

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

pueden dividirse cómodamente, como un olivar, una casa; otras no admiten division, por ejemplo, un caballo; y finalmente las hay que no pueden dividirse sin daño suyo, como un molino. Las de estas dos ultimas clases se llaman en el derecho *individuas*. De las incorpóreas hay unas que natural y legalmente son del todo *individuas*, como las servidumbres, que ni por el hombre ni por la ley se dividen ni pueden dividir aunque se quiera: hay otras que aunque por naturaleza son indivisibles, pueden dividirse legal é intelectualmente, como los derechos, obligaciones y acciones que *ipso jure* se dividen activa y pasivamente entre los herederos, y no vienen al juicio divisorio sino solo por via de adjudicacion, porque la ley las divide intelectualmente¹. De lo dicho resulta que la division es de dos maneras: una real y demostrable, porque se hace por partes distintas y separadas; y otra *intelectual*, porque subsistiendo la cosa íntegra é indivisa, así como se divide intelectualmente por la ley, se puede dividir del mismo modo por el hombre, señalando á muchos sus respectivas partes en ella. Esta *division intelectual* recae no solo en los derechos y acciones que la ley divide, sino tambien en las cosas corpóreas divisibles en cuanto estan proindiviso, porque en ellas se hace asimismo la division intelectual por porciones; y así se observa lo mismo en estas que en aquellos, con la única diferencia de que en ellas se puede proceder real, demostrativa y separadamente siempre que los interesados quieran que se dividan, y en aquellos no².

2. Para que el partidor no ignore cómo ha de proceder en la division de las cosas y obligaciones *individuas*; procuraré instruirle con los siguientes ejemplos: N. estipuló que J. habia de pasar por su heredad, y que él ni sus herederos no se lo estorbarian, y murió dejando varios de estos. En tal caso esta obligacion *individua* no viene al juicio divisorio, y así compete activa y pasivamente la accion de todos los herederos del uno contra todos y cualquiera de los del otro por el todo, ya prohiban el paso todos ó el uno solo; por lo que los herederos han de prestar caucion de

¹ La indivisibilidad de las cosas *individuas* se induce de tres modos: 1º por naturaleza, v. gr. en las servidumbres y otros derechos incorpóreos que no admiten separacion real y efectiva: 2º por disposicion de la ley, como en la estipulacion general ó alternativa del hombre: 3º por voluntad de los contrayentes, v. gr. cuando pactan que ellos, sus herederos ó sucesores no impedirán la servidumbre y tránsito por la heredad que está proindiviso, y entonces se ha de aplicar á uno.—
² Duaren. in § *Et harum*, y en el lib. 1, *Disputation. cap. penult.*; Valasc. *de partition. cap. 27*, num. 6 y 7.

indemnidad, de que el hecho del uno no dañará á los otros. Lo propio milita si el testador lega la servidumbre ó tránsito, pues cualquiera de sus herederos en todo está obligado á concederlo, y á dar la caucion referida. Tambien se ha de proceder por caucion le indemnidad entre los herederos en la promesa penal hecha por el difunto, de que si v. gr. dentro de un año no pagare cierta suma, satisfará tanta pena; en cuyo caso para eximirse de esta no basta que uno de los herederos pague su parte, pues ó todos han de satisfacer el todo del débito, ó uno por sí y por ellos; y en su defecto no se libertarán de la pena, porque al acreedor compete accion por el todo contra todos.

