

bre de *lucro*, *daño* ó *expensas*: de *lucro*, v. gr. si uno de los herederos percibe alguna cosa de la masa común, pues debe participarla á los demas: ¹ 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 prorata². Llámase tambien mixta, porque en la cosa común cualquiera de los partícipes tiene dominio hasta en la mas mínima parte³, y porque el juez la puede adjudicar á uno toda.⁴

11. No debe confundirse esta acción de división con la de partición 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 división; 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 declaración, no se le estimará parte para pretenderla, respecto negársele la cualidad de tal); y en consecuencia de dicha declaración, 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 los cosas de que se compone⁵.

12. La acción de pedir la partición contra el heredero que posee la herencia, no prescribe hasta los treinta años, por ser mixta de real y personal⁶; aunque por estar los coherederos ó socios por mas de treinta ó cuarenta años en la posesión de las cosas hereditarias ó comunes, no tiene lugar dicha prescripción: ya porque no puede inducirse un acto voluntario, cual es el de haber permanecido voluntariamente todos y cada uno en la comunión, y ya porque por el hecho de poseer en común, parece que cada uno defiende su derecho, y no se le puede imputar á negligencia, que es una de las causas inductivas de la prescripción⁷. Sin embargo de esto, para que la partición se entienda hecha entre mayores no se requiere el transcurso de treinta años; y así es que si los hermanos despues de la muerte de su padre habitan separados por diez años

1 L. *Inter*. 44 §§ 2 y 3 ff. *Familiae eriscundae*.
2 L. *Et puto*, 16 § penult. ley *Haeredes*, 25 § *Non tantum*, 16 y § *Item culpa*, 18 ff. *Familiae eriscundae*.
3 L. *His consequenter*. 18 § *Sumptum*; y ley *Haeredes*, *Idem juris*, 13 ff cod. tit. *Guerreir. De divis* lib. 1 cap. 1 n. 14 al 16.
4 L. *Ut si certo*. § *Si duobus*, ff. *Comodati*, y § *Sic utique decretis*. Institut. *De action*.

5 L. 26 tit. 2 part. 3. Gom. en la ley 45 de Toro n. 153 y 154.

6 L. *Haereditatem* 3 Cod. *In quibus causis cesset longi tempor. praescriptio*.

7 L. 1 ff. *De usucapion*. Olea *De cession. jur.* tit. 3 q. 6 desde el n. 28. Ayllon. ad Gom. lib. 1 *Var.* cap. 9 n. 17. *Guerreir. De divis.* lib. 1 cap. 1 n. 42 al 46.

entre presentes, y veinte entre ausentes, se presume hecha la división de la herencia paterna¹. Lo propio milita cuando los coherederos ó socios callaron en dicho tiempo, y principalmente si poseyeron las cosas de la herencia ó sociedad; pues la posesión y su silencio inducen la referida presunción, la cual transfiere en el que pide la división, la obligación 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 ejecutada².

13. Se ha de pedir la división de la herencia ante el juez de los herederos, ó ante aquel en cuyo territorio están sitios los bienes de esta, al modo que los legatarios sus mandas³; y hallándose en diversos territorios, se ha de solicitar ante el juez de aquel en que esté la mayor parte, y pedirle tiempo para aconsejarse⁴. Si los herederos del lego fueren clérigos ó religiosos que pueden poseer bienes en común, 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 partición, debe acudir al juez lego, por la regla de que el actor debe seguir el fuero del reo⁵; 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 pleito⁶; bien que el juez del inventario deberá conocer en todos casos de la partición, como subsidiaria y conexa con él, y es lo que se practica. Pero si el lego fuere heredero de clérigo, como se hacen de aquellos bienes por la aceptación de la herencia, se ha de pedir su división 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 iglesia⁷.

