

dores, ò las partes contra quien fue hecho, Respondeo; que si el alcance fue hecho por las partes, y aprobado y mandado guardar por la justicia por su sentencia, de la qual no fue apelado, cosa llana es que se puede ejecutar como sentencia passada en cosa juzgada: Etiam si sententia sit injusta, propter auctoritatem rei judicatæ; est casus expressus in l. cum putarem, ff. famil. hercisc. ubi not. DD. Pero sino ay sentencia ni aprovacion de juez, si las partes conjunieron las dichas cuentas en todo lo contenido en ellas y en el alcance y no reclamaron, tambien se podra executar el dicho alcance y resolucion de las dichas cuentas en todo lo contenido en ellas, como se ayan hecho ante escrivano publico, ò por escritura privada, si está reconocida por las partes como los otros reconocimientos, reconocidos conforme à la ley de Toledo, que es ley 5. tit. 21. lib. 4. Recop. pero sino estan las cuentas consentidas por las partes, ni consentido el alcance, sino que las partes se agravaron y apelaron dello; en tal caso no se podra executar, hasta que se acabe el pleyto de la apelacion, y agravio de las dichas cuentas en todas instancias, pues no ay sentencia passada en cosa juzgada, ni consentida, ni recado cierto que trayga egecucion aparejada: la qual se deve entender y limitar, salvo si las cuentas se hizo-

eron por egecutoria y sentencia que precedio primero, por la qual se mandò, que las partes nombraffen Contadores para hazer las cuentas, y en caso de discordia se nombrasse Tercero, y lo que estos tres ò la mayor parte de ellos hiziere, se cumpla y egecutur, ut quovidie fieri solet; en tal caso se egecutara y traera egecucion aparejada lo que dos Contadores conformes huvieren hecho; aunque la parte apele de ello: Non ex virtute rationum vel calculationis factæ ab Arbitris, vel calculatoribus, sed virtute sententiæ, vel executoriæ præcedentis, quæ hoc ita fervari justit: sed hodie etiam cessante prædicta executoria, Atemo lo dispuesto por la nueva pragmática del año de 1583. se puede executar y trae egecucion aparejada el alcance hecho por los Contadores conformes, aviendole confirmado el juez por su sentencia, sin embargo de apelacion, dando la parte que pide la egecucion dello, las fianças que manda la dicha pragmática.

Item quod dictū est, ampliatur, Que la justicia pueda proceder à egecucion de los alcances que se hizieren por los Contadores, o por las partes con la justicia, aunque no aya sentimiento del reo que fue alcanzado, ni haga Contadores conformes que hagan el dicho alcance: si las cuentas se tomaron por la justicia al mayor-domo del concejo que fue alcan-

çado.

zado en alguna cantidad de pan, o dineros, o otra qualquier cosa tocante à los propios del concejo: porque en tal caso, aunque el mayordomo apele, se ha de executar el alcance contra el hecho: ut habetur & expressè cautum est in l. 32. titul. 6. lib. 3. Recopil. ibi: Y egecutado los alcances, lo qual, se ha de limitar, salvo si el mayordomo del concejo huviesse dado, o mal gastado alguna cosa de los Proprios del Concejo à algun regidor o alcalde, o por su mandado dellos; o por no ser bien gastado, el juez condenasse al mayordomo à que lo pagasse y bolviessse de sus bienes à los propios del Concejo, y le hiziesse alcance dello: en tal caso no se podria executar el dicho alcance y sentencia, por razon que el mayordomo tubo buena fe en dar y gastar aquellas partidas que libraron y mandaron pagar los Oficiales del Concejo, pues el no lo deve ni lo tiene retenido como los demas maravedis de los propios en que fue alcanzado: y de esto se dan provisiones y carras acordadas que assi lo mandan y declaran en el Consejo Real. Quas ego sæpe vidi, & observavi: quod etiam procedere existimo, en los otros mayordomos de Yglesias y Hospitales, ut tenet Bar. & alii in authent. de sanct. episc. §. Oeconomos, collat. 9. & idem servandum est ex dispositione dictæ

pragmaticæ del año de 1585. en los mayordomos de los depositos de los concejos in quorum absentia possunt rationes, seu calculationes fieri, text. in l. 2. §. quod si de frumentaria, ff. de administ. de rerum ad civi. pertinen.

\* A D D I T I O.

Super ista questione, & sequentibus, vide latissimè Doctorem Gutier. in tract. de Tutor. & Curat. part. 2. cap. 9. per tot.

C A P U T V.

Quo ordine & modo per Judicem in partitionibus procedatur.

S U M M A R I U M.

- 1 An in hoc judicio familia herciscunda, vel communi dividendo, plenariè procedendum sit, vel summarim.
- 2 Regulariter tenetur Judex in omnibus causis via ordinaria cum plena cause cognitione procedere, nisi in casibus ubi specialiter in jure cautum reperitur quod summarim Judex procedat.
- 3 Casus in quibus Judex simpliciter, & de plano procedere debet numerantur.
- 4 Quando heres nec at actorè cohæ-

dem esse, non potest agi actione familie herciscundæ vel communi dividundo: sed agendum est via ordinaria petitione hereditatis.

5 Quando hæres constituitur auctorem esse cohæredem, qui divisionem hereditatis petit, in causa divisionis procedere debet Iudex: & quid Iudex ipse facere debeat in tali casu, ibid.

6 Si æstimatores rerum appretiaverint res dividendas pluris, vel minoris, quam valeant, & pars gravata super hoc iudicem adiecit, an summam super hoc cognoscere, ac procedere debet.

7 Si unus ex arbitris recusetur ex justa causa superveniente, debet Iudex super hoc summam procedere & pronunciare.

8 Si unus ex cohæredibus dicat rem inventam in bonis, vel hereditate defuncti suam esse, ideo non debere poni in inventario, vel in appretio bonorum, summam de hoc cognoscere debet Iudex.

