

reorum infolidum, que si muchos se obligaron como principales de mancomun, y el provecho o precio de la obligacion vino à parar en el uno solo, y los otros conreos no llevaron nada, entonces si pago el uno de los conreos obligados de mancomun, ut solet fieri, si es el conreo à quien vino el provecho de la obligacion, no puede recibir ni cobrar carta de gasto contra los otros conreos en ninguna cosa, ni usar della: y si pago uno de los conreos la deuda enteramente à quien no viniere provecho de la obligacion, podra tomar cession y carta de gasto in totum, contra el conreo que recibio el provecho de la obligacion, y contra el otro conreo que no recibio nada, no podra usar de la carta de gasto en ninguna cosa; porque el que recibio el provecho de la obligacion se entiende ser, y es principal, y los otros sus fiadores, aunque se obliguen todos de mancomun, intelligitur respectu creditoris, non inter se; ipse enim est, ad quem pervenit utilitas obligationis principalis: ut colligitur ex Paulo in l. Julianus. ff. ad Macedo. Bart. in dist. l. Modestinus. ff. de solu. num. 8. Sed quid si unus ex istis cohæredibus, qui se obligaverunt infolidum, non sit solvendo? dic quod portio ejus dividetur inter alios cohæredes qui se obligaverunt infolidum, qui sunt solvendo, ut in l. si

unus ex sociis, & l. verum, §. si cum res, ff. pro socio: ubi not. DD. & Bar. in d. l. Modestinus.

### QUÆSTIO X.

**D**ECIMO queritur, Si en la particion fuese agraviado alguno de los cohæredes en mas de la mitad del justo precio, si podra pedir que se deshaga el engaño, o le suplan los cohæredes el justo precio. Respondeo, que de la question precedente, post primam, parece que resulta la respuesta desta: porque como alli digimos, la glo. in l. majoribus, C. communia utriusque judi. entiendo la dicha ley que habla y ha lugar que se deshaga el agravio, o engaño en mas de la mitad del justo precio: y aunque parece que esta ley no hablo en este caso, ni lo quiso decidir; como arriba esta dicho: pero la dicha Glossa en si es verdadera, y communiter la tienen y siguen todos los Doctores, ibi: & Pinellus in l. 2. C. de rescind. vendi. in c. 1. secundæ partis prin.

Però es la duda, si en este caso quando ay engaño en mas de la mitad del justo precio, en la particion, si seran obligados los herederos à volver à deshazer el engaño, o suprir el justo precio à su eleccion, como en el contrato de compra y venta, ut in l. 2. C. de rescind. vendi. à donde se da esta eleccion al comprador: o seran

o seran obligados los cohæredes precisamente à deshazer el dicho engaño, deshaziendo la dicha particion, y volviendola à hazer de nuevo en aquel articulo y capitulo donde fue el engaño: quo quidem casu magis communiter tenent DD. in d. l. majoribus, & ita intelligunt eam DD. antiqui, quod non detur electio cohæredibus supplendi pretium cohæredi, sed necessario rescindi debet, & reformari divisio, quia prædicta lex majoribus, non tribuit dictam electionem cohæredibus, sed præcisè jubet divisionem perperam factam reformari, & dicitur speciale esse in divisione, quia in ea non agitur inter cohæredes de vendendo, seu alienando partem suam sed æqualiter dividendo.

Ego autem contrarium de jure verius esse puto; imo, que si ay engaño en mas de la mitad del justo precio, y el cohædero engaño pide que se deshaga el engaño, cumpliran los cohæredes con suprirle al actor el justo precio, y que no se deshaga la particion, porque como arriba digimos, no hablo el engaño en mas de la mitad del justo precio sino quando la particion esta perperam, vel injustè facta; quod ex multis causis contingere potest, ut supra diximus in cap. precedenti. Si verò agatur de remedio legis secundæ, Cod. de rescind. vendit. nulla ratio esse

potest, quare non habeat locum distinctio; & electio, quæ datur emptori per dictam legem, ut justum pretium suppleat, vel rem restituat accepto pretio quod dederat venditori, cum in divisione ita censentur vendere cohæredes partem suam quam habent in illis rebus, sicut in emptione, ut in l. 1. C. communia utriusque judic. & in l. si familie, C. fami. heres. maxime quod dicta lex majoribus, in qua fundantur prædicti DD. ut non detur electio cohæredibus ad supplendum justum pretium, non aperit vel disponit quod divisio perperam facta, etiam si de deceptione ultra dimidiam justum pretii loquatur, ut Glo. intelligit, necessariò rescindi debet, sed quod divisio reformetur in eo, quod inæqualiter gestum est, quod satis reformatum videtur, si justum pretium ei suppleatur in pecunia, vel alia re hæreditaria, & hoc modo ad æqualitatem cohæredes reducantur, quod satis rationi consonum, & intentioni prædictæ legis esse videtur; & satisfactum est rationibus per contrariam partem adductis, si suppleatur pretium in ipsis rebus hæreditariis, non in pecunia; & sic licet cohæredes non agatur de vendendo, vel alienando, sed de dividendo, jam suppletur eis pretium in quo erant decepti,

cepti, in ipsis rebus hereditariis, & sic concordantur prædictæ opiniones, videlicet quod pretium suppleatur in ipsis rebus hereditariis.

QUÆSTIO XI.

