

de este, porque estas piedras no se consumen ni deterioran, y así no tienen pérdida: por cuya razón, 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 sería perjudicado el consorte en el exceso que no era valor verdadero, sino aéreo ó imaginario. En la adjudicación v. gr. de un aderezo ó de otra cosa que conste de varias piezas, no ha de hacer separación de estas, sino aplicarlas todas (como que unidas componen y constituyen una completa) á un solo partícipe, porque de lo contrario pierde la estimación que tiene con la unión de todas; y si á ninguno cabe, véndase ó aplíquese según se convengan los interesados: y lo mismo se debe practicar por la propia razón con bienes de otras clases que hacen juego, uniformidad y simetría. Si se tarda en hacer la partición, 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 después perjuicio en su aplicación; excepto que no quieran hacer este nuevo gasto.

26. En orden á si los contadores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones, parece que sí, porque una vez que lisa y llanamente aceptaron el encargo, fué para todo, y no para la mera liquidación; 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 quería luego publicasen que habia procedido con pasión, ó dijese de agravios de la adjudicación, y consumiesen la herencia. Viendo ellos su renuencia se quejaron al juez, el cual, oído el contador, les mandó juntarse en su casa; de cuya providencia apelaron, y se confirmó por el consejo.

27. Aunque el juez ordinario no puede enmendar ni revocar su sentencia después de pronunciada y publicada por estarle prohibido, á causa de haber usado de todas sus facultades, y acabándose en aquel juicio su oficio; no milita esto para con los meros contadores, quienes, ya sean nombrados de oficio, ó á pedimento de cualquiera de los interesados, pueden enmendar el error que hayan padecido, y reformar su parecer para evitar controversias, porque la comisión que les dieron fué para evacuarla perfectamente; y aunque no se haya manifestado así en el nombramiento, se entiende tácitamente;

pero la enmienda ha de ser ántes que el juez apruebe la partición, pues una vez aprobada no se les permite, por cuanto espiraron su oficio y facultades.

1 L. *Cum quid.* 3 ff. *De reb. credit. Si certum petat.* Ayor. *De partit.* part. 3 q. 3.

CAPITULO III.

¿Cómo se han de dividir las cosas individuales, el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí, y las fincas enfiteúicas?

- 1 ¿Cuáles son las cosas individuales?
- 2 Ejemplos para instrucción del partidor en el modo de proceder para la división de las cosas individuales.
- 3 Cuando una cosa no admite cómoda división, 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 tasación; pero si cada uno de ellos se resistiere á tomarla en estos términos, habrá de sortearse.
- 4 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 vía de depósito, con cargo de suministrar la renta anual al pensionista.
- 5 Puede dividirse entre los herederos el precio enfiteúico por partes, aplicándole proporcionalmente á cada uno según su haber, ó enteramente á uno con obligación de dar á los otros la estimación ó el valor de su parte, y esta división puede hacerse sin obligación de requerir al señor del dominio directo si lo quiere por el tanto.
- 6 También tiene lugar lo expuesto en el párrafo anterior, cuando el enfiteúsis se concedió á muchos con pacto expreso de que el uno sucediese al otro, ó de que entre ellos hubiese derecho de acrecer.
- 7 Si el padre llama á un hijo al goce del enfiteúsis perpetuo, y le entrega la cosa enfiteúica, debe observarse su voluntad, y el hijo lo llevará con obligación de reintegrar á sus hermanos de sus respectivas porciones.
- 8 ¿Qué se hará si alguno de los herederos del enfiteúsis perpetuo enagenare la parte que le tocó sin requerir primero al señor del dominio directo?
- 9 Las mejoras hechas en la cosa enfiteúica son propias del que las hace.
- 10 Se resuelve la siguiente cuestión: ¿si perteneciendo á memoria ó capellanía el enfiteúsis, y liberando el dueño útil su finca afecta á él por tres laudemios, y el duplo capital del cánón ó pensión anual, según el auto acordado del consejo, ó del modo pactado en la escritura de su creación, ó á falta de pacto, según la costumbre del pueblo, podrá el capellan quedarse con los tres laudemios, ó á lo ménos con uno?