9 In causis summaris incidentibus in iudicio divisionis, non tenetur Iudex appellationi deferre, sed ea non obstante ad ulteriora procedere debet.

10 Iudex qui de dividenda hereditate cognoscit, non potest cognoscere de debito ab uno ex cohæredibus ipsi defuncto ante mortem ejus, secus si post ejus mortem debi-

tum sit hereditatis ejus.

11 Prælegata facta uni ex filiis, vel cohæredibus, veniunt in hæc iudicio divisionis.

12 Centum, legata uni ex filiis, eo quod frater alia centum sustulit ex bonis patris, ea habere debet, etiam si falsa causa fuerit, nec subtraxerit alter prædicta centum, dum tamen illa centum non excedant Quintum & Tertium bonorum patris.

13 Declaratur & limitatur text. in l. rationes, C. de probationib.

14 Si restator iussit quod bona sua non dividantur inter hæredes, an valeat talis dispositio.

15 Si unus ex cohæredibus sit absens, an alii præsentis possint dividere hereditatem.

16 Uno ex cohæredibus absente, potest Iudex ad divisionem bonorum communium procedere ipso prius citato, & defensore dato.

17 Curator bonis dari non potest, nisi prius absens citetur, licet jure Regio hodie aliter sit decisum.

18 An valeat divisio bonorum facta uno ex cohæredibus non citato quoad ceteros præsentis, vel de novo fieri debeat quoad omnes.

19 Si cohæres præsentis non possideat partem cohæredis absentis sibi datam ab arbitris, quia eam vendidit, vel perempta sit, antea tenetur reddere cohæredi absenti veram æstimationem ejus, vel sufficere tradere

tradere deterioratam, vel fortè consumptam.

20 Cohæres absens, potest si velit petere pretium partis suæ a cohæredibus vendita, quia in universilibus pretium succedit loco rei.

21 An cohæres absens possit partem suam a cohærede bona fide alienatam à possessore vindicare.

22 Bona fidei possessor alienans partem hereditatis cohæredis absentis, non tenetur reddere cohæredi absenti ultra pretium quod in rem suam utitur versum est.

23 Cohæres absens, cujus pars a cohærede bona fidei possessore vendita est, non potest à possessore rem vindicare, etiam si minori pretio vendita est quam valeat.

24 Si emptor regressum habeat contra venditorem evictione.

25 Cohæredibus mala fide partem absentis cohæredis alienantibus, qui rem cum fructibus absenti cohæredi restituere tenentur, an teneantur restituere fructus in specie vel æstimationem eorum.

26 Hæredes mariti, licet multi sint, unum solum arbitrum ad dividendum bona communia cum uxore nominare debent, uxor vero alium.

Explicito tractatu de Inventario, & ejus effectu, & appretii rerum in Inventario descriptarum, diæloque de personis Ar-

bitrorum, quæ vulgò Contadores appellantur, tunc videndum est, qualiter, & quomodo Iudex in partitionibus procedere debeat, & primò quæritur, Si el juez ha de proceder en la causa de particion ordinariamente como en todos los otros pleytos; o si ha de proceder breve y sumariamente, quitando y repeliendo todas las excepciones frustratorias, y dilaciones de malicia, que se suelen poner por las partes por alargar los pleytos? Et videtur quod hoc iudicium familie herciscundæ, vel communi dividundo, ordinarium sit, sicut cætera iudicia ordinaria; nam in eo non reperitur, quod summarie procedatur, causæ enim summarie, in quibus summarie procedendum est, numerantur per Glos. & Doctores in l. 3. §. sciendum, ff. ad exhibend. & in Clement. dispendiosam, de iudiciis, per Bar. in extravaganti, Ad reprimendum, in glos. summarie, quomodo in lase majestatis cri. proceda. lib. 12. cum ergo non sit hoc iudicium de numeratis ibi, nec in jure reperitur, quod in eo summam procedatur, videtur dicendum quod in eo via ordinaria procedendum sit: nam regulariter in omnibus causis Iudices debent plenarie cognoscere, & procedere, non summarie, nisi ubi lege cavetur: ut in l. iudices, C. de iudic. ubi not. DD. post

Gloss. & in dict. l. 3. §. sciendum, ff. ad exhiben.

Sed his non obstantibus, puto sic distinguendum esse: O el reo, contra quien se pone la demanda, o se pide particion de la herencia, o cosa comun, la niega; y dize, que el actor no es heredero, ni tiene parte en la herencia de que se pide particion; en este caso no ay duda sino que se ha de proceder ordinariamente, y no ha de ser oydo el actor sobre esta accion, y juicio familiae herciscundae sobre la division de la herencia, sino que ha de intentar y pedir primero la peticion de herencia via ordinaria, y declarado por heredero, en parte, entonces podra intentar y seguir el juicio divisorio famil. hercisc. vel communi dividundo; casus est expressus ubi notant DD. in l. 1. ff. fam. hercisc. quam ad alium propositum adduximus supra, cap. 1. primae partis hujus tractat.