25 **U**ndecimò quaritur, Si la particion entre los coherederos se huviesse hecho per suertes, pro- ut supra diximus in principio hu- jus tractatus, que la particion se deve hazer por el juez ó Contador- es, adjudicando à cada una de las partes los bienes que han de haver en su parte, o sorteandolos entre ellos, qual escogera de los dichos bienes hereditarios la parte que le cupiere en ellos, haziendo tantas partes igua- les quantos herederos fueron, por que de una destas dos maneras se han de hazer las particiones, y assi se usa y practica comunmente, ut tenet Ange. & Jas. qui eum refert, & sequitur in l. si duobus, in princip. Cod. communia de legat. En tal caso aviendo se hecho la particion por suertes entre los herederos, si aviendo recibido alguno dellos engaño en mas de la mitad del justo precio, podra pedir que se deshaga el engañio, o le suplan los coherederos el justo precio. Quæ quidem quæstio non parum ambiguitatis habere videtur propter varietatem opinionum Doctorum qui super eam scripse-

runt, nam Bal. & Paul. in l. ma- joribus, Cod. communia utriusque ju- di. quos refert, & sequitur Jas. in l. si duobus, in princip. Cod. commu- nia de legat. tenent, quod si in divi- sione facta per brevia, aut per sor- tes interveniat deceptio ultra di- midiam, potest agi remedio le- gis secunda, Cod. de rescinden. ven- dit. & sic poterit reformari, vel rescindi divisio: idem tenet Fran- cus in rub. de appella. numer. 18. sed idem Bald. in l. ait prator, §. fin. ff. de minor. contrarium sentire videtur; ait enim quod si duo fratres divisionem fecerunt per brevia fortis, & unus eorum gra- vetur, non poterit, etiam si sit mi- nor, restitui adversus divisio- nem; quia potius illud fato vel fortunæ infelicitati tribui po- test quàm culpæ, vel negligenti- æ; ideo restitutioni locus non est, ut in l. verum, §. sciendum, ibi: occasione damni non inconsul- tè accidentis, sed fato: ff. de mi- norib. idem Bald. in l. si duobus, Cod. communia de legat. dicit quod à divisione facta per sortem non potest appellari quem refert, & se- quitur ibi Jas. Pinel. autem tra- ctans hanc quæstionem multum se involvit in cap. I. secunda partis princip. in repetitione l. secunda, Cod. de rescind. vendit. dicens quod Bald. more suo variavit in decisione hujus quæstionis, tam- dem

dem concludit, quod prædictæ opiniones poterunt ad concor- diam reduci hoc modo, quod opi- nio Bald. in dicta l. ait prator §. fin. ff. de minorib. ubi tenuit, quod non habeat locum restitutio in divisione facta per sortem, obtineat quando partes factæ sunt inæquales scienter, ut alteri possit major portio obvenire: quia tunc cum sit reciproca præ- dicta inæqualitas, cum ita potuit obvenire uni sicut alteri, nemo gravari ex eo videtur, ut in l. de fideicommissio, Cod. de transac- tion. si vero ignoranter fuit fac- ta dicta inæqualitas, tunc ha- beat locum secunda opinio, Bal. & aliorum; qui tenent quod ha- beat locum rescissio, & reme- dium l. 2. Cod. de rescind. vendit. quia nihil forti vel fortunæ commise- runt scienter cum prædictam inæ- qualitatem ignorarent.

Sed licet prædicta concordia, quam Pinellus tradit, subrilis sit: verior, & propior videtur quam posuit Tiraquellus in tractat. de primoge. quæst. 17. num. 93. quam ipse Pinellus reprobavit dicens, quod opinio affirmativa Bald. in dict. l. majoribus, locum habet, quando læsio est tam magna, quod excedat dimidiam justii pretii; tunc enim, etiam si per sortem fiat divisio, rescindetur, & re- formabitur, ut in dict. l. majori-

Ayora de Partitionib.

bus. si verò læsio tantà non sit, tunc cessabit remedium dictæ secunda legis, de rescin. vendit. & similiter cessabit restitutio. Quæ concordia satis videtur colligi posse ex ver- bis, & intentione Bald. in utrius- que locis supra relatis; y offi parece que se deve tener en esta se- gunda quæstion, que si ay grave lesion en mas de la mitad del justo precio en la division hecha por suertes, que se puede venir contra ella, y pedir que se deshaga y reforme, ut tenent magis communiter DD. supra re- lati; aliàs secus.

¶ Sed licet hæc opinio, & con-26- clusio magis communis esse vi- deatur, nec ab ea sit recedendum in judicando, & consulendo; non tamen in ea requiescit judi- cium meum, quia videtur esse contra decisionem, & mentem leg- is in l. 2. Cod. quando, & quibus quar. pars debe. & contra ca- sum legis, si duobus Cod. com- munita, de legat. quæ jura jubent forte dirimi divisionem heredita- tis, & legati; nam si lex jubet forte fieri divisionem, si partes pos- sent contravenire post divisio- nem forte factam; ex eo quod un- nus esset minor, & deterior pars sibi contigerit; vel major, ex eo quod ultra dimidiam justii pretii læsus sit, videbitur alius co- hæres cui melior pars contigit de- cipi consilio, & auctoritate legis.

