entrada por él á la suya, se verá en la precision de venderla en bajo precio, en lo que será gravemente perjudicado, por lo que debe quedar indiviso el portal.

18. La octava es que en la division se atienda á lo mas cómodo y útil; quiero decir, que si la cosa no la admite cómoda, se aprecie, y cabiendo á uno de los partícipes, se le aplique íntegra; y si no le cabe, que entregue en dinero el exceso¹; y no entregándole, si es raiz la cosa, se le adjudique imponiéndose censo reservativo con hipoteca especial sobre ella, obligándose á pagar al consocio ó coheredero los correspondientes réditos hasta que lo liberte y redima; lo cual se practica así para observar igualdad, y compensar al coheredero el daño que le irroga la mora de aquel á quien se aplica la finca productiva, por no ser justo que el uno se esté utilizando de los frutos ó producto de la parte del otro, y este carezca de ellos y de la finca que los produce². Se dice no admitir la cosa cómoda division, cuando por dividirse vale mucho menos, y pierde la estimacion que unida tiene³.

19. La nona es que la estimacion ó precio que se haga de la cosa que no admite division cómoda, sea de toda ella, y no de la parte que á cada partícipe se asigne separadamente, porque llegado el caso y precision de venderse, mejor se vende á uno ó á muchos el todo que pedazo á pedazo⁴; á mas de que unas partes, ya por su calidad, ya por otro motivo, suelen ser mas útiles que otras. Si la cosa se tasó íntegra, como el precio de ella fué con atencion á lo bueno, mediano é ínfimo, se causa perjuicio, pues no habrá quien tome lo ínfimo y mediano, y no faltará comprador para el todo uno con otro; y si no se hubiere valuado así, una el contador todas las porciones, y apliquelas á uno, de suerte que en él quede toda la cosa por el total de su valor, y no cabiéndole observe lo explicado en la regla anterior.

¹ Guerreir. id. num. 34 al 36. — ² Guerreir. de *divis.* lib. 8, cap. 21. — ³ *Gutierr. de juram. confirmat.* part. 1, cap. 36, num. 6. — ⁴ Ley 1, Cod. *Communi dividund.*; Guerreir. dicho cap. fin. num. 42.

20. La décima es que no se venda la cosa mientras se pueda evitar¹; pues así como cuando no permite cómoda division se puede vender, por el contrario permitiéndola, se ha de asignar en ella á cada partícipe su porcion, y no podrá ser compelido en este caso á recibir contra su voluntad el importe de su valor ó estimacion².

21. La undécima es que en la division entre el consorte sobreviviente y los herederos del difunto haga separacion de los bienes que conste llevaron á su matrimonio ó durante este heredaron ó retrajeron por derecho de sangre, ó trocaron por otros, ó compraron con su mismo dinero, ó con lo que produjeron los propios que para comprarlos vendieron, ó si existen se los aplique, y no al cónyuge ó consocio, ni á sus herederos, dándoles otros en su lugar; porque aunque durante la sociedad son comunes, y en todas y en cada cosa tienen el dominio proindiviso para usufructuarlos³; respecto deberse hacer la particion con equidad y buena fe, exigen estas que cada uno goce y posea los que adquirieron sus causantes, ó se subrogaron en su lugar, ya porque conserva su dominio especial, y ya porque no tenga el sentimiento de ver que los lleva y disfruta un extraño; y lo mismo debe practicar con los muebles del uso privativo del consorte y los herederos por la propia razon. Si las cosas mismas que uno de los cónyuges llevó al matrimonio no existen, y hay otras de igual especie, bondad y calidad, se las aplicará á él ó á sus herederos, pues habiéndolas, tiene derecho á recuperar en ellas el fondo que puso, como subrogados en su lugar; ninguno compete al consocio, porque no se le comunica su dominio; y es justo que se practique así, para que no se le deteriore su condicion por beneficiar á su socio; bien que así como tiene derecho á que se le entreguen los existentes, no debe resistirse á tomarlas si se le aplican, aunque no le acomoden por el precio que entonces se les dé. Lo propio milita cuando el marido con el dinero dotal y con voluntad de su muger compró alguna finca, é igualmente entre hijos de dos ó mas matrimonios cuando su padre ó madre dejaron algunos bienes conocidos, adquiridos durante el suyo, que existen proindiviso; pues la parte que tocaba al muerto y llevaria si viviera, se

