

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

21. Los coherederos pueden retraer <sup>(1)</sup> por el tanto, dentro del término legal, toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes raíces, porque son participes y comuneros <sup>(2)</sup>. Lo mismo procede aunque todos los bienes de la herencia sean muebles <sup>(3)</sup>; 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 comunion <sup>(4)</sup>; y tambien en el derecho del censo perpetuo, porque se reputa inmueble <sup>(5)</sup>.

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 55. tit. 5. Part. 5.

4 Greg. Lop. en dicha ley 55. glos. 2

al fin. Matienz. en las 13 y 14. cit. glos. 3. num. 3.

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 SEGUNDO.

*De los contadores, de su oficio y facultades, y de las reglas que deben observar para hacer justificadamente la particion y las adjudicaciones.*

- §. 1. Los interesados en la herencia han de nombrar contadores, quienes deberán ser diversos de los tasadores de bienes.
2. Todas las personas á quienes por derecho se permite tratar y contratar pueden ser nombradas para hacer particiones.
3. 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.
4. 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.
5. Causas por que pueden ser recusados.
6. ¿Si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá este ser recusado por la parte contraria?
7. 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.
8. ¿Cuántos contadores habrán de nombrarse quedando viuda la muger sin hijos, y habiendo instituido el difunto á varios herederos?
- 9 y 10. 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.
11. 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.
12. Segunda: si en alguna de las fincas divisibles tiene parte uno de los interesados por cualquier título que sea, debe ser preferido en la adjudicacion de su total.
13. Tercera: si los herederos hubieren hecho algunos pactos lícitos acerca de la division de la herencia, de-

- be el contador observarlos exactamente.
14. 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.
  15. 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.
  16. Sexta: si fuere indispensable dividir entre muchos la cosa ó heredad comun en que todos hayan de tener servidumbre, no debe adjudicar á unos las de sus partes por las de los otros.
  17. Séptima: debe aplicar á cada interesado las cosas ó heredades íntegras y separadas, para evitar discordias.
  18. Octava: en la division debe atenderse á lo mas cómodo y util, esto es, que si la cosa no admite cómoda division, se aprecie, y cabiendo á uno de los partícipes, se le aplique íntegra; mas no cabiéndole, debe entregar el exceso en dinero.
  19. Nona: la estimacion ó aprecio que haya de hacerse de la cosa que no admite division cómoda, sea de toda ella, y no de la parte que á cada partícipe se asigne separadamente.
  20. Décima: que no se venda la cosa divisible mientras se pueda evitar.
  21. Undécima: en la division que ha de hacerse entre el consorte sobreviviente y los herederos del difunto, se ha de hacer separacion de los bienes que llevaron al matrimonio, ó que adquirieron durante el por cualquier título.
  22. Duodécima: si en la herencia hubiere derechos incorpóreos, como censos, juro&c., han de dividir sus capitales y pensiones con la misma equidad y proporcion que va indicada.
  23. Decimatercera: si hubiere deudas á favor del caudal, han de hacer su aplicacion y distribucion del modo que allí se expresa.
  24. Decimacuarta: si hubiere deudas contra el caudal, y por no estar satisfechas antes de la division se constituye pagador de ellas á alguno de los interesados, han de hacer á su favor adjudicacion é hijuela de su total, aplicándole dinero para satisfacer el importe de ellas, ó á falta de él, bienes de la herencia.
  25. Décimaquinta: el contador no ha de alterar por motivo alguno la tasacion de los bienes, sino arreglarse á ella para su aplicacion y distribucion.
  26. Los contadores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones.

27. Los contadores pueden enmendar los yerros que hubieren cometido, y refor-

mar su parecer, antes que el juez apruebe la particion.