Sf Idcirco

Idcirco sic distinguendum esse putavi, quod in omnibus casibus in jure expressis, ubi divisio vel decisio alicujus quaestionis forte dirimitur, tunc etiam si quis gravetur ultra dimidiam, etiamsi minor sit is, cui deterior fors contigit, non possit venire contra divisionem forte factam, quia illud ex necessitate quadam factum est, lege cogente, ex forte reciproca, non ex contractu suo, vel fragilitate consilii: & in his terminis procedat opinio Bal. in dist. l. ait prator, §. fina. ff. de minor. si verò non ex necessitate legis ad judicium fortis sine Judice pervenerunt cohæredes ad divisionem faciendam, tunc qui minor extitit, cui fortis infelicitate deterior pars contigit, poterit adversus divisionem, si enormiter, ultra dimidiam læsus sit, restitutionem petere, quia illud non ex necessitate, sed ex imprudentia ejus factum est; cum non deberit jus suum alæ, vel judicio fortis committere non magis quam si in ludo minor pecuniam suam perderet, licet lucrari poterit.

Si verò major sit qui sine Judice forte divisionem fecerit, non video rationem quare divisio reformari debeat; cum reciproca fuerit, & consensu eorum facta. His divisio, & ita potuit fors uni

contingere sicut alteri, argu. dist. l. de fideicommissis, Cod. de transaction. cum concordan. maxime quod injuria afficeretur, & in damno remaneret is cui melior pars forte contingeret, si inanis remaneret suæ fortis felicitas, si divisio taliter facta reformaretur; quod multis fraudibus subiectum est, si hoc admitteretur; nam possit quis hoc modo divisionem inaequalem facere, & eam forti committere, etsi melior pars sibi contingat; si verò deterior, petet restitutionem dicens se læsum ultra dimidiam: quod esset absurdum; & certè si bene inspiciantur Bald. & Paul. qui dictam opinionem tenuerunt, quod etiam si per sortem divisio fieret, reformari possit si quis ultra dimidiam lædatur, sine lege loquuntur, & contra rationem dictæ legis, de fideicommissis, Cod. de transact. & contra opinionem & decisionem ipsius Bal. in dist. l. ait prator, & §. fina. ff. de minorib. ideo ab ea libenter recederem si casus mihi contingeret, & secundum quod supra proxime dixi judicarem.

### QUESTIO XII.

**D**Uodecimò quaritur de alia<sup>27</sup> difficili, & contingibili quaestione. Si el padre caso segunda vez, y de ambos matrimonios huvio hijos,

hijos, y durante el segundo matrimonio caso dos hijas que tenia del primero, à las quales dio en dote diversas quantidades: à la primera, menos de lo que le cabia de la legitima de su madre, y à la segunda mucho mas de la legitima de su madre: muerro despues el padre, y viviendo à particion todos los hijos; Es la duda, si traeran à particion las hijas del primero matrimonio, con sus hermanos, las dotes que recibieron, y si ha de ser con todos, o con solos los hermanos del primero matrimonio, y si han de conferir alguna cosa à los hijos del segundo matrimonio: y si la muger segunda, o sus herederos, han de sacar del monton y cuerpo de bienes que dejó el marido otros tantos bienes, como los que dio en dote el marido à las hijas del primero matrimonio, que las caso durante el segundo matrimonio, y las dote de los bienes que entonces tenia el y la muger segunda? Respondeo, que la colacion se ha de hazer entre los hijos de aquel difunto de cuya herencia se trata, ut in l. ut liberis, cum ibi notatis per Glo. & DD. Cod. de collation. y assi en este caso como se trate de partir los bienes de dos herencias, que es de la muger primera deste difunto, y de los bienes del padre que caso segunda vez, entre los hijos del primero matrimonio y segundo ha de haver dos colaciones diferentes, una entre los hijos del primero matrimonio, en-

tre ellos solos, de los bienes y herencia de su madre: porque los del segundo matrimonio no son herederos de la primera muger de su padre: y otra de los bienes y herencia del padre. Y esta colacion se ha de hazer entre todos los hijos del primero y segundo matrimonio que vienen à heredar la herencia del padre, de cuya division y particion se trata. Esto presupuesto digo, que la hija del primero matrimonio que llevo mayor dote, supuesto que ambas fuerõ dotadas de sus propios bienes y herencia que tenian de su madre, por que assi lo dijo y protestò el padre quando las caso y doro, sera obligada à traer à colacion y particion con la otra hermana que llevo menos dote y con los otros hermanos del primero si los huviere, la dote que llevo, hasta ser ygalada con ellos, y despues heredaran todos ygalamete los bienes y herencia de su madre si mas bienes huviere que las dichas dotes, y sino huviere tantos como lo que recibieron en dote, la hija que recibió la mayor dote, que no le cabe tanto de la legitima de su madre, esta demasia se haran dos partes maqueales, la una dara à la hermana que llevo la menor dote, hasta ygalada con ella de lo que pertenecia de la madre, y lo que excedio de su legitima, que es herencia del padre, lo traera à colacion y particion con los hijos del primero y segundo matrimonio, que vinieren à heredar los

bienes del padre. Exempli gratia, pongamos que la muger tenia de su dote y bienes multiplicados trezientos mill maravedis, el padre dio à la hija primera que caso durante el segundo matrimonio, cien mill maravedis; à la segunda hija que caso, le dio trezientos mill maravedis, ha de volver esta hija segunda que llevo los trezientos mill en dote, los cinquenta mill à la hermana que recibió los cien mill en dote, porque con esto se xguala con el dote de los bienes y herencia de la madre, que fueron trezientos mill maravedis, y llevan cada una ciento y cinquenta mill y los otros cien mill maravedis que llevo demas de lo que le cabia de la legitima de su madre, se entiende que es herencia y legitima de su padre y los trajo à colacion y particion con todos los hermanos, assi del primero como del segundo matrimonio, que vienen à heredar à su padre, pues todos son herederos del padre, de quien procedio la dicha dote y demasia della, que no cupo en la legitima y herencia de la madre.