1. **D**e las cosas que son objeto del juicio devisorio unas hay corpóreas y otras incorpóreas. En cuanto 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 últimas 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 pro indiviso, 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 aquéllos 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 sólo; por lo que los herederos han de prestar caucion de 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 de indemnidad entre los herederos en la promesa penal hecha por el difunto, de que

1 La indivisibilidad de las cosas *individuas* se induce de tres modos: 1.º por naturaleza, v. g. en las servidumbres y otros derechos incorpóreos que no admiten separacion real y efectiva: 2.º por disposicion de la ley, como en la estipulacion general ó alternativa del hombre: 3.º 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 esta pro indiviso, y entonces se ha de aplicar á uno.

2 Duaren. in § *Et harum*. y en el lib. 1. *Disputation.* cap. penult. Velasc. *De partit.* cap. 27 ns. 6 y 7.

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 sortée, y aquel á quien toque por suerte no se debe excusar de admitirla con dicha responsabilidad, ó sin ella, en caso de caberle; ó si no, 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, debe ser oido, y no procederse á la subasta, ni causarle estos perjuicios y gastos; por manera que si el juez no defiere 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 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 sumi-

1 L. 10 tit. 15 part. 6, ley 2 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real, ley *Item Labeo*. ff. *Familiae eriscundae*, y ley *Ad officium*. Cod. Com.

2 *muni dividund.*
2 Genes. cap. 13 vers. 9 cap. 1 *De parochiis et alienis parochianis.*

nistrar 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 pagué á prorata, deduciendo la parte que como uno de ellos le corresponda satisfacer, y de que si por el contrario muriere ántes que se consuma el capital, comunicará á los demas el sobrante, y de esta suerte ninguno queda perjudicado.

5. A veces ocurre tener que dividir la cosa enfitéutica 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 enfitéuticos que se equiparen á ellos¹. Así que, los herederos pueden dividir el predio enfitéutico 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 enfitéusis se haya estipulado lo contrario, así en órden á esto como á la division.

6. Tambien tiene lugar lo expuesto cuando el enfitéusis 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.

7. Si el padre llama á un hijo al goce del enfitéusis perpetuo referido, y le entrega la cosa enfitéutica, 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 algun hijo la finca gravada con el enfitéusis, ó en 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.

¹ L. 10 ff. *Familiae eriscundae*. Rubric. y todo el tit. ff. *Si ager vectigalis*.

² L. fin. Cod. *De jure emphyteuticæ* Guereir. *De divis.* lib. 2 cap. 8 ns. 118 y 119.

8. Si alguno de los herederos del enfitéusis perpetuo enagena 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 há lugar el comiso¹.

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

10. Dúdate si perteneciendo á memoria ó capellanía el enfitéusis, y liberando el dueño del dominio útil su finca á él afecta por tres laudemios y el duplo capital del cánón 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 ménos 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 enfitéusis, si la memoria ó el capellan, y si los laudemios son renta ó fruto de ella. En órden á lo primero digo, que la memoria es la dueña, y el capellan un mero usufruario 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 enfitéuta 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 sí y para sus sucesores en la escritura de dacion á enfitéusis, tocan á la memoria, la cual en virtud de la traslacion de dominio que la hizo el fundador dueño del enfitéusis, se constituyó dueña, se subrogó en su lugar, y le sucedió en ellos. En cuanto á lo se-

¹ Vasec. *De partit.* cap. 25 n. 36 al fin.

² Velasc. *De partit.* cap. 26 ns. 23 y 24.