1. **V**entilados y definidos los incidentes que pueden ocurrir antes de proceder á la division de la herencia, segun se insinuó en los párrafos 13 y siguientes del capítulo anterior, para ejecutar dicha particion deben los interesados nombrar contadores. Estos han de ser diversos de los tasadores ó apreciadores de bienes, y muy inteligentes, no solo en cuentas, porque el error material de cálculo se puede facilmente enmendar y salvar por medio de una declaracion ó prevencion, sino tambien en los puntos de derecho, de los que procuraré dar idea con la claridad posible; pues de no concurrir simultáneamente en ellos ambas circunstancias, se exponen á fomentar por su impericia costosos pleitos, causando imponderables perjuicios á los interesados; por lo que en la Corte solo los abogados pueden hacer particiones judiciales, segun el auto del Consejo de 11 de abril de 1768. Asimismo deben jurar en los términos expuestos en el párrafo 14 del capítulo anterior, al modo que los jueces árbitros y tasadores, ante el escribano originario ó de diligencias de la testamentaria, segun se practica.

2. Todas las personas á quienes por derecho se permite comparecer en juicio, tratar y contratar, pueden ser electas para hacer particiones, porque es acto extrajudicial; bien que su parecer se ha de presentar al juez para que lo apruebe, y mande cumplir siendo arreglado. Asi que el menor de veinticinco años, si tiene diez y ocho, podrá ser contador respecto á que no teniendo curador puede contratar por sí, y ser procurador para negocios extrajudiciales, como tambien ejercer jurisdiccion delegada (\*). Lo propio digo del infame por derecho (1) en cuanto á ser contador.

3. Los que se nombran para contadores no pueden ser compelidos á aceptar el encargo de tales, si no quieren; pero una vez aceptado, los puede apremiar el juez á que lo evacuen, porque lo que al principio es voluntario para su admision, se constitu-

\* La ley 3. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. que cita aqui el autor, no habla de los menores. En la 7. tit. 2. lib. 10 se dice que cumpliendo estos los diez y ocho años, si estuvieren casados, puedan administrar su hacienda y la de su muger sin necesidad

de venia ó dispensa. El señor Sala en su *Ilustracion del Derecho Real de España*, lib. 1. tit. 4. num. 29, explica otros puntos relativos á esto.

1 Ley *Pædius*, ff. *Recept. qui arbitr.* et ibi DD. Ayor. cap. 4. num. 3.

ye obligatorio segun derecho para su ejecucion despues de admitido (1) (\*).

4. Tampoco pueden recusarlos las partes que los eligieron, sino por causa justa que sobrevenga probada ante juez ordinario ó superior del recusado, pues no basta el juramento solo de tenerlos por sospechosos (2). Pero siendo nombrados por el juez de motu propio, se les puede recusar como á este con el juramento referido, sin necesidad de exprerar ni justificar causa; y admitida en ambos casos la recusacion, se les removerá en el todo del conocimiento del negocio, nombrándose otros en su lugar, como se practica. Si estan diputados públicamente para el ministerio de hacer particiones, se debe observar en su recusacion lo que acerca de los tasadores públicos expliqué en el párrafo 9, capítulo 3 de este titulo, porque milita la misma razon legal.

5. Las causas por que pueden ser conceptuados por sospechosos, y por consiguiente recusados, son grande enemistad ó motivo de tenerla, nacida despues del nombramiento entre el nombrado y el que le nombró; el haber contraido afinidad con la parte contraria, ó sucedido en su herencia; el haber sido ordenado de orden sacro; desterrado ó preso por delito; el haber enfermado é ausentádose por largo tiempo, y otras á arbitrio del juez (3).