30 Pero pongamos que el padre que caso la segunda hija durante el segundo matrimonio, y le dio trezientos mill en dote, como dicho es, no se los dio en dineros, sino en una heredad o fundo apreciado en trezientos mill maravedis, el qual avia recibido con la primera muger apreciado en dozientos mill, y los otros cien mill avia recibido en dineros, o bienes muebles

apreciados: en tal caso si la dicha heredad o fundo que recibio el padre apreciada en dozientos mill maravedis, fue de tal aprecio que haga venta y compra; juxta notata in l. plerumque ff. de jure dotium, procedera la conclusiõ y determinaciõ arriba dicha, que esta hija que llevo despues en dote esta heredad apreciada en trezientos mill maravedis; traera à colacion y particion con la hermana del primero matrimonio, los dozientos mill maravedis, y se xgularan con ella en la dote, entregandole los cinquenta mill que llevo mas que ella de los bienes y herencia de la madre, de manera, que lleven cada una ciento y cinquenta de la herencia de la madre, y los otros cien mill maravedis que llevo demas ha de traer à colacion con todos los hijos y herederos del padre del primero y segundo matrimonio, como dicho es, porque ya aquella heredad no es dotal, sino propria del padre, porque la recibio apreciada; idõ augmentum sive diminutio ejus ad eum pertinet, sicut si eam emisset; ut in dict. l. plerumque, ff. de jure dot.

Pero si la dicha heredad no la recibio el padre apreciada, o no fue el aprecio tal que hiziesse venta; en tal caso la hija segunda que la recibio en dote apreciada en trezientos mill maravedis, no sera obligada à traer la demasia, que son los cien mill maravedis, como dicho es, à colacion

con todos los hermanos hijos del primero y segundo matrimonio, sino que toda la dicha heredad traiga à colacion con la hermana del primero matrimonio, que avia llevado en dote cien mill maravedis como dicho es: los quales juntados con los trezientos mill que llevo en dote la segunda hermana en esta heredad que le dio el padre apreciada en trezientos mill maravedis, que hazian en todas las dotes quatrocientos mill maravedis, traydos à colacion y particion, llevara cada una dellas dozientos mill porque todo esto se entiende que es dote y herencia de su madre, y nada del padre, pues recibio la heredad en dote con su primera muger sin aprecio que haga venta, y es fundo dotal de la muger y de sus herederos, ut in dict. l. plerumque ff. de jure dot. quod est bene notandum; quia quotidie fiunt similes divisiones bonorum inter filios primi, ac secundum matrimonii, & pauci ad hoc advertunt.

31 Sed hic incidit aliud dubium videlicet, Como pudo dar el padre esta heredad à su hija del primero matrimonio en dote, apreciada en trezientos mill maravedis aviendolo el recibido sin aprecio, y siendo fundo dotal y proprio de los herederos de la primera muger, como esta dicho? Respondeo, que esto pudo ser de consentimiento de las partes: pero si las hijas lo contra-

dijessen, no se la puede dar apreciada, sino que valga poco, o mucho la dicha heredad, la han de partir las hijas y traer à colacion con los otros cien mill maravedis que llevo la hija primera en dote, y podran la apreciar entre ellas si quisieren de nuevo, y si vale menos de los trezientos mill, en aquello la podra tomar la una, y dar su parte à la otra, haziendo dello como de cosa propia, sin embargo del dicho aprecio hecho por el padre, el qual no podra contar à la hija la dicha heredad en los trezientos mill maravedis en que se la dio apreciada, aunque los valiera, y no valiera dozientos mill quando se la dieron, y ella recibio por las razones arriba dichas, pues eran bienes propios de las hijas; non enim valuit emptio neque venditio rei propria, quæ erat filiarum primi matrimonii, licet affirmata per patrem traderetur filia, ut supra diximus, ut in l. neque pignus, ff. de regul. jur. & l. cum res, Cod. de contrahen. empr. cum concordan. solamente valdra el dicho aprecio, quanto al yerno, si le prometio en dote trezientos mill maravedis en bienes apreciados, que quanto à el valdra el dicho aprecio: pero no quanto à las hijas.

Ex his insurgunt quædam notabilia dubia, quæ non parum ambiguitatis habere videntur, quibus occurrere necesse est.

3<sup>o</sup> Lo primero, si esta muger segunda, o sus herederos, tendran derecho para pedir que del monton de los bienes multiplicados durante su matrimonio, se le saquen para ella otros tantos bienes, o su valor, como valia aquella heredad que su marido dio à la hija del primero matrimonio en dote. Lo segundo, si padra tambien pedir que se le saque para ella del monton de los bienes multiplicados otro tanto como valen los frutos que ha rentado esta heredad que su marido dio en dote à su hija del primero matrimonio despues que se la dio. Lo tercero, si podria pedir, que demas del valor de la dicha heredad, y de los frutos que ha rentado, se le saque para ella del monton de los bienes multiplicados durante su matrimonio, lo que mas vale oy esta heredad quando se haze la particion, si ha crecido el valor della mas de lo que valia al tiempo, que el marido la dio à su hija en dote, o la enageno.

¶ Quanto à lo primero digo, que la muger segunda no tiene derecho para pedir que se le saque à ella del monton de los bienes multiplicados otro tanto como valia la dicha heredad, que el padre dio à su hija del primero matrimonio en dote, ora la huviesse recibido el padre por aprecio quando se la dieron en dote con la primera muger, porque si la recibio sin aprecio, es

funido dotal de la primera muger, y de sus hijos y herederos, y no del marido; y si la recibio apreciada de tal manera que sea venta y propria del marido, menos tiene derecho à esto que pide; porque la muger no tiene parte en esta heredad: porque no fue adquirida durante el matrimonio suyo, sino que el marido la trajo al matrimonio por su capital al tiempo que caso con la muger segunda.