³ Acerca de si el enfitéusis, ya sea eclesiástico, secular ó mixto, es ó no hereditario, partible y trasmisible; si en él ha de suce-

der varon ó hembra, y otras cosas concernientes á este asunto, véase á Velasc. *De jur. emphyteut.* Guereir. *De divis.* lib. 2 cap. 8. Morquesch. *De divis. honor.* lib. 1 cap. 6.

gundo 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 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 ménos 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 resarse con el capital que de ellos y su valor se forman: y como la mayor renta anual que produce, la cual se juzga igual al cánon y laudemios que ántes de extinguirse se pagaban, y que de quedarse con ellos el capellan en cuya vida se consolidan ambos dominios, imponer solamente el duplo capital, ó este y dos laudemios, léjos 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 ántes podian superar mucho, no solo el actual rédito del duplo capital, sino á los del de los tres si eran muchas las ventas que en sus respectivas vidas se celebraban; y mas se debe mirar al 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 ántes. Lo propio se ha de decir por la misma razon cuando el enfiteutis pertenece á mayorazgo.

CAPITULO IV.

Método que ha de seguir el contador para formar la cuenta y hacer la liquidacion. Deduccions que deben hacerse del caudal inventariado: la primera es la dote ().*

- 1 Presupuestos que debe hacer el contador de todo lo que resulte por órden cronológico.
- 2 A continuacion de los presupuestos debe formar cuerpo del caudal poniendo los bienes por clases y por mayor.
- 3 Formado el cuerpo del caudal deben hacerse las deducciones correspondientes, y por qué razon.
- 4 Lo primero que debe deducirse es la dote legitima y verdadera que la muger acredite haber llevado al matrimonio.
- 5 Opinion de Ayora acerca de la deduccion de la dote, refutada por el autor.
- 6 Lo que deberá tener presente el contador acerca de la restitucion, aumento, deterioro ó pérdida de los bienes dotales.
- 7 y 8 ¿Cómo deberá hacerse la deduccion de la dote cuando el todo ó parte de ella consista en créditos á favor de la muger?
- 9 ¿Cuándo se constituirá dotal la finca que el marido compró con el dinero que la muger le llevó en dote; y cómo deberá hacer la aplicacion el contador?
- 10 ¿Por qué precio han de aplicarse á la muger estas fincas estimadas como dotales?
- 11 ¿Cómo deberá proceder el contador para la deduccion cuando la muger hubiese llevado en dote legado anual, pension, usufruto de bienes raices, renta vitalicia, ó empleo que el marido haya de servir?
- 12 En concurrencia de dos dotes legítimas, ¿cuál deberá deducirse primero, no habiendo dejado el marido bienes suficientes para satisfacerlas ambas?
- 13 Cuando el marido dejó bienes suficientes con que reintegrar el haber respectivo de su primera y segunda muger, y hay tambien gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, debe distinguirse: si la segunda muger los renuncia, contentándose con su dote y arras si las hubiere, lo mismo es deducirla ántes que despues de la primera; mas si quiere la parte que le corresponde en los gananciales, se han de distinguir cuatro casos.
- 14 Caso primero. Cuando el marido llevó algunos bienes al matrimonio segundo; pero no los suficientes á cubrir la dote y demas haber de la muger primera, haya habido ó no gananciales en el de esta.
- 15 Caso segundo. Cuando el marido no llevó bienes algunos al matrimonio segundo, consta el haber de la muger primera y los gananciales adquiridos durante el suyo; y despues de cubiertas ambas dotes y lo demas correspondiente á la primera por todos sus derechos, resultan otros gananciales adquiridos en el segundo.
- 16 Caso tercero. Cuando el marido llevó al matrimonio segundo bienes suficientes para cubrir el haber de los hijos de la muger primera existente en su poder, y algunos mas suyos propios.
- 17 Caso cuarto. Cuando el marido lleva al matrimonio segundo bienes suficientes, no solo para cubrir el haber de los hijos del primero que existen en su poder y les corresponde por sus legítimas maternas, y el derecho de reservacion, así tambien algunos suyos propios; y durante el segundo les da el todo ó parte de lo que les toca por los títulos expresados, ó algo mas en cuenta de la paterna.

(*) Véanse los capitulos 5, 6 y 7 tit. 2 libro 1 donde se trató de la dote.