6. Ayora controvierte si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá este ser recusado por la parte contraria; y resuelve que el contador nombrado puede serlo por las causas expresadas en derecho; porque tiene jurisdiccion para pronunciar y adjudicar los bienes hereditarios, y en esto puede agraviar; pero que los nombrados para formar cuentas de tutores, administradores, compañías y otras personas semejantes, no pueden serlo porque carecen de jurisdiccion, y solo tienen facultad de dar sus pareceres, y remitirlos al juez á fin de que sentencie y determine. Sin embargo de este dictamen, como ninguna ley hace mencion de estos contadores de particiones, se debe recurrir á las que tratan de los árbitros, en cualquier duda que ocurra sobre ellos; y en consecuencia debe distinguirse

1 Ley *Labeo ait*, 3. §. fin. ff. *de recept. qui arbit.* et ibi glos. Ayor. ibi, num. 4. reg. 21 y 33. in sexto de las Decretales.

\* No obstante que se mande y sean apremiados á evacuar el encargo, no se les puede privar de audiencia, alegando justa causa.

2 *Guerreir. de recusation.* lib. 2. cap. 10. num. 24. Cortiad. decis. 18. num. 6 y 23. Ayor. ibi, num. 14.

3 Ley *Filius familias*, §. final, ff. *de procurator.* Ayor. dicho. cap. 4. num. 16. *Guerreir. de recusation.* lib. 4.

de este modo: si los contadores fueron electos como jueces árbitros y arbitradores, ó amigables componedores, y para ello precedió compromiso de las partes con las facultades de que diesen á la una y quitasen á la otra á su arbitrio, y con pena convencional; entonces podrán ser recusados por las causas porque pueden serlo los árbitros con arreglo á derecho, porque tienen jurisdiccion, y pueden agraviar (debiendo la parte que se dice agraviada, para que se la oiga sobre el agravio, depositar la pena, y apelar ó pedir reduccion dentro de los diez dias legales). Pero faltando el expresado requisito de arbitracion, no pueden ser recusados los partidores, porque por mas autoridad que se les atribuya, no se extiende á mas que á un parecer ó dictamen que con nombre de peritos dan segun su inteligencia, el cual, como no es exequible mientras el juez no lo apruebe, y el agraviado en caso de apelar no constituya la fianza prevenida por nuestro derecho (1), no tiene vigor de sentencia; mayormente cuando no siendo letrados estos peritos, no pueden ser nombrados para artículo que consista en derecho ni para otra cosa que puedan determinar por el proceso, sino para lo que consiste en cuenta, tasacion ó pericia en arte ú oficio, como lo manda la ley (2); y si hay algun punto oscuro ó duda de derecho, lo deben consultar y proponer al juez para que lo resuelva con audiencia de los interesados antes de proceder á formar la particion; y asi pueden estos agravarse del dictamen de aquellos, en uso del traslado que de la particion se les debe comunicar, con tal que no la consientan antes; pues el traslado es para que en su vista se conformen con ella, ó expongan ante el juez ordinario los agravios que contenga y pida se deshagan, y no para otro efecto: sobre lo cual, si el agravio consiste en hecho, se les debe oír en via ordinaria, como se practica.

7. Como el juicio de la division pende del justo y arreglado arbitrio del juez, segun lo dice la ley 10. tit. 15. Part. 6. «Poderío há el juez ante quien pidieren la particion los herederos de la mandar facer en la manera que él entendiere que se será mas guisada, é mas á pro de ellos;» parece que si los contadores nombrados por las partes discordan, podrá segun derecho (3) apremiarlos á que elijan tercero en discordia. Sin embargo se ha considerado util, y se practica en la Corte, que el juez le nombre de oficio para evitar las contiendas y discordias que acerca

1 Ley 5, y nota 1. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 1. tit. 21. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 29. tit. 4. Part. 3.

de la eleccion se podrian suscitar entre ellos; y aunque de los tres se conformen los dos, no se deja de comunicar traslado á las partes, para que consientan la particion, ó digan de agravios, del mismo modo que si el tercero no hubiera sido electo, y se les oye en via ordinaria, porque el juez no puede proceder sumariamente sino en los casos expresos en derecho, y el tercero no sale de la esfera de un perito como los demas. Una vez propuestos los agravios, no debe aprobarla, ya se conformen dos de los tres, ó todos discorden, formando cada uno su particion, porque no la hay hasta oír plenamente las partes; y con vista de las probanzas que hagan, si los agravios consisten en hecho, y de los fundamentos que aleguen, dará su sentencia, de la cual podrán apelar en el término de los cinco dias legales, ó consentirla.