¶ Pero quanto à los frutos que esta heredad ha rentado despues que el marido la enageno y la dio à su hija del primero matrimonio, parece que tiene mas duda, si la muger segunda podra pedir que se den de los bienes multiplicados otros tantos bienes como valen los dichos frutos, si la dicha heredad la huviesse recibido por aprecio el marido, quando caso con la muger primera; de tal manera, que fuesse suya propria del marido; porque aunque la heredad era propria del marido, o de la muger, los frutos della son comunes, ut in l. fin. tit. 3. lib. 3. fori. & l. 4. titu. 4. lib. 5. ordi. Respondeo, que no embargante lo dicho en este caso, la muger segunda no pudo pedir, ni tiene derecho para que se le saque el valor de los dichos frutos de los bienes multiplicados, porque la dicha ley del fuero ha lugar y procede, quando el marido o la muger no enagenaron la dicha

dicha heredad, sino que la poseyeron, y beneficiaron, y gozaron de los frutos della, entonces se comunican y son de entrambos; aunque la heredad sea propria del uno dellos, y en estos terminos habla y dispone la dicha ley del fuero: pero si la enagenasse durante el matrimonio el marido cuya era la heredad, no tiene derecho la muger para pedir la mitad de los frutos della despues que se enageno, pues no los gano ni hizo suyos el marido, para que se ayane de partir entre ellos, sino solamente los frutos que se huviesse cogido de la heredad durante su matrimonio, porque de otra manera seguir se via, que no podria disponer de su heredad el marido sin licencia de la muger; quod esset absurdum, nec hoc reperitur jure cautum, & esse contra regulam juris, quod in re sua quilibet est moderator, & arbitet, ut in l. in re mandata, Cod. mandati. cum concordan. licet è conuerso uxor non potest vendere, nec alienare rem suam sine licentia mariti, ut in l. 5. Tauri.

¶ Pero dado caso que la muger segunda ni sus herederos tengan derecho para pedir, que se les saque à ellos del monton y cuerpo de bienes multiplicados, aquella heredad que el marido dio en dote à su hija del primero matrimonio, ni los frutos della despues que se la dio, como dicho es; pero à una cosa tienen

derecho los herederos de la muger segunda, hijos deste segundo matrimonio, que si el padre dio en dote à su hija deste primero matrimonio esta heredad que el avia recibido en dote, apreciada tal precio, que fue venta y se hizo suya, y el la dio à su hija del primero matrimonio sin aprecio, o apreciada en lo mismo que el la avia recibido, valiendo mas al tiempo que la dio en dote à su hija, porque la avia mejorado, o crecido el valor della con el tiempo: en tal caso, porque esta demasia que valia quando la recibio el padre en dote con su primera muger, es donacion velada y encubierta, vendiendo, o dando en dote esta heredad en menos de lo que vale, ut tradit eleganter Bartol. in l. ambitiosa, ff. de decretis ab ordi. faci. quem cæteri sequuntur; podran pedir los hijos del segundo matrimonio, que esta hija del primero matrimonio trayga à colacion y particion con los hijos de su padre del primero y segundo matrimonio, esta demasia que valia mas esta heredad al tiempo que se la dio su padre en dote, y que sean todos yguales de los bienes del padre en la dicha cantidad, pues fue en efecto donacion causâ dotis, que se ha de conferir y traer à particion conforme à derecho y ley 29. de Toro viniendo todos los hijos del primero y segundo matrimonio à heredar.

redar à su padre: pero hasta en la cantidad, que su padre la recibió apreciada quando se caso con la primera muger, que fue en dozientos mill maravedis, como diximos arriba, no los ha de traer à colacion y particion esta hija del primero matrimonio con los hijos de la muger segunda, porque en aquello no fue donacion, sino dote que el padre dio à su hija del primero matrimonio, de los bienes y herencia de su madre, que en efecto es deuda que el debía à su hija: pero esta hija sera obligada à traer à colacion y particion esta dicha heredad con los otros hermanos del primero matrimonio, hasta en la cantidad que su padre la recibió apreciada viniendo à heredar los bienes de su madre, porque hasta esta cantidad eran bienes y herencia de su madre, y lo demas que valia quando esta hija la recibió apreciada, o por apreciar, porque fue donacion que procedio de los bienes de su padre, porque la avia de cargar en dote por ser suya por haverla el recibido por aprecio, traera à colacion con todos los hijos del primero y segundo matrimonio, que vinieren à heredar à su padre, como dicho es. Quod procedit utrumque propriis rationibus quæ supra signatæ; & fundatæ sunt rectè hæc intuenti; quod est summè notan-

dum, quia quotidie contingit, & non reperitur ita declaratum per aliquem, quem ego viderim.

Pero hafe de advertir, que questo caso que los hijos del segundo matrimonio puedan pedir, que la demasia que mas valia esta heredad, que su padre dio en dote à la hija del primero matrimonio, de lo que valia al tiempo que el la recibio por aprecio con la muger primera, la trayga à colacion con todos los hijos del primero y segundo matrimonio, como dicho es. Esto no lo podrian pedir los herederos estraños de la muger segunda, si ella no dejasse hijos evidentiſſima ratione, videlicet, porque ellos no son herederos del marido desta muger, ni vienen à llevar ni partir sus bienes para que los hijos y herederos del traygan à colacion lo que huvieren llevado, ni à ellos les va interes en ello.