Pero si el reo, contra quien se pone la demanda, no lo niega, sino que confessa ser coheredero el actor que pide la particion, en tal caso el juez ha de mandar à las partes, que cada uno de los coherederos nombre por su parte Contador arbitro que haga la particion ut in l. hac edictali, §. his illud, C. de secund. nupt. y señalarles tiempo y lugar, en que la hagan, cada una de las partes su Contador cada dia à la hora y lugar que el

juez le señalar: y no viniendo à la dicha hora y lugar, que los presentes que vinieren nombrados por las otras partes la hagan, y procedan en ella, apereciendoles que valdrà lo que hizieren, y les parara tanto perjuizio como si por todos los nombrados se hiziese. Hic est stylus, & practica procedendi in judiciis divisorii, quae communiter servatur, & res est; nam in eos qui confitentur, nullae sunt partes Judicis ad pronuntiandum, nam confessos in iure pro judicatis haberi placet; ut in l. unica, C. de confessis, & in l. si debitori, ff. de judic. cum concordant. cum ergo sit jam res judicata, vel pro judicata habeatur, quantum ad iudicium principale divisorium, caetera quae in executione sententiae incidunt, vel emergunt, summam expediri debent; ut in l. à divo Pro, §. si super rebus, ff. de re judicat. & sic erit unus casus ex numeratis per Gloss. in dict. l. 3. §. sciendum ff. ad exhibend. ubi Gloss. allegat dictum textum, in quo casu dicit summam esse procedendum, sicut in caeteris ibi numeratis: & idem tenet Bartol. in extravagan. ad reprimendum, superius allegata; in glot. super verbo, summam, circa medium, in versic. si vero causa principalis, ubi magistraliter loquitur; & in effectu concludit tradens regulam generalem, quod quando causa prin-

principalis non est summaria, sed requirit plenam cognitionem causae, tunc de emergentibus & incidentibus debet Iudex summam cognoscere, & procedere, quando causa principalis non perditur, sive quis vincat, sive vincatur in eis. Y assi se concluye, que en todos los articulos incidentes, o emergentes del negocio principal, antes que el juez pronuncie la sentencia definitiva sobre la particion, ha de proceder en ellos summariamente de lo qual se infiere y sacan muchos notables efectos; ut ostenditur in sequentibus.

¶ Lo primero, que si los Contadores, o Apreciadores de los bienes del Inventario, tassaren alguna cosa en mucho mas, o en mucho menos de lo que valiese, y no de los coherederos remiendose no se la adjudiquen à el en aquel precio subido en que la tassan mas de lo que vale, se agraviasse dello y pidiese al juez, que havida informacion dello, citadas las otras partes la mandasse tassar à otras personas en el justo precio que vale, el juez sera obligado à hazerlo assi procediendo en ello summariamente sin dar lugar à dilaciones, o si le pareciere, podra el mismo juez declarar el precio justo que vale, conforme à la informacion que se le diere por las partes, y mandar, que en aquel precio se cargue y ponga en la particion; Secundum quod melius, & æquius

sibi videbitur, cum totum hoc iudicium divisionis pendeat ex arbitrio suo, ut supra diximus.

Y lo mismo sera, quando se tassare y apreciar en mucho menos de lo que vale, remiendose el heredero, que se haze por darla al otro coheredero, y adjudicarla en menos de lo que vale maximè si el heredero fuesse mejorado en ella por el padre o à la madre, y porque cupiesse el Tercio y Quinto la apreciassen en menos de lo que vale, o por otras muchas que podran suceder: En estos casos deve el juez proceder en ellos summariamente, y determinarlos sin dar lugar à dilaciones de malicia, pues este juicio sumario no perjudica al principal; y si perjudica en algun articulo, puta in dicta taxatione, vel apprecio, non præjudicabit, si postea agatur via ordinaria, ut in d. l. à divo Pro, §. si super rebus, ff. de re judic. & in cap. veniens, el secundo de restit. ubi notant Abbas, & Anton. & omnes Scribent. & Bart. in l. 2. §. 2. n. 5. ff. vi bonorum rapt. quod jus cuilibet parti Iudex in sententia suo reservare debet, quando plenarie de hoc non cognovit; sed melius & facilius faciet si data informatione de gravamine factò in dictis pretiis, vel aestimationibus, iusserit alios taxatores nominari ab ipsis partibus, qui iterum revideant, & faciant appretium ditorum bonorum, super quibus

quibus aditus est per querelam partis gravata, cum hac via facilius, & æquius expediatur negotium illius articuli, per taxatores ab utraque parte nominatos, ut in allegata. ad officium, C. commu. dividund. & l. 10. tit. 15. part. 6.

7 ¶ Similiter, Si algunas de las partes recusassen alguno de los Contadores partidores de los nombrados por las partes, despues que ovieren comenzado a conocer del negocio, que lo pueden hazer, ut suprâ diximus, por alguna justa causa, deve proceder en ello para recibir la informacion de las partes summariamente, y pronunciar lo que hollare por justicia breve y summariamente sin dar lugar a dilaciones.

8 ¶ Similiter, Si alguna de las partes dixesse, que algunos de los bienes del Inventario son suyos propios, y que lo avia pressado a defuncto, de cuya herencia se trata, y pidiesse al juez que no se apreciassen, ni pusiesen por Inventario, deve conocer desto summariamente, oydas y citadas las partes: y si pareciere ser assi, mandara que no se pongan en el Inventario o se quiten del y no se aprecien: pero si sobre ello viviere alguna duda, vel res requirat altiozem indaginem, reservabit hoc in iudicium directum ordinarium, ut in l. 3. §. ibidem, ff. ad exhibendum, & in l. ille à quo, §. si de testamento, ff. ad Trebell. & quæ ibi notant DD.

& idem erit faciendum in similibus quæstionibus incidentibus in hoc iudicium.

Sed dubitatur, Si en estos casos, que el juez conociere summariamente, como dicho es, por ser incidentes, o emergentes del negocio principal, si sera obligado a otorgar apelacion? Respondeo, que no la deve otorgar el juez: lo uno por ser de auto interlocutorio antes diffinitiva, ut in l. ante sententia, ff. de appellat. & in e. non solum, de appellat. lib. 6.