¹ Guerreir. *de inventar.* lib. 2, cap. 3. — ² Ley 1, *Cod. Communi dividund.*; Guerreir. dicho cap. fin. num. 41 al 45, lib. 6. — ³ Nótese bien que durante el matrimonio, cada uno de los consortes conserva la propiedad de sus respectivos bienes, aunque los frutos y utilidades de ellos son comunes, y esto último es lo que quiere dar á entender el autor cuando dice que tienen el dominio proindiviso para usufructuarlos.

les debe aplicar con su aumento intrínseco (como que le representan y ocupan su lugar), y no á sus medios hermanos, padrastro ni madrastra, en la particion que se haga por muerte del viudo ó viuda. Todo lo dicho se entiende excepto que intervenga pacto contrario, siendo los interesados mayores de veinticinco años, ó si hubiere motivo grave que obste para practicarlos así.

22. La duodécima es que si en la herencia hubiere derechos incorpóreos, v. gr. censos, juro, efectos, jurisdiccion, servidumbre, etc., divida sus capitales y pensiones con la misma equidad y proporcion que queda expuesta; y si los derechos no se pudieren dividir, se dividirán sus frutos y pensiones ó réditos¹; advirtiéndose que el uso ó comodidad de la jurisdiccion se ha de dividir á prorata del haber de cada uno, y el de la servidumbre por tiempo². Pero el señorío y jurisdiccion, como cosa honorífica, y que por lo mismo, y por ser la muger el fin de la familia, es justo continúe en el varon, se aplicará á este, y se dará otra cosa equivalente á la muger, excepto que el testador mande lo contrario, ó los partícipes se convengan de otra suerte: lo mismo se practicará con el patronato ú otro derecho ó regalia de honor.

23. La regla décimatercera es que si hubiere deudas á favor del caudal, ha de hacer su aplicacion y distribucion de modo que no perjudique á ningun partícipe en la herencia ó sociedad por beneficiar al otro, debiendo adjudicar á cada uno el débito íntegro, para que el deudor no se vea oprimido, ni experimente vejaciones con muchos juicios, siendo aquel uno solo; á menos que unas deudas sean de difícil exaccion y otras fallidas; pues de estas dos clases á todos debe aplicar su respectiva porcion en cada una, para que á prorata sufran la pérdida y gastos de cobranza; bien que lo mas útil y seguro para todos es que uno se encargue de su cobranza, ó que elijan un cobrador, y segun se cobren, las repartan; con lo cual sufren todos el perjuicio, y reciben proporcionalmente la utilidad. En el caso de adjudicárselas á uno solo, debe reservarsele su derecho, para que lo repita de los demas, y estos quedan obligados á la eviccion, á fin de que les satisfagan las partes que les correspondan, así en lo fallido como en los gastos de cobranza, acreditándolos del mismo modo que si en juicio le quitaran alguna cosa que se hubiese aplicado como efectiva y segura, á no ser que pacten que ninguno ha de quedar obligado

¹ Covarr. *Pract.* cap. fin.; Guerreir. *de divis.* lib. 5, cap. 7, y lib. 6, cap. num. 21. — ² Ley *Via, iter*, § *Usus*, 1, ff. *de servitut.*; Guerreir. *de divis.* lib. 12, cap. 9, num. 35.

á dicha evicción, en cuyo caso todo queda de su respectiva cuenta y riesgo¹. Pero debe tener presente el contador, que si interviene la viuda ó quien la represente en la particion, y habia llevado á su matrimonio bienes dotales ó parafernales, no se ha de hacer pago de ellos con deudas adquiridas por contratos celebrados por su marido mientras estuvieron casados, sino reintegrarla de su importe con otros bienes equivalentes ó dinero; y luego por razon de gananciales, aplicarla la parte proporcional que la toque de ellas; pues así por haber llevado bienes efectivos, como por haberse obligado su marido á su restitucion en otros equivalentes ó en dinero, tiene accion expedita á recuperarlos segun se los entregó, ó él se obligó, y no debe ser compelida á recibirlos en deudas ó créditos, habiendo alhajas y fincas de que satisfacerla. Tambien deberá el contador tener á la vista que si durante la proindivision se cobran algunos créditos, los ha de estimar como dinero, dividirlos como tal entre los partícipes, y en este concepto ponerlos por cuerpo de caudal, aunque esten inventariados como créditos.