Y tambien se ha de advertir, que aunque pueden pedir los hijos del segundo matrimonio, que la demasia que valia mas la dicha heredad que recibio en dote la hija del primero matrimonio, la trayga à colacion y particion con todos los hermanos del primero y segundo matrimonio, que vinieron à heredar à su padre: pero no podran pedir que se les saque y de à ellos otro tanto como monta la dicha demasia del momon y cuerpo de bienes multiplicados; porque esta demasia

demasia no eran bienes multiplicados en el segundo matrimonio, ni su madre tenia parte en ellos, como arriba esta apuntado; solamente tienen este derecho que se trayga à colacion con todos los hermanos del primero y segundo matrimonio la dicha demasia, como esta dicho.

¶ En quanto al segundo caso premisso, y duda si la muger segunda, o sus herederos en algun caso, podran pedir que se les saque à ellos del momon de los bienes multiplicados durante su matrimonio, el valor de la heredad que su marido huviesse dado en dote à su hija del primero matrimonio, con los frutos que huviesse rentado desde el dia que la dio à su hija? Digo, que si la heredad que dio à su hija del primero matrimonio en dote, fue adquirida durante el segundo matrimonio; que en tal caso justissimè pedira la muger segunda, o sus herederos, aora sean hijos, aora estraños, que se les saquen de los bienes multiplicados durante el segundo matrimonio, otros tantos bienes, y el valor que valia la dicha heredad, todos los frutos della que ha rentado despues que el marido la enageno y dio en dote à su hija, pues la dicha heredad era comun de entrambos y en todo esto damnifico à la compania y bienes della el marido por su culpa; tomando y sacando de los dichos bienes communes la dicha heredad para pagar su propria

Ayora de Partitionib.

deuda. Quia ad hoc tenetur socius ut in l. cum duobus. §. damna. & l. omne æs alienum, ff. pro socio. & facit lex de his, in fin. Cod. famil. her. if. ibi: ejuſdemque rei cæteris præſtandam indemnitate, si ergo cæteris præſtare indemnitate tenetur cohare, vel socius, neceſſario tenebitur de re principali, & de fructibus: aliàs non plene præſtaret indemnitate; ¶ T si el no la diera à su hija en dote la muger segunda, pudiera gozar della y de los frutos, y es justo que la muger tome otra tanto como el marido tiene tomado y llevado de los bienes comunes ganados durante el matrimonio, ut latius super hoc scripsimus in prima parte hujus Tractatus. in capitulo, quod de bonis paraſternalibus venditis à marito loquitur, in secunda quæſtione principali, orlo pague el marido à la muger segunda, o à sus herederos, de sus propios bienes de la parte que à el le cupiere la mitad de lo que valia la dicha heredad, que tome para si con la mitad de los frutos, que todo viene à ser una cuenta, si bene consideretur, tomar otro tanto de los bienes multiplicados o la mitad de los bienes propios, del marido: ¶ No obſtaria dezir, que el marido puede vender y enagenar las cosas adquiridas durante el matrimonio sin voluntad de la mu-

¶ T t

ger,

ger, ut habetur in l. titul. 4. lib. 5. Ord. antiq. i: porque aquello ha lugar, y se entiende quando el marido por titulo oneroso vendiese aquella cosa, y el precio della la convirtiese en la hacienda y bienes comunes, pero venderlas para pagar sus deudas proprias, o donarlas a algun pariente suyo, esto no se permite al compañero de los bienes comunes, sino fuese de los suyos propios, ut supra diximus: y assi se entiende y práctica communiter dicta lex Ordi. & sic eam declarat Palat. Rub. in repeti. rub. de donat. inter virum & uxorem, §. 66. fol. 4. in prima col. Segura in l. unum ex familia, fol. 9. & Cisuentes in l. 16. de Toro. quest. segunda, cum sequentibus.

¶ Quinto à la tercera duda, si el padre dio en dote à su hija del primero matrimonio alguna heredad que se huviese ganado durante el segundo matrimonio, y pidiese la muger segunda o sus herederos, que demas del precio que valia al tiempo que la dio, y demas de los frutos que haventado, le pagassen y sacasen del monton de los bienes multiplicados, lo que mas vale la dicha heredad al tiempo que murio el marido, si huviese crecido el valor della con el tiempo, si tendra derecho para pedirlo? Respondo in proposito questione, sic distinguendum esse, o esta enagenacion fue

hecha por causa onerosa para pagar la legitima de la madre, que el padre devia à su hija, o para dotarla, que todo es uno, pues derecho el padre esta obligado à dotar à su hija, o vendio aquella heredad à un extraño, para pagar à la hija su dote, o legitima, como dicho es? o hizo donacion della à algun pariente, o parienta suya para su dote, o por otra causa, o à algun extraño que no fuese su hija, ni fuese obligado à ello, sino que voluntariamente lo dio. Primo casu, si lo dio à la hija para en pago de legitima, o para dotarla: en tal caso no podrá la muger segunda pedir que se le pague lo que mas oy vale la dicha heredad al tiempo de la particion, porque bien puede el marido enagenar o vender los bienes multiplicados, ex causa onerosa, como no aya fraude en ello, sin voluntad ni consentimiento de la muger, ut in dict. l. 4. tit. 4. libro 4. Ordinamen. y solamente podría pedir la muger que se le sacase otro tanto valor de los bienes multiplicados como valia aquella heredad al tiempo que su marido la enageno, pues no se convirtió el precio en su provecho; ni de los bienes comunes, sino solo en provecho del marido para pagar lo que él devia; ut in allegata l. incerti, Cod. famil. heriscun. & in l. cum duobus, §. damna, & l. item ex diverso, & l. here-

des, §. non tantum, ff. fami. heriscun.