Lo segundo porque supuesto que el juez ha de proceder en estos negocios incidentes, o emergentes, del negocio principal summariè, como esta dicho en los negocios summarios, no se han de recibir apelaciones frivolas y dilatorias, ut in Clementina, sapè, de verb. signific. juncto cap. cum appellacionibus frivolis, de appellat. lib. 6. Quod habet rationem, & manifestam æquitatem; nam si quævis appellatio suspenderet officium, & jurisdictionem Judicis à quo appellatur, de quolibet articulo incidenti interposita immortales; & sine fine essent hujusmodi lites, & judicia divorsoria, ubi multæ quæstiones incidenter emergunt, quas necesse habet Juedex dirimere, & super eis pronuntiare; nam de qua re cognoverit Juedex, de ea quoque pronuntiabit cogendus erit, ut l. de qua re, ff. judic. idè ante diffinitivam sententiam,

tiam, non debet Juedex appellacionibus hujusmodi deferre, sed nihilominus ad ulteriora procedere debet quousque causa divisionis sine debito terminetur.

¶ Incidenter quæro de notabili, & quotidiana quæstione, quæ frequenter contingit in hujusmodi judiciis divorsoriis, à nemine tractata, quem ego viderim, quæ talis est: Pongamos que el padre, o madre en su testamento mando que su hijo, o hija menor tomasse del monton de la hacienda ciento o dozientos ducados, por otros tantos que dize aver dado a su hijo mayor en su vida para pagar sus deudas, o en donacion propter nuptias, o para librarle o sacarle de la carcel por algun delicto, o porque dize que el hijo mayor se lo tomo de su arca contra su voluntad, ut est calus expressus, qui hanc specificationem ponit ad literam, in l. demonstratio falsa, §. quod autem, & in l. si ita legatum sit, ff. de condit. & demonstrat. El hijo nega aver recibido cosa alguna de su padre, ni averse lo tomado de su arca como el declaro en su testamento: o pongamos que el padre, o la madre, no declaro nada desto en su testamento, pero los coherederos quieren provarlo, y piden el Juez, y Contadores, que se lo mande recibir en cuenta de su parte, quid juris erit in omnibus his casibus, ex quibus plura dubia resultant? deo sigillatim de uno quolibet.

que tractare oportet.

Et primò videndum est, si el juez que conoce de la particion, puede conocer y pronunciar en este articulo? Respondeo, que los coherederos no pueden oponer ni contradexir al compañero y coheredero, la parte que pide de su herencia por deuda, que se<sup>to</sup> pretenda que el devia al defuncto, salvo por deuda que se deviesse a la misma herencia despues de muerto el defuncto, de cuya herencia se trata, como si uviesse hecho algun daño en los bienes de la herencia, o si oviesse tomado, llevado para si alguna parte dellos, pero de lo que el deviesse al defuncto antes que el finasse no viene en este juyzio de particion; maxime, si el heredero lo negasse. Casus est in l. & puto, §. i. ff. famil. herciscun. ubi not. Gloss. & DD. & in l. damno commisso, & l. his consequenter, §. fed an in famil. ff. eod. tit. & in l. adversus cohæredes, C. eod. tit. Y ansi el juez que conoce de la particion, no se ha de estender a conocer de semejantes pretensiones, y contiendas, porque no tocan a la particion, y juyzio divorsorio de que se trata: & requirunt altiozem indaginem; idè ad iudicium directum, & ordinarium remitti debent.

¶ En quanto al otro caso, que es<sup>to</sup> mas dubitable, quando el padre, o la madre, mandaron que el hijo menor tomasse del monton de la herencia ciento de su hijo mayor le avia

tomado, y llevado de su casa; dubitatur primo, si el hijo lo negasse, que no avia tomado, ni llevado a su padre los cien ducados que el dijo en su testamento, si el juez que conoce de la particion, interponere se debeat ad cognoscendum de veritate hujus rei, y pronunciar sobre ello, como sea cosa que no se hizo este daño en la herencia, despues de la muerte del defuncto, sino antes; por lo qual regulariter, no vienen estas cosas en este juyzio familix herciscundæ, ut diximus in quaestione supra proxima.

¶ Lo segundo, si en caso que el juez que conoce de la particion, pueda conocer desta causa, incidenter, si mandara pagar a este menor el legado de los ciento que le mando tomar su padre del cuerpo de la hazienda, o que lo tome el mayor en cuenta de su parte, no constando ni provandose averlos tomado a su padre.

Quanto a la primera duda, Respondedo, que el juez que conoce de la particion, puede conocer y pronunciar deste legado que el padre hizo a su hijo, mandando que tomasse ciento del monton de la hazienda: porque aunque no pudiera conocer dello en este juyzio de particion, si solamente declara el padre, que el hijo mayor se los devia, porque se los avia tomado de su arca, por aver hecho este daño, y esta deuda antes de la muerte del testador, y

no a la herencia, como esta dicho arriba, per legem, & puto, ff. famil. herciscund. Pero porque en este caso el testador passo adelante, haziendo legado el hijo menor de otros ciento, como los que le avia tomado el hijo mayor, puede el juez que conoce de la particion, conocer y juzgar si ha de llevar el hijo este legado: porque los prelegados que el padre haze al hijo o heredero, vienen en este juyzio divisorio. Ut in l. si qua, C. famil. herciscun. & l. si ita legatum, & l. inter cohæredes, §. 1. & l. rem pignori, & l. si filia, §. Papinianus, ff. eod. tit.

¶ Pero has de advertir, que aunque el juez que conoce deste juyzio de la particion, pueda conocer deste legado, si le llevara este legatario: pero no le oyran sobre la contradiccion que hiziere el hermano, diciendo, que el no tomo a su padre los ciento que el declara en su testamento que le avia tomado: porque aunque no sea verdad que los aya tomado, vale el legado. quia falsa causa non vitiat legatum, sed vitiat; ut in l. demonstratio, §. quod autem, ff. de condit. & demonstrat. & in dist. l. si ita legatum, eod. tit. quam ita intelligunt, & declarant ibi DD. post Glof. in verbo, causa. Item, & alia ratione, videlicet, quia non debet in his judiciis admitti exceptio, quam proponere excipientis non interest; ut in l. ille a quo, §. si

§. si de testamento, ff. de Trebellian. Cum ergo legatum hoc modo factum valeat, et si ea causa sit falsa (ut supra diximus) non debet Judex admittere talem exceptionem, nec probationem alteri fratri inficianti se illa centum fultulisse patri.