3. Queriendo todos los herederos alguna cosa raiz ó mueble de estimacion que hay en la herencia, y no conformándose en quién la ha de llevar ó cómo se ha de dividir, si admite cómoda division, se ha de partir igualmente, ó á proporcion de la institucion. Si no la admite, se ha de aplicar enteramente á uno, y este pagar en dinero á los coherederos las porciones que en ella les podia tocar, precedida su justa tasacion, á lo cual le puede condenar el juez. Resistiéndose cada uno á llevarla en estos términos, ya sea porque no se pueda dividir cómodamente, ó por no tenerle cuenta ó por otro motivo, ha de mandar que se sortee, y aquel á quien toque por suerte no se debe excusar de admitirla con dicha responsabilidad, ó sin ella, en caso de caberle; ó sino hará que se venda entre ellos, y la aplicará al que dé mas por ella, y que deducida su parte entregue el residuo, y se divida entre los demas, ó que se venda á un extraño si no quieren comprarla, ó no dan su justo precio, ó aunque uno lo ofrezca, si dice que por su indigencia no puede aprontarlo, y les aplicará el que dé el extraño; pues todo depende del prudente y arreglado arbitrio del juez para evitar disensiones entre los partícipes¹. Estos modos de hacer particion de cosa *individua*, ó de la que rehusan tomar en pago por su haber por pretextar se les perjudica, son los mas frecuentes; pues el de que el hermano mayor en edad haga las porciones, y los menores elijan², aunque no está reprobado, regularmente no se usa. Pero si uno de los herederos intenta que se subaste la alhaja que tiene incómoda division, tal vez por no acomodarle llevarla, ó por no tener para pagar al coheredero su parte, ó por hacerle mala obra, y este lo resiste y apronta en dinero la porcion líquida que corresponde al otro,

¹ Ley 10, tit. 13, Part. 6, ley 2, tit. 4, lib. 3, del Fuero Real, ley *Item Labeo*, ff. *Familiæ erciscundæ*, y ley *ad officium*, Cod. *Communi divid.*—² Genes. cap. 13, vers. 9, cap. 1, *de parochiis, et alienis parochianis*.

debe ser oído, y no procederse á la subasta, ni causarse estos perjuicios y gastos; por manera que si el juez no desiere á ello, puede apelar, pues cumple el coheredero con entregar á su consocio su parte líquida en dinero á justa tasacion, que es á lo que se le puede obligar.

4. Aunque la jurisdiccion es indivisible, y por eso pertenece por el todo á los mayores en edad que la tienen; no obstante cuando hay muchos pueblos comunes de la herencia con jurisdiccion, se ha de dividir y adjudicar separadamente cada uno con ella, para que cada heredero la use con independenciam de los demas; y de esta suerte no tendrán que alternar anualmente, como si se dejase proindiviso; pero si es de mas valor el que se aplica al uno que el del otro, debe mandar el juez que el que lleva el mayor satisfaga en dinero el exceso al coheredero, y á ello le puede compeler¹.

5. Si en la herencia hay un pueblo solo con jurisdiccion, puede dividirse con ella, pues así como el pueblo se divide realmente, del mismo modo la jurisdiccion inherente á él; á menos que por esta division se multiplique la jurisdiccion y tribunal; pues entonces no se puede dividir sin consentimiento superior y urgencia de la causa pública, excepto en los feudos, ducados, condados y otros semejantes, los cuales aunque propiamente no se pueden dividir, pero sí el uso y administracion anexa á ellos.

6. Cuando los dueños jurisdiccionales tienen partes iguales en la jurisdiccion de algun pueblo, y discordan en el ejercicio de ella, deben ser compelidos á concordarse ó á dividir alternativamente su uso por años, ó á elegir de acuerdo un juez que la ejerza²; y si tienen partes desiguales, lo deben ser tambien á hacer unánimes la eleccion, ó sino á nombrar cada uno por el tiempo que le toca, v. gr. el que tiene ocho partes por ocho meses, y el que cuatro por cuatro, etc.³.

7. Si el testador tomó dinero á censo ó renta vitalicia, y vive el pensionario ó alimentario, debe el contador dejar el capital recibido en uno de sus herederos por via de depósito, con cargo de suministrar la renta anual al pensionista, y con la condicion expresa de que si este viviere tanto que consuma el capital, y perciba mas que su importe, ha de poder repetir y exigir el heredero de los coherederos el exceso que le pague á prorata, deduciendo la parte que como uno de ellos le corresponda satisfacer, y de

¹ Morquech, de divis. lib. 1, cap. 3, num. 3.—² Morquech, dicho libro y capítulo, num. 5 y 4.—³ Boer, decis. 5, num. 2 y sig.; Morquech, dicho lib. 1, y cap. 5, num. 7 y 8.

que si por el contrario muriere antes que se consuma el capital, comunicará á los demas el sobrante, y de esta suerte ninguno queda perjudicado.