8. Quedando viuda la muger sin hijos, é instituyendo su marido por herederos, v. gr. á dos ó mas hermanos suyos, ó á dos hermanos y dos sobrinos, hijos de otro hermano, se han de nombrar dos contadores solos, uno por los hermanos y sobrinos del difunto, y otro por la viuda, porque todos los herederos representan á su instituyente, y pretenden una misma cosa, que es la herencia, y aquella otro tanto de los gananciales, como todos juntos. Pero pagada la muger, si la parte de los herederos quedase sin distribuir, y quisieren repartirla entre sí, nombrará cada hermano su contador, y los sobrinos otro solo, porque estos no representan mas que una persona que es la de su padre, y como que han de heredar por estirpe, esto es, por representacion, y no llevar todos mas que cada uno de sus tios que sucede por persona, porque lo mismo llevaria su padre si viviera, se estiman por un heredero. Y si en uno y otro caso quisieren conformarse en un solo contador por evitar discordias y gastos, como en la Corte se practica, y lo tiene mandado el Consejo, pueden hacerlo porque ninguna ley se lo prohibe.

9. Una cosa es liquidar el caudal partible y dar dictamen acerca de la cuota ó suma que á cada uno toca por sus derechos, lo cual se llama con propiedad liquidacion; y otra hacer pago de esta cuota con los bienes de la herencia, lo cual se llama distribucion y aplicacion ó adjudicacion. En orden á esta, se duda si el juez podrá ó no adjudicar á los herederos los bienes que le parezca; si los partidores tendrán esta misma facultad; y en caso de tenerla, si podrán ser compelidos á hacer las adjudicaciones. Resolviendo pues estas cuestiones, digo en primer lugar, que el juez puede á su arbitrio hacer las adjudicacio-

nes á uno entera ó particularmente, y condenarle á que entregue al coheredero en dinero su parte, si la cosa no tiene cómoda division, aplicando tambien los demas bienes segun su valuacion, ya esten bien ó mal tasados (1): lo primero, porque el derecho le autoriza para ello, á fin de evitar disturbios entre los interesados; lo segundo, porque el juicio divisorio no es para conocer de la justicia ó injusticia de la tasacion, ni el juez es perito en esta parte, sino para liquidar el caudal partible, y aplicar los bienes de la herencia por los precios en que esten valuados, lo cual es muy diverso; pues para aquello es el juicio de inventario, en el cual antes de llegar á la division, se han de proponer y deshacer los agravios que haya en las tasaciones, á cuyo fin se comunicarán los autos á los interesados, si quieren tomarlos, ya las hayan presenciado ó no.

10. En cuanto á los contadores parece que no podrán hacer las adjudicaciones por defecto de jurisdiccion para pronunciar, y que solamente tienen facultad para dar su dictamen, y exponerle al juez á fin de que pronuncie; sin embargo de esto, tienen facultad para hacer la adjudicacion de los bienes que no admiten cómoda division (2), y tambien la de los demas bienes por sus precios; porque por el hecho de nombrarlos las partes, y de conformarse el juez con su nombramiento, es visto darles comision para todo.