Lo qual se ha de entender y limitar, salvo si el padre, procederet ulterius, diciendo, que manda al hijo menor, que tome del monton de la hazienda ciento, porque el hijo mayor le tomo ciento de su arca, y quiero que todavia el hijo mayor los buelva al monton de la hazienda: porque en tal caso, audiendus esset, & admittenda ejus exceptio, si probare velit, se non fultulisse illa centum, sed alterum fratrem, vel famulum fortè, vel mercenarium patris, cum distinctione tamen de qua dicemus infra, quaestione proxima; aut illa centum excedunt Quintum & Tertium, vel non.

Quanto a la segunda duda, si valdra este legado de ciento que el padre hizo a su hijo? sic distinguendum est; o tratamos del valor del legado, respecto de aver sido la causa falsa, por que el hijo mayor no tomò al padre los cientos que el declaro en su testamento; y en esto no ay duda, sino que vale el legado que hizo al hijo menor, aunque sea la causa falsa de averle tomado el hijo mayor los otros ciento de su casa, y arca, porque el legado se deve y vale, aunque

sea la causa falsa porque se hizo, ut diximus in precedenti quaestione o tratamos si valdra el legado sino cupiesse en el Quinto y Tercio de los bienes del defuncto; y en tal caso no valdra el legado si fuesse hecho a estorço en mas de lo que cupiesse en el quinto: pero si fuesse hecho al hijo, como aqui se ha dicho, valdra en quanto cupiere en el Quinto, y en el Tercio, porque en aquello puede mejorar el padre a uno de sus hijos, conforme a las leyes del fuero, y de Toro, que vulgares sunt. Y assi se ha de entender y limitar, dicta lex, si ita legatum, & l. demonstratio falsa, §. quod autem, de condit. & demonstrat.

La tercera duda es, si el padre, è la madre no digessen en su testamento, que el hijo menor tomasse del monton de la hazienda ciento, por otros ciento que le tomo de su arca el hijo mayor; sino que solamente declarasse que el hijo mayor le llevo y tomo ciento de su casa, o que el se los dio para pagar sus deudas, o sacarle de la carcel, o que se los dio en donacion propter nuptias, quando se caso el hijo, y manda que se le cuenten en su parte: pero no dize, ni manda al otro hijo otros tantos, como en el primero caso se hizo y dijo; Hic dubitatur, si el hijo niega no haverlos recibido, y no se probasse por los coherederos lo contrario, ni que se los dio el padre, como el lo declara

en el testamento, en tal caso parece que no se ha de estar à la declaracion que hizo el padre, o la madre, en el testamento, en perjuizio de tercero, no probandose, y lo mismo seria si dixesse aver dado a una hija en dote ciento y a otra dozentos, sino se provovasse, por que negandolo los hijos no serian obligados a traerlo a colacion y particion por no aver probança. Quia non est standum assertioni, vel confessioni patris factæ in testamento in præjudicium filiorum, vel alterius; ut in l. rationes, C. de probat. ubi not. DD. & in l. cum quis decedens, §. codicillis, ff. de legatis 3. & in l. qui testamentum faciebat, ff. de probat. & in authentic. quod obtinet, Cod. eodem tit.

Però esto se ha de emender, y limitar desta manera, que si el padre en la declaracion que hizo, diciendo que avia dado a su hijo, o hija, tanta cantidad en dote, o en donacion propter nuptias, no passasse adelante disponiendo otra cosa, entonces avra lugar la conclusion arriba dicha, que no se ha de estar a la declaracion que el padre hizo en su testamento en perjuizio del hijo o hija; diciendo que le avia dado tal caso, o tanta cantidad en dote y casamiento, no provandolo los herederos: pero si passasse adelante, mandando, que por quanto le avia dado a su hijo, o hija, la dicha quan-

tidade, que quiere y manda que lo trayga a colacion, o se le quite en su legitima; tunc enim aliud erit, y se ha de distinguir, hoc modo o el padre, o madre, que hizo la dicha declaracion, avia dado o mejorado, a otros sus hijos en el Tercio, y Quinto, de sus bienes: en tal caso sera lo mismo que en el caso supra proximo, que no valdra la dicha declaracion, por el hecho en perjuizio del hijo, sino lo prueba: pero sino ha hecho la dicha mejora, en tal caso valdra la dicha declaracion que haze, de aver dado la dicha cantidad a su hijo, aunque no se prueba, poniendo la dicha clausula en su disposicion, que manda que lo trayga a colacion, o que se le quite en su legitima, como no exceda del Tercio y Quinto aquella cantidad que le manda contar o traer a colacion. Ea ratione quia pater potest gravare filium in Tertio & Quinto bonorum, quæ reliquit tempore mortis; dum tamen non relinquit, nec donet illud Tertium extraneo, sed disponat de eo inter liberos, ut in l. 9. tit. 5. lib. 3. fori, approbata per leges Tauri. Cum ergo testator in hac sua declaratione & dispositione disponat inter liberos suos, bene valet dicta dispositio, & gravamen alterius filii usque ad Tertium & Quintum.

Nec interest, verum sit, an falsum, se dedisse filio illa centum, vel

vel quantitatem, quam dixit dedisse in suo testamento; quia cum quantitas certa posita sit in testamento, valet jure legati, vel fideicommissi facti in favorem aliorum filiorum, ut de portione illorum illa non deducatur, sed imputet alius filius in legitimam, ut in dict. l. demonstratio falsa, §. quamvis, ff. de condit. & demonstrat. & in l. Lucius, 93. §. Sempronius, de legatis, 3. & expressius in §. sed si uxori maritus, Instir. deleg. cujus verba sunt. Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia plenus est legatum, quam de dote actio; sed si quam non acceperit dotem legaverit, divi Severus, & Antonius rescripserunt, siquidem simpliciter legaverit, inute esse legatum; si vero certa pecunia, vel certum corpus, vel instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt valere legatum. Eniguitur ubi legatum valet, quando certa quantitas, vel species demonstratur, etiam si falsa sit causa legandi.