8. A veces ocurre tener que dividir la cosa enfiteútica hereditaria perpetua, lo que no ofrece dificultad, porque si los predios del Real Patrimonio concedidos al difunto ó comprados por él, se pueden dividir, con mayor razon deben partirse los enfiteúticos que se equiparan á ellos¹. Así que los herederos pueden dividir el predio enfiteútico hereditario por partes, aplicándolo proporcionalmente á cada uno segun su haber, ó enteramente á uno con obligacion de dar á los otros la estimacion ó valor de su parte; cuya division, como que es enagenacion necesaria y no voluntaria, pueden hacer sin obligacion de requerir al señor del dominio directo si lo quiere por el tanto; porque por esta omision no incurre el predio en comiso, ni por la division se debe laudemio²; excepto que en la escritura primordial de la constitucion del enfiteusis se haya estipulado lo contrario, así en orden á esto como á la division.

9. Tambien tiene lugar lo expuesto 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; pues en este caso pueden dividirlo igualmente en la forma expuesta, sin riesgo de que caiga en comiso ni necesidad de requerir al señor, porque no hay persona nueva á quien este no conozca ni haya admitido; y aun enagenar sus partes, porque esta no es propiamente enagenacion sino anticipada renuncia de su derecho.

10. Si el padre llama á un hijo al goce del enfiteusis perpetuo referido, y le entrega la cosa enfiteútica, debe observarse su voluntad, y el hijo lo llevará con obligacion de reintegrar á sus hermanos sus porciones, porque no hay ley que lo prohiba, y el padre puede disponer libremente de sus bienes entre sus hijos, con tal que á ninguno perjudique en su legitima. Lo mismo procede cuando lega á algun hijo la finca gravada con el enfiteusis, ó la encabezada en uno, porque se ha de observar su voluntad en la division de la herencia entre sus hijos, no gravándolos en su legitima; y en este caso el hijo encabezado no debe laudemio al señor del dominio directo, porque es enagenacion necesaria, en la cual cesa lo dispuesto por la ley 29, tit. 8, Part. 5.

11. Si alguno de los herederos del enfiteusis perpetuo enagena

¹ Ley 10, ff. *Familie erciscundæ*; Rubric. y todo el tit. ff. *Si ager vectigalis*. —
² Ley fin. Cod. de *jure emphyteutic.*; Guerreir, de divis. lib. 2, cap. 8, num. 118, y 119.

la parte que le tocó sin requerir primero al señor del dominio directo para si la quiere por el tanto, se ha de distinguir: ó estaba en la posesion de la cosa, y con motivo de la enagenacion la entregó al comprador, ó no: si lo estaba, cayó solamente en comiso la parte enagenada, porque esta pena es legal, y la ley castiga únicamente á quien delinque; pero si no estaba en posesion ni entregó la cosa, no ha lugar el comiso¹.

12. Las mejoras hechas en la cosa enfiteútica son propias del que las hace, por ser cosa distinta de enfiteusis, y así las puede legar, donar y enagenar; por lo que si el enfiteusis es perpetuo, vendrán todas á la particion, y aquel en quien quede ó se encabece el derecho y finca enfiteútica tendrá que satisfacer en dinero á los coherederos la porcion que les corresponda de las mejoras, las cuales se tasarán juntas con el derecho enfiteútico y no separadas de él, porque es individuo², segun se practica³.