24. La regla décimacuarta es que si hay deudas contra el caudal, y por no estar satisfechas antes de la division se constituye pagador de ellas á alguno de los interesados, haga á su favor adjudicacion ó hijuela de su total, y le aplique dinero para su solucion hasta el importe de ellas, y no habiéndolo, le adjudique bienes, en cuya venta ningun dispendio propio tenga, como es la plata y oro por su peso é intrínseco valor; pues así como el desembolso ha de ser efectivo sin la mas leve disminucion ni pérdida, deben serlo tambien los bienes que se adjudiquen al que lo haya de hacer, porque de lo contrario se le perjudicará; y puesto que estan obligados proporcionalmente todos los partícipes en la herencia á la satisfaccion de las deudas de esta, que es primero pagar que heredar; y que no hay herencia hasta que sean satisfechas las deudas; deben sufrir del mismo modo el gravamen, obligarse á la evicción, privarse de llevar lo mejor, porque es de los acreedores, y contentarse con lo que les quede bueno ó malo; pero si no hay plata, oro ni otros bienes en cuya venta no pueda haber pérdida, se deben vender antes los competentes al pago de deudas; y en su defecto obligarse los coherederos á satisfacer á prorata al constituido pagador la pérdida y gastos que en ello tenga, bajada su parte, pues como uno debe concurrir con los

¹ Ley Si familiae, 14, Cod. Familiae arciscund.; Guerreir. de divis. lib. 2, cap. 44, desde el num. 41 al 48.

demas á proporcion de su haber; y así se expresará en las adjudicaciones, ó por declaracion al final de la particion. Lo mismo debe practicar si le hace pagador de legados, con la diferencia de que debe aplicarle los específicos, para que los dé á sus respectivos dueños, y no dinero por ellos, como cuando son genéricos. Por pagador de deudas se debe nombrar al mas abonado, fiel y exacto, con obligacion de acreditar á los coherederos la satisfaccion de ellas para su resguardo.

25. La décimaquinta y última regla es que por ningun titulo altere el contador la tasacion de los bienes, modificándola ó aumentándola, antes bien se arregle á ella para su aplicacion y distribucion, pues no es de su inspeccion, sino de la de los tasadores; y conforme esten valuados, ha de formar el cuerpo de caudal, y adjudicarlos para no exceder los límites de su officio. Así que, si entre ellos hubiere diamantes ú otras piedras preciosas inventariadas por el todo de su tasa; por esto mismo, y no por el tercio, ni entre mitad y tercio, las ha de distribuir y aplicar, excepto que otra cosa pacten y quieran los interesados; ó que existan algunas de dichas alhajas que los interesados hayan llevado al matrimonio tasadas por todo su valor, y en el inventario consten por el intrínseco, real y verdadero que tienen, pues en este caso, ó ha de reducir el primero al efectivo del inventario¹, ó en su defecto aumentar el exceso al de este, porque estas piedras no se consumen ni deterioran, y así no tienen pérdida; por cuya razon, y por no haberse trasferido su dominio al consocio, deben volver al socio que las llevó, hallándose en el mismo estado, por el precio en que las puso por fondo de la sociedad conyugal, pues de lo contrario seria perjudicado el consorte en el exceso que no era valor verdadero, sino aéreo ó imaginario. En la adjudicacion v. gr. de un aderezo ó de otra cosa que conste de varias piezas, no ha de hacer separacion de estas, sino aplicarlas todas (como que unidas componen y constituyen una completa) á un solo partícipe, porque de lo contrario pierde la estimacion que tiene con la union de todas; y si á ninguno cabe, véndase ó aplíquese segun se convengan los interesados; y lo mismo se debe practicar por la propia razon con bienes de otras clases que hacen juego, uniformidad y simetria. Si se tarda en

¹ Aquí padeció sin duda el autor una equivocacion, pues diciendo mas adelante que deben adjudicarse estas alhajas al consorte que las llevó al matrimonio, por el mismo precio en que las puso por fondo en la sociedad conyugal, es claro que si es menor el valor por que se pusieron en el inventario, no debe el contador reducir á este el primero, sino al contrario aumentar el exceso al de este.

hacer la particion, y algunos bienes muebles ó semovientes padecieron decremento, deberán tasarse nuevamente para evitar perjuicio, lo que hará presente á los interesados á fin de que los hagan valuar, y no aleguen despues perjuicio en su aplicacion, excepto que no quieran hacer este nuevo gasto.