Ex quibus inferitur nova, & notabilis limitatio ad dictam legem, rationes, C. de probat. & ea quæ ibi tradunt DD. & in dict. l. cum quis decedens, §. codicillis, & in l. qui testamentum faciebat, ff. de probat. ubi habetur, quod ea quæ testator declaravit in testamento sibi deberi, non valent, nec præjudicant debitoribus, nisi pro-

cedunt; si tamen testator super his disposuit, jubens ea reddi, vel imputari in partem hæreditatis suæ in personis, quas potuit gravare, ut in hæredibus: quod valet talis declaratio, vel dispositio etiam si non probentur in præjudicium Tertii: quod est valde notandum, menti tenendum.

¶ Pero pongamos que lo que el testador declara aver dado a su hijo, y lo manda traer a colacion fuese tan gran cantidad, que excediese el Tercio y Quinto, o que tuviese hecha mejora de Tercio y Quinto a otro hijo, de tal manera que no pudiese mejorar a otro: en tal caso si el hijo negasse aver recebido aquella cantidad, en lo que excediese el Tercio y Quinto, se ha de conocer dello en este juicio de la particion sumariamente, y recibir a prueba dello a las partes con un breve termino, remitiendo la prueba al juez los Contadores, o mandar que den informacion dello las partes, y segun lo que provaren determinara este articulo, ut colligitur ex supradictis.

¶ Item queritur, Si el testador mando en su testamento que sus bienes no los partiesen ni dividiesen sus herederos, si el juez admitira esta excepcion contra el coheredero que pide la particion, o si admittira pronunciarla por ella, mandandola guardar? Respondeo, que si el testador mando en testamento que no tu-

diesen sus herederos partir ni dividir sus bienes, que vale, y se ha de guardar su disposicion: ut tenent Glos. & DD. in l. fin. C. communi divi. & Bar. quem ceteri sequuntur in l. si convenerit, ff. pro Socio: ubi est tex. expressus, & in l. idemque §. fin. eod. titul. Por lo qual el juez ha de admitir esta excepcion, maxime cum ex ipso testamento constet, nec opus sit aliqua probatione nec dilatione. Pero si el coheredero que pide la particion, digesse y alegasse, que su coheredero lo es muy odioso, rijofo, y molesto, ò alguna otro causa justa, entonces deve el Juez conocer destas causas breve, y sumariamente. Ut supra diximus de aliis quæstionibus incidentibus. Y segun lo que se provare pronunciará, y mandará lo que se deve hazer de justicia en este articulo. Sed in legitima, credo quod tale gravamen pater non possit imponere, sed ipso jure rejiciatur, ut in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testamen. in aliis autem bonis hereditariis valebit talis dispositio patris.

15 ¶ Item quæro; si uno de los coherederos esta ausente, si los presentes podran hazer la particion sin el, y si el Juez que conoce de la causa podrá mandar, y apremiar à los presentes, que la hagan: y si se hiziere la particion, si parara algun perjuizio al ausente, quando vinere con-

tra ella, ò si valdra quanto à los presentes, ò si se revocara in totum, y que remedio, ò diligencia se podrá poner para que valga la particion estando el un heredero, ò algunos dellos ausentes; & quid Juxta facere debeat in hoc articulo? Respondeo, que si el un coheredero, ò alguno dellos pidieren particion de los bienes del difuncto, y por la peticion de los presentes, ò por el testamento consta que ay otros coherederos, à todos les deve mandar dar traslado, y termino en que digan contra lo que piden los presentes, pues se trata de su perjuizio: ut in l. de uno quòque, ff. de re judic. & in l. nam ita Divus, ff. de adoption. cum concordant. O mandarles à todos, que nombre cada uno su Contador por su parte, que haga la dicha particion dentro de un breve termino, ò parezca à dar razon porque no lo deva hazer, que es lo mismo que citarles, porque el mandamiento que el Juez da con audiencia se convierte en simple citacion, y no obra mas que citacion. ut tenent Bald. & Salice. in l. i. C. comminationes. epistol. y no pareciendo estar citado el ausente, no procedera en la causa hasta que se cite; porque ad officium Judicis pertinet substantiare litem, & processum; ut in authen. offeratur, C. de liris contes. ubi notant Doctores, & in §. 1. Instir. de offic. Indi. Bar. & moderni in l. 4. §. hoc autem

autem judicium, ff. de damno infecto, l. adiles etiam, §. sciendum, ff. 16 de edilit. edicto: tunc enim poterit Juxta ad petitionem cohæredum presentium, mandar citar el ausente, y sino pareciesse, ni se hallosse en la tierra, ni se esperasse venir de proximo, entonces constando por informacion dello, le podrá mandar proveer de un Curador ò defensor à sus bienes; con el qual se podran hazer los actos de la particion ut in l. 1. & per totum tit. C. & ff. de cura. bon. dan.

17 Unum tamen est advertendum, Que para que valga lo que este Curador del ausente hiziere, se requiere que primero se cite, ad domum, y por sus edictos, porque aliàs non potest dari defensor bonis absentis, ut ei præjudicium fiat, secundum Bald. in rubric. C. de successione. edic. & Salicet. in dist. l. cohæredibus, C. famil. hercis. qui ponit hanc practicam dividendi contra absentem: licet hoc malè servetur in practica; solent enim Judices habita prius cognitione, vel informatione de absentia, providere bonis absentis curatorem, sine aliqua citatione, quod credo verius esse, & sufficere, attenta l. par. in tit. 2. par. 3. l. 12. quæ super hoc disponit.