14. En todos los juicios debe oír el juez á las partes en vía ordinaria, excepto en los casos de alimentos y otros⁸; y no estando comprendidos en estos el de división, 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 sujeto á quien se le pide que haga partición de herencia ó cosa co-

1 Gom. lib. 2 *Var.* cap. 11 n. 17 al fin. *Me-noch.* lib. 3 *praesumpt.* 60 n. 3 y *praesumpt.* 131 n. 93. *Morquech. De divis.* lib. 1 cap. final.

2 *Morquecho* dicho cap. fin. *Guerreir.* dichos lib. y cap. 1 ns. 49 y 50.

3 L. última tit. 9 y 10 tit. 15 part. 6.

4 L. 1 al medio, tit. 6 part. 6.

5 L. 1 cit. y ley *Actor*. Cod. *ubi in rem actio*,

6 *Covarr. Pract.* cap. 8 n. 4 vers. *Quarta conclus.* *Acev.* en la ley 15 tit. 4 lib. 4 R. n. 6.

7 L. *Si quis presbyter*. Cod. *De episcop. et cleric.* *Greg. Lop.* en la ley 13 tit. 7 part. 6 gl. penult. vers. *Quod autem*.

8 L. 3 § *Sciendum*. ff. *Ad exhibendum*, ley *Judicis*, ff. *De judiciis* y *Clera. Dispensiosam de judiciis*.

mun, 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 declaracion¹.

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 compareciendo alguno de los nombrados, deben hacerla los que asistan, apercibiendo 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 presenciaran². 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 ley³: 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 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 alguno 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 ménos para aplicarla al coheredero, le pide deshaga 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 tasacion⁴.

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 inven-

1 L. 1 ff. *Familiae eriscund.* et ibi DD.
2 Ayor. *De partit.* part. 1 cap. 5 n. 5.
3 L. 2 tit. 21 lib. 10 N. R.

4 L. 10 tit. 15 part. 6. *Ad officium.* Cod. *Communi dividund.* Ayor. dicho cap. 5 n. 6.

tario, 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 artículos ó incidentes, como que no causan perjuicio irreparable, no debe admitir apelacion de su auto por ser frívola 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 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, ántes 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 pueden decir de nulidad del testamento, pedir suplemento de legitima, y restitucion por entero, y practicar todo cuanto se permite al heredero.

1 L. 13 tit. 23 part. 3, ley 9 tit. 12 lib. 5 y 23 tit. 20 lib. 11 N. R. Cap. *Non solum.* q. 6. *Cum appellationibus frivolis de appellat.* in f. *Clementina. Saene, de verbor. significat.* Ayor. cap. 5 n. 8 y 9.
2 Aunque no debe admitirse la apelacion, ha de entenderse en el efecto devolutivo, pe-

ro no el suspensivo, pues se permite y puede seguir la causa ante el superior. *Febrero adicionado.*
3 L. 7 tit. 15 part. 6. Greg. Lop. en dicha ley 7.
4 L. 8 dicho tit. y part.

21. Los coherederos pueden retraer¹ por el tanto, dentro del término legal, toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes raíces, porque son partícipes y comunes². 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 usufruto 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 L. 8 tit. 13 lib. 10 N. R.
3 L. 55 tit. 5 part. 5.
4 Greg. Lop. en dicha ley 55 gl. 2 al fin.

- Matienz. en las 13 y 14 cit. gl. 3 n. 3.
5 Palac. Rub. en la ley 70 de Toro n. 22, Castill. en la 74 verb. *Parte*, en ella Matienz. en la 7 cit. gl. 1 n. 4 y sig. y en la 13 n. 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.

- 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 partidarios 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 licitos acer-

- ca de la division de la herencia, debe 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 adjudicarsele 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 la 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 útil: 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 él por cualquier título.
22 Duodécima: si en la herencia hubiere derechos incorpóreos, como censos, juros &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 ó hijuela de su total, aplicándole dinero para satisfacer el importe de ellas, ó á falta de él, bienes de la herencia.
25 Decimaquinta: 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 reformar su parecer, antes que el juez apruebe la particion.

Ventilados y definidos los incidentes que pueden ocurrir antes de proceder á la division de la herencia, segun se incinó 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 fácilmente 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