T no obstaría decir, que en esto damnifico el marido à la muger en vender, o dar en pago de lo que él devia aquella heredad, que era comun ganada durante el matrimonio en menos de lo que valia, quando fue suelto el matrimonio, y que todo aquel daño es obligado à pagarle el marido como compañero que tomo para si los bienes de la compañía sin voluntad del compañero o coheredero, ut in d. l. incerti, in fin. C. fami. heriscun. porque aquello procede de jure communi in socio, & coherede qui non potest alienare partem focii, vel coharedis invito eo: pero no en el marido que de jure Regio puede vender y enagenar la cosa ganada y adquirida durante el matrimonio, ut in d. l. 4. tit. 4. lib. 5. Ordini. y lo segundo, porque no puede decir con razon la muger segunda, que su marido la agravio en vender, o dar en dote la heredad en menos precio de lo que oy mas vale quando se haze la particion, y que tanto perdía ella por haverse vendido antes, porque bien pudo ser que valiera menos con el tiempo, quando el marido la dio en dote, o la vendio, la vendiese en mas de lo que le avia costado, y la tuvo por bien vendida antes que vender otra cosa de su hacienda, que le hiziese mas daño; y assi se concluye, que pues la

vendio, o enageno, es causa onerosa, lege permittente, non debet gravari in hoc, ut teneatur de suo supplere, & satisfacere uxori illud, quod plus valuit res alienata tempore divisonis.

¶ Pero si el marido la enageno por via de donacion, dando la dicha heredad, o qualesquier otros bienes multiplicados graciosamente à algun pariente, o parienta suya, o à un extraño, porque esto le esta defendido, y no lo puede hazer, ut supra diximus; en tal caso sera obligado à pagar à la muger segunda, y à sus herederos, todo el daño que le vino desta enagenacion y donacion, que es el valor de la cosa que tenia al tiempo que la dio y dono, y lo que mas oy vale, y sacar otro tanto la muger segunda, y sus herederos, del monton de los bienes multiplicados, porque en tanto ha sido damnificada por culpa de su marido en la cosa comun, que era de entrambos, quam non potuit alienare titulo donationis sine facto suo, ut in regula juris, id quod nostrum est, juncta dict. l. incerti, in fin. Cod. famil. heriscun. & l. item ex diverso, ff. eo. titul. Sed hoc ita procedere exitimo, si maritus animo fraudandi hoc fecisset in necem uxoris, quod facere non potuit; sin autem cessante fraude, non tenebitur ad id quod plus valet hodie prædicta

res donata, ut supra proxime diximus, & in quæst. 41. secunda partii, supra ad quam me remitto.

QUÆSTIO XIII.

**38** D<sup>o</sup> Ecimo tertio principaliter quero. Si bastara el inventario que se hizo por la muger segunda, quando murio su marido, para que por el se pueda hazer particion entre los hijos de la primera muger de los bienes de su madre? Respondeo, que no bastara, sino que se ha de hazer por el otro inventario que hizo el marido de los bienes que tenia al tiempo que murio su muger primera, y assi sera menester que aya dos inventarios quando ay hijos de dos matrimonios, para que se pueda hazer la particion con todos de los bienes de sus padres, y madres, porque de otra manera seria muy difficil y casi imposible hazerse la dicha particion con todos pues en efecto son dos particiones diferentes de dos herencias, ut in l. heredes ejus, in princip. ff. famil. her. una de los bienes de la primera muger, y de los bienes multiplicados en el primer matrimonio: y otra de los bienes del padre, y de lo multiplicado con la muger segunda en el segundo matrimonio.

**39** Pero pongamos que el padre no los muestra inventario, ni lo hizo de los bienes que tenian al tiempo que mu-

rio la primera muger, como haran la particion los Contadores entre los hijos del primero y segundo matrimonio, y de los bienes de sus padres? Respondeo rem quidem obscuram, & difficilem esse, non tamen impossibilem: idcirco, los arbitros y Contadores ante omnia procuren si pueden concordar las partes que declaren que bienes quedaron al tiempo que murio la muger primera, y que assignen una cantidad cierta de bienes, o precio dellos, por bienes que quedaron al tiempo que murio la primera muger, y conforme a esto se podra hazer la particion entre todos, pero sino se conformassen en estos las partes, entonces si ay algunas escrituras o provanças en el processo de los bienes que quedaron, aquello podran poner por inventario y cuerpo de bienes del primero matrimonio: pero sino pareciere inventario ni escrituras, ni provanças, por las quales se pudiese averiguar esta diferencia, ni las partes lo declarassen, ni se conformassen, y los hijos del primero matrimonio reclamasen diciendo, que quando murio su madre deyo muchos bienes, que pater consumpsit, vel expendit cum secunda uxore; entonces los Contadores lo remitan al juez, dando su parecer, que conviene recibir a las partes a la prueba sobre ello con un breve termino, si antes no hubriesen sido recibidos a prueba otra.

otra vez, y no provaron, porque en una instancia no se permite recibirse a prueba dos veces, post publicationem testium, nisi per restitutionem, ut in cap. ex tenore, de testib. & l. 4. titulo 11. libro 3. Orden, y que el Juez declare que bienes quedaron conforme a las provanças, para que conforme a ellas los Contadores procedan y hagan su particion entre todos los hijos del primero y segundo matrimonio, ut colligitur in l. cum fideicommissum, in fin. ff. de confess.