18 ¶ Pero supongamos que los coherederos presentes no hazen mencion del

ausente, porque le tienen por muerto, ò por otras causas, ni presentan el testamento por el qual podrá parecer como es heredero, ò no le ay, porque el difuncto murio ab intestato, y ansi se hizo la particion sin el ausente, y sin citarle: este es caso claro que no vale la particion, ni le perjudico el ausente; ut in l. cohæredibus, C. fam. herc. & in l. 2. ff. eo tit.

Sed dubitatur, si ya que no vale la particion en perjuizio del ausente, si valdra quanto à los presentes, de tal manera que dandole su parte cada uno de los presentes que hizieron la particion, putà la quarta parte, pro indiviso, de lo que posee cada uno si eran quatro herederos, ò la quinta, si eran cinco, & sic de singulis; quedara en todo lo demas firme la particion hecha en ausencia del uno, ò se bolvera à hazer toda de nuevo como invalida; quod esset maximi effectus, si ita esset; nam posset unus ex cohæredibus presentibus petere ut cassetur tota divisio, quæ facta est uno absentem, quia sentit se gravatum, non à Juxta, nec ab Arbitris, qui eam fecerunt, sed ex melioramentis factis in rebus hereditariis, quæ adjudicata sunt aliis cohæredibus, quia cursu temporis multo plus valent hodie quam olim tempore quo facta fuit divisio; vel fortè sentit gravamè ex eo quod amaria;

ia, quæ sibi adjudicata sunt, mortalitate perierint, vel ex aliis causis? Respondeo, que la particion hecha en ausencia del uno de los coherederos, no vale en perjuizio del ausente, pero quanto a los presentes que la hizieron, y consmieron en ella, sera valida, y se cumplira con el ausente con dalle y entregalle cada uno de los presentes que hizieron la particion su parte que le pertenece, pro indivisoria colligitur ex illo text. in dict. l. coheredibus, ibi, juri absentis, & ignorantis minimè derogari, & ibi: ac pro indiviso portionem eam, quæ in initio ipsius fuit, in omnibus communiibus rebus eum retinere certissimum est, unde portionem tuam cum redditibus arbitrio familia heriscunda percipere potest. hoc etiam tenet expressè Glos. in verbo, pauciores, in l. 2. in fin. ff. famil. herisc. cum qua transeunt ibi Bar. & Albe. & omnes Scribentes.

19 ¶ Sed si unus ex coheredibus, de los presentes que hizieron la particion, no posee la parte que le cupo, porque, fortassis, la vendio luego, porque eran ganados, trigo, o otras cosas muebles, las quales murieron, o se han consumido, o se vendieron en bajos precios, y agora valen mucho mas, si sera obligado este coheredero presente que recibio su parte de la dicha herencia con la del ausente,

a pagar la estimacion de lo que toca al ausente, o si sera libre no poseyendola, o aviendo se muerto, o consumido, o si la vendio en bajos precios, si cumplira con pagar a rata la parte del ausente que recibio, o si sera obligado a pagar lo que mas agora vale, o si es viva, y no consumida, y la tiene otro tercero en baxo precio, porque se la vendio el coheredero presente por cosa suya si la podra pedir al poseedor, ora sea mueble, o rayz valiendo mas agora? Videamus de his omnibus, quid juris sit, in uno quoque casu, quia contingibile est, & maximi effectus.

¶ Respondeo, que si este heredero que esta ausente, quisere recibir el precio, porque fue vendida su parte, que tiene derecho para pedirlo, y cobrarlo del coheredero presente que vendio su parte de la dicha herencia, juntamente con la suya, y de cada uno de los presentes que la ovieren vendido, porque aunque parece que no le compete a este heredero ausente accion para cobrar el precio de su parte que tenia en la cosa, e herencia, que le fue vendida sin su voluntad, y que el vendedor es libre, porque no posee ni dexa de poseer por su dolo. Quod est generale in omnibus actionibus realibus; ut in §. omnium, Instit. de action. ubi notant Doctores, & in l. regulariter, ff. de petit. here. & in l. i. ff. de alienat. judicii mut. cau. a facta. & in l. mater

l. mater tua, C. de rei vendic. sed in petitione hereditatis contrarium est, quia judicium est universale in quo pretium succedit loco rei: l. si rem, & pretium, ff. de petitione heredi. & in litem veniunt, §. prater hæc, & §. ceterum, ff. eodem tit.

Pero sin quisieste recibir el precio que se hizo, y procedio de su parte, porque se vendio en baxo precio, o porque era rayz lo que se vendia, y quiere su parte con los frutos; tunc distinguendum est: O este coheredero que vendio su parte juntamente con la que le pertenecia al coheredero ausente, era poseedor de buena fee, velerat mala fidei possessor, quod ex multis justis causis effici potest, ut sit bona fidei possessor aliena hereditatis absentis, exempli gratia, ponamus, que uno fama que este coheredero ausente era muerto, y passaron muchos años que estuvo ausente, y fuera del reyno, en partes muy lexos, de tal manera, que communiter se tenia por muerto ut habetur in l. fin. ff. de heredi. instit. ubi est casus expressus, En tal caso no podra este coheredero ausente, pedir su parte que le fue vendida, al poseedor que la tiene, ora sea vendida en el justo precio que valia en el menor. Ne præjudiciū fiat bonæ fidei possessori, qui eam vendidit si de evicitione conveniatur venditor, re evicta à vero hærede. Si vero mala fidei possessor est co-

Ahora de Partitionib.

hares præsens, qui rem alienam distraxit, coheredis absentis putà quia sciebat vivere coheredem absentem, vel aliàs; En tal caso tendra eleccion el coheredero ausente, de tomar el precio, porque fue vendida su parte, y a cobrarlo del coheredero que la vendio, o pedir, al mismo que la vendio: quia dolo desit possidere.