26. En órden á si los contadores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones, parece que sí, porque una vez que lisa y llanamente aceptaron el encargo, fue para todo, y no para la mera liquidacion; pero no obstante vi años pasados ejecutoria del Consejo en contrario en el caso siguiente. Nombraron de conformidad ciertos herederos un contador para que dividiese entre ellos la herencia; liquidó el caudal, y lo que á cada uno tocaba; y conociendo su carácter inquieto, les instó á que se juntasen en su casa á elegir bienes con presencia del inventario: se resistieron, diciéndole que se los aplicase, lo que rehusó; fundado en que ignoraba los que á cada uno acomodaban, y no queria luego publicasen que habia procedido con pasion, ó dijesen de agravios de la adjudicacion, y consumiesen la herencia. Viendo ellos su renuencia se quejaron al juez, el cual, oido el contador, les mandó juntarse en su casa; de cuya providencia apelaron, y se confirmó por el Consejo.

27. Aunque el juez ordinario y delegado no pueden enmendar ni revocar su sentencia despues de pronunciada y publicada por estarles prohibido, á causa de haber usado de todas sus facultades, y acabádose en aquel juicio su oficio; no milita esto para con los meros contadores, quienes ya sean nombrados de oficio ó pedimento de cualquiera de los interesados, pueden enmendar el error que hayan padecido, y reformar su parecer para evitar controversias, porque la comision que les dieron fue para evacuarla perfectamente; y aunque no se haya manifestado así en el nombramiento, se entiende tácitamente; pero la enmienda ha de ser antes que el juez apruebe la particion¹, pues una vez aprobada, no se les permite, por quanto espiraron su oficio y facultades.

¹ Ley *Cum quid*, 3, ff. de reb. credit. Si certum potat. Ayor. de partition. part. 3. quest. 8.

CAPITULO III.

¿ CÓMO SE HAN DE DIVIDIR LAS COSAS INDIVIDUAS, EL CENSO VITALICIO PERSONAL QUE EL TESTADOR TIENE CONTRA SÍ, Y LAS FINCAS ENFITEÚTICAS?

¿ Cuáles son las cosas individuales? — Ejemplos para instruccion del partidor en el modo de proceder para la division de las cosas individuales. — Cuando una cosa no admite cómoda division, se ha de aplicar enteramente á uno de los interesados, y este pagar en dinero á los coherederos las porciones que en ella les podria tocar, precedida su justa tasacion; pero si cada uno de ellos se resistiere á tomarla en estos términos, habrá de sortearse. — Del modo de dividir la jurisdiccion. — Si el testador hubiere tomado dinero á censo ó renta vitalicia, y viviere el pensionario ó alimentario, deberá el contador dejar el capital recibido en uno de sus herederos por via de depósito, con cargo de suministrar la renta anual al pensionista. — Puede dividirse entre los herederos el predio enfiteúutico por partes, aplicándole proporcionalmente á cada uno segun su haber, ó enteramente á uno, con obligacion de dar á los otros la estimacion ó el valor de su parte; y esta division puede hacerse sin obligacion de requerir al señor del dominio directo si lo quiere por el tanto. — Tambien tiene lugar lo expuesto en el párrafo anterior, cuando el enfiteusis se concedió á muchos con pacto expreso de que el uno sucediese al otro, ó de que entre ellos hubiese derecho de acrecer. — Si el padre llama á un hijo al goce del enfiteusis perpetuo, y le entrega la cosa enfiteútica, debe observarse su voluntad, y el hijo lo llevará con obligacion de reintegrar á sus hermanos de sus respectivas porciones. — ¿ Qué se hará si alguno de los herederos del enfiteusis perpetuo enagenare la parte que le tocó sin requerir primero al señor del dominio directo? — Las mejoras hechas en la cosa enfiteútica son propias del que las hace. — Se resuelve la siguiente cuestion: ¿ si perteneciendo á memoria ó capellanía el enfiteusis, y liberando el dueño útil su finca afecta á él por tres laudemios y el duplo capital del cánon ó pension anua, segun el auto acordado del Consejo, ó del modo pactado en la escritura de su creacion, ó á falta de pacto, segun la costumbre del pueblo; podrá el capellan quedarse con los tres laudemios, ó á lo menos con uno?

1. DE las cosas que son objeto del juicio divisorio unas hay corpóreas y otras incorpóreas. En quanto á las primeras algunas