13. Dúdase si perteneciendo á memoria ó capellanía el enfiteusis, y liberando el dueño del dominio útil su finca á él afecta por tres laudemios y el duplo capital del cánon ó pension anua con arreglo al auto acordado del Consejo, ó del modo pactado en la escritura de su creacion, ó en defecto de pacto, segun la costumbre del pueblo, ¿podrá el capellan quedarse con los tres laudemios, ó á lo menos con uno, al modo que cuando se celebra venta de la finca lo percibe y hace suyo; ó deberá imponer el total importe de ellos con el duplo capital á favor de la memoria ó capellanía? Para resolver esta duda ha de considerarse quién es dueño del enfiteusis, si la memoria ó el capellan, y si los laudemios son renta ó fruto de ella. En orden á lo primero digo, que la memoria es la dueña y el capellan un mero usufructuario con gravámen de cumplir sus cargas de la renta de sus fincas, y así no compete á este el derecho de tanteo ni el de conceder licencia para la venta (no obstante el abuso que la ignorancia y falta de discernimiento ha introducido), ni tampoco el de apoderarse de la finca por comiso si el enfiteuta no paga en tres años la pension, pues todos estos derechos y regalías, como peculiares y privativas del señor del dominio directo, en fuerza de la reserva que de ellos hizo para si y para sus sucesores en la escritura de dacion á enfiteusis, tocan á la memoria, la cual en virtud de la traslacion de dominio que la

¹ Valasc. *de partition*. cap. 23, num. 36 al fin. — ² Valasc. *de partition* cap. 26, num. 23 y 24. — ³ Acerca de si el enfiteusis, ya sea eclesiástico, secular ó mixto, es ó no hereditario, partible y trasmisibe, si en él ha de suceder varon ó hembra, y otras cosas concernientes á este asunto, véase á Valasc. *de jur. emphyteut.*; Guerreir. *de divis.* lib. 2, cap. 8; Morquech. *de division. bonor.* lib. 1, cap. 6.

hizo el fundador dueño del enfiteusis, se constituyó dueña, se subrogó en su lugar, y le sucedió en ellos. En cuanto á lo segundo digo, que estos laudemios y duplo capital no son renta ó fruto de la finca de la memoria, sino precio y valor en que se estima el derecho de percibir anualmente el cánon, el de apoderarse de ella, si el enfiteuta no lo paga en tres años, y el de tantearla, ó en su defecto conceder licencia para la venta y percibir el laudemio que por esta se causa; de suerte que el importe de estos derechos y regalías junto con el duplo capital se subroga como equivalente en ellos, y pagándolo el enfiteuta se constituye dueño de todos, y del solar consolidando el dominio directo de que carecia, y de que son privativos con el útil que tenia. Si se me replica que cuando hay venta percibe el capellan el laudemio que por ella se causa, y que así debe quedarse con uno á lo menos en el caso propuesto, como asimismo que aun cuando se quede con los tres son beneficiados la memoria y capellanes, aquella en tener un duplo capital que no tenia, y estos en percibir anualmente doble renta; responderé que el laudemio que el capellan percibe cuando hay venta, es fruto ó renta que suple y compensa la falta de la competente pension anual que el enfiteuta debia y pagaria por el solar si lo tuviera arrendado, y así quedan vivos é ilesos enteramente los expresados derechos á favor del señor; pero en el presente caso se extingue para siempre, por lo que ya ninguno tiene para percibir mas laudemios; y esta privacion de su percibo, y de usar del comiso y tanteo, se le resarce con el capital que de ellos y su valor se forman, y con la mayor renta anual que produce, la cual se juzga igual al cánon y laudemios que antes de extinguirse se pagaban; y que de quedarse con ellos el capellan en cuya vida se consolidan ambos dominios, é imponer solamente el duplo capital, ó este y dos laudemios, lejos de beneficiar á la memoria y capellanes sucesores se les perjudica; á la memoria porque se le defrauda parte del capital correspondiente á los derechos que gozaba, y á los capellanes porque los priva de percibir laudemios, los que antes podian superar mucho, no solo al actual rédito del duplo capital, sino á los del de los tres si eran muchas las ventas que en sus respectivas vidas se celebran, y mas se debe mirar el beneficio de la memoria y su conservacion y capellanes sucesores, que el privativo del que quiere lucrarse en su detrimento, mayormente cuando por la imposicion del duplo capital y tres laudemios se reintegra con sus réditos años del laudemio que deja de percibir por aquella vez, y goza mayor renta que antes. Lo propio se ha de decir por la misma razon cuando el enfiteusis pertenece á mayorazgo.