11. Como en las particiones cada uno de los interesados quiere regularmente lo mejor, para que el contador proceda con justificacion en las adjudicaciones y en la particion, y por su impericia no se concilie el odio de los herederos ó socios, ni sea causa de discordias entre ellos, debe tener presentes las quince reglas ó advertencias que siguen. Primera, que observe igualdad y proporcion, no solo en cuanto al número, cuota ó cantidad que á cada interesado corresponda, sino al valor y estimacion, cualidad y bondad de las cosas que le aplique: de modo que no adjudique á uno lo bueno, y á otro lo malo, sino á todos proporcionalmente, pudiendo ser, segun su respectivo haber, de todas clases, y en cada una de bueno, mediano, ínfimo, fructífero, infructífero, exequible, dudoso, incobrable, mueble, raiz, semoviente &c. (3). Si hay cosas ó géneros venales, ha de guar-

1 Ley *Ad officium*, 3. Cod. *Communi dividund.* Ley fin. tit. 15. Part. 6. Ayor. de *partition.* part. 3. que. t. 5.

2 Ley *In iudicio familiæ erciscundæ*, 47. ff. *Familiæ erciscundæ.* Ayor. dicha

quest. 5.

3 Ley *Si probatum*, Cod. *Communi dividund.* *Guerreir. de divis.* lib. 2. cap. 14. num. 23, 24, y 41 al 46.

dar con ellos la misma proporcion, atendiendo á su buena, mediana ó poca salida, y no precisamente á su valor, á cuyo fin se informará de prácticos en su comercio, y los dividirá en tres clases, pues con los de mayor consumo se hace mejor negocio, porque se compra y vende mas veces, y cuantas mas se emplea el dinero, mas lucro se adquiere; advirtiéndose que si agravia á los interesados, y estos no son oídos en contradictorio juicio, se debe deshacer el agravio, y el juez reducirlo ó albedrío de buen varon con su audiencia antes que apruebe la particion (1); pero si fueron oídos y condenados, y se confirmó la sentencia condenatoria, ó no apelaron de ella, y se pasó en cosa juzgada, deben observar en todo la particion, ya sea hecha extrajudicialmente por los interesados, y presentada al juez para su aprobacion, ó judicialmente (2).

12. La segunda regla es que si en alguna de las fincas divisibles tiene parte alguno de los interesados ó herederos, ya sea por haberla comprado antes, ó por habérsela legado, donado ó adquirídola por otro título, le prefiera en la adjudicacion de su total, pues debe ser así por la mayor porcion que en ella le toca; y si algunos tienen comunion en ella, debe ser preferido el que mas parte tenga al que no tiene tanta (3).

13. La tercera es que si los socios ó herederos hicieron algunos pactos permitidos acerca de la division de la herencia, ó bienes de la sociedad que contrajeron, los observe el partidor 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 modo (4). 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 posible (5).

15. La quinta es que si alguno de los partícipes posee un

1 Ley 3. Cod. *Communia utriusque iudicii*.

2 Ayor. de *partition*. part. 3. quæst. 6 y 7.

3 Ley *Sancimus*, §. *Ne autem*. Cod. de *donation*. Morquéc. de *divis. bonor.* lib. 2. cap. 10. num. 7. Guerreir. de *divis. di-*

cho lib. 2, y cap. 14. num. 21, y lib. 6. cap. fin. num. 31.

4 Guerreir. dicho cap. fin. num. 33 y 44. lib. 6. de *divis.*

5 Ley *Venditor*, 35. y ley penult. §. fin. ff. de *action. empt.* Guerreir. dicho cap. fin. num. 26 y 29. lib. 6.

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 quepan (1) (\*).

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 así lo pacten expresamente (2), 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 así lo quieren, y para usar del suyo el del superior, como cuando los poseía 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 único dueño y poseedor de todos tres (3).

17. La séptima es que aplique á cada interesado las cosas ó fundos integros 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 util; quiero decir, que si la cosa no la admite cómoda,

1 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. Morquéc. lib. 2. y cap. 10. 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 quanto queda manifestado sobre la prelación. *Febrero adicionado*.

2 Ley *Irem Labeo*, 22. ff. *Familie eriscund.* Paulad. differ. 81. num. 6.

3 Guerreir. dicho cap. fin. num. 22 al 25. lib. 6.