La misma cosa que le pertenece con los frutos, como si la poseyera, o pediria al tercero poseedor, ipsam rem cum fructibus, Como el mas quisiere. Hæc notabilis distinctio sumitur, ex leg. item veniunt, §. prater hæc, versic. item eos; & versic. eos autem & in §. ceterum, de petit. heredi. & in l. possessor, §. restitueret, & l. si rem, & pretium, & l. sed & si lege, §. i. & §. proinde, & in §. consuluit, & in §. item si rem distraxit, El segundo, ff. de petit. heredi.

Lo qual en tanto es verdad, y procede, que el bona fidei possessor de la herencia agena, si la vendio con buena fee, o alguna cosa della, creyendo que era cosa suya, no es obligado a pagar al heredero vero cuya era la herencia, mas del precio porque la vendio, aunque sea menos de lo que valia: y si la vendio en menor precio, y aquel precio se oviesse perdido o lo oviesse empleado en otra cosa, y aquella se oviesse perdido sin culpa del vendedor, que era poseedor de buena fee, no sera

M obli-





& in dict. l. illud, ff. de peti. hered. & in l. cum qui, ff. de his quibus, ut indig. ubi not. Barto. & in l. & ex diverso, §. fin. de rei vindicatione, licet non tam exactè nec in specie distinguat, sicut distinguitur in legibus supradictis de peti. heredit. ff. ubi plenissimè distinguitur, ut supra diximus.

De lo qual se sigue, que aunque estos coherederos presentes que vendieron la herencia del ausente, la qual han de boluer con los frutos que son de tantos años, que verisimiliter, estan consumidos y gastados, porque no se podian conservar tanto tiempo, que ora sean poseedores, malæ fidei, ora bonæ fidei, no seran obligados a pagar estos frutos in specie, sino la estimacion en que fueron vendidos aunque al tiempo que se pidan valan mucho mas: quod est notabile, & contingibile. Y por el contrario, si valiesen mucho menos al tiempo que se han de restituír, de lo que valieron los años que fueron vendidos, se han de pagar al precio que fueron vendidos, y no como de presente valen, aunque el reo los quiera restituír, in specie, bolviendolos a comparar para pagar los: Etiam si bonæ fidei possessor sit, quia non debet lucrí facere aliquid de re hereditaria, ut in l. si & rem, & pretium, in fine, ff. de peti. heredit. Quod est notabile, & contingibile, & maximi effectus, & potest

extendi, & habere locum non solum in casibus supradictis, sed in omni possessore alienæ rei, sive conveniatur accióne universalis partitionis hereditatis, sive accióne particulari rei vindicationis, ut colligitur ex traditis per Barto. in dict. leg. Et ex diverso, §. fin. ff. de rei vindicat. & in l. qui restitueret, eod. tit.

Uterius videndum est, quid facere debeat Iudex ex officio suo, despues que uno coherederos presentes pidia partitionem, y los otros coherederos presentes se allanaron, y confessaron que el actor es su coheredero; nam ut supra diximus, ha de mandar, que cada una de las partes, nombre y elija un Arbitro cor-tador, o partidor, para que hagan la partitionem: pero pongamos que muerto el marido sin hijos, dexa dos o tres hermanos por herederos, y de otro hermano muerto quedan dos o tres sobrinos hijos del hermano difunto, y queda la muger viva; dubitatur, quantos Contadores se han de nombrar, y quien ha de nombrarlos? Respondeo, que quanto à la partitionem que ha de se hazer con la muger, respectu de los bienes ganados, y mejorados durante el matrimonio, todos los herederos han de nombrar solo un Contador, y la muger oro: porque todos los herederos representan una persona sola, que es el defuncto que los dexa por herederos, y ansi:

y ansi todos ellos pretenden una misma cosa, que es el interesse de la hacienda repartido en uno, o en muchos: y la otra es la muger, que pretende tanto como todos ellos juntos de su mitad de multiplicado, y ansi han de nombrar y igualmente un Contador todos los herederos que representan la una parte, y muger otro, que es la otra parte: pero acabada la partitionem con la muger y los herederos del marido, viniendo a partir los herederos entre si cada heredero nombrara su Contador en esta manera; que si ay dos hermanos del marido defuncto vivos, y de otro hermano muerto muchos hijos que tambien quedaron por herederos, ex testamento, vel ab intestato, todos ellos nombraran un Contador, o partidor, como un heredero, y los otros hermanos vivos, cada uno el suyo, porque todos los hijos del hermano defuncto representan la persona de su padre, que es un heredero solo, y assi no nombraran mas de como un heredero, como si su padre fuera vivo. Quia loco unius hæredis habentur, ut in authentic. cessante, & in authentic. post fratres, C. de legit. hered. & in §. cum filii, Instit. de hered. quæ ab int. & habetur in l. hæc editali, §. 1. C. de secund. nupt. ubi notant DD.

## ADDITIO.

Quando tales impensæ à parentibus pro aliquo ex filiis, sint in legitimam ipsius filii imputandæ? vid. istum D. infr. part. 2. qu. 17.

## CAPUT VI.

De officio Arbitrorum, qui vulgò Contadores appellantur.

## SUMMARIUM.

- 1 Arbitri ad dividendum dati, ante omnia debent ex officio jubere, ut partes exhibeant memorialia sua, unusquisque de præsentibus suis, & quid facere debeant super positionibus & juramentis, ibidem.
- 2 Quid facere debeant Arbitri, si aliqua pars ex coheredibus dicat plura bona reliquisse defunctum quam scripta in Inventario reperiantur.
- 3 Quid si mulier petat ab Arbitris ne imputentur in parte sua, vel mariti, vestes lugubres quas fecit pro marito suo.
- 4 Vestes lugubres, quas heredes mariti dederint uxori ejus, tenentur uxor heredibus reddere, si ad secunda vota transierit.