Y si por la dicha informacion y provança parecieren los bienes que quedaron al tiempo que fallecio la primera muger por confesion o concordia de las partes, o en otra qualquiera manera, de aquello sacaran los Contadores la dote y capital de la primera muger, y luego el del marido, y lo restante se partira en dos partes yguales, y se dara la una a los hijos de la primera muger, como bienes multiplicados: y la otra a los hijos del primero y segundo matrimonio, como a herederos de su padre, y se hara en todo la particion, segun y como digimos in secunda parte hujus tractatus, de partitione inter virum & uxorem habentes liberos ex primo matrimonio.

**40** Pero sino pareciere haver traydo dote, ni otros bienes para frenales al matrimonio la muger primera ni menos el marido haver traydo capital al-

guno; entonces todos los bienes que pareciesen por inventario, o por provanças que quedaron al tiempo que fallecio la primera muger, se partiran ygualmente entre los herederos de la primera muger, y entre todos los hijos y herederos del marido del primero y segundo matrimonio, como bienes multiplicados durante el primero matrimonio, porque no provandose dote ni capital alguno de la muger, ni del marido, en duda se presume ser todos bienes multiplicados y mejorados durante el matrimonio, y se han de partir por medio, como dicho es, conforme a la ley del estylo, 203. que assi lo dispone.

¶ Pero pongamos que por las dichas provanças, ni por inventario ni escrituras, ni por confesion ni concordia, puede constar ni parecer que bienes quedaron al tiempo que murio la primera muger: en tal caso, de qualquier bienes que el marido tenga y le pertenecan de su capital, o de las ganancias del segundo matrimonio pagaran sus herederos a los herederos de la primera muger la dote y arras, y otros bienes que pareciere haver traydo al matrimonio, y lo sacaran los Contadores del capital, y bienes que le pertenecan al marido, y lo restante que quedare por bienes del marido, se partira entre todos sus hijos, assi del primero como del segundo matrimonio: pero de los demas bienes que los hijos de la primera muger preten-



den que quedaron al tiempo que falleció su madre, y que los consumio su padre no llevaran parte alguna, pues no lo provaron, ni menos llevaran dote ni arras, ni parafernales, ni otra cosa alguna por bienes de su madre del capital y bienes del padre, sino lo provaron: y en tal caso entrarán todos à partir y igualmente los hijos del primero y segundo matrimonio, en los bienes y herencia del padre y los hijos del segundo matrimonio, llevarán mas la parte que les perteneciere de la dote y arras y bienes hereditarios y parafernales, y mitad de multiplicado que pertenecieren à su madre: y desta manera se hará la particion entre los hijos del primero y segundo matrimonio, teniendo atencion, que primero y ante todas cosas de los bienes que quedaron al tiempo que murio el padre, se saque la dote de la muger segunda, y mitad de multiplicado en el segundo matrimonio, y de lo que

42. quedare al marido de su capital, y mitad de multiplicado, pagare la dote y capital de la primera muger, como deuda que el devia al tiempo que se casó con la segunda muger, ut in l. 4. tit. 2. lib. 3. for. y no se ha de sacar ni pagar de los bienes del inventario, que quedaron quando falleció el padre, porque seria pagar las deudas del marido hechas en el primero matrimonio, con los bienes multiplicados en el segundo matrimonio

en que la muger segunda tiene la mitad de sus ganancias, y multiplicado en el segundo matrimonio, ut supra diximus in secunda parte huius tractatus; ad quod multum est advertendum, quia in his multos viros graves, & juris peritos errorare vidi, volentes deducere primum, dotem, arras, & bona capitalia uxoris primi matrimonii de bonis quæ remanserunt tempore mortis mariti; cum in his inveniantur simul, & bona uxoris secundæ, & meliorata in secundo matrimonio, quod fieri non debet in iudicio divisionis, nisi tractaretur de prælatione dotis primæ uxoris ad secundam quando bona mariti non sufficerent ad solutionem utriusque dotis, tunc enim permetteretur satisfacere primò hæredibus uxoris primæ, secundum formam datam per legem, *assiduis*, C. qui possessores in pignor. habe. cum sua materia, non autem in divisione bonorum, quando bona mariti ad hæc omnia sufficiunt rationibus supradictis.

¶ Ad unum tamen est advertendum in proposita questione: Que aunque los hijos del primero matrimonio provasen que durante el primero matrimonio, su padre y madre compraron alguna heredad, casa, o viña, que no por esto les bastaría para que les diese la mitad del

valor

valor della por bienes multiplicados durante el matrimonio de su madre, lo uno porque bien pudo el padre volverla à vender despues durante el matrimonio mismo primero; y assi se ha de presumir pues no parece que la poseya quando el murio, ni quando murio la muger primera, y lo segundo porque aunque constara que la dejó y quedo entre los bienes del marido quando murio la primera muger, o quando murio despues el marido, no es probança concluyente para que por esto se entienda ser bienes mejorados durante el primero matrimonio, porque bien pudo haverse comprado durante el primero matrimonio aquella heredad con los dineros de la dote de la muger primera o bienes hereditarios y de su capital de lo della, y no seria multiplicado pues falta el capital del uno dellos con que se compro, porque no se entienda haver bienes mejorados en la compañía, ni ganancias algunas, hasta ser sacados los caudales que metieron en la compañía los compañeros, y ser primero pagadas todas las deudas que se han hecho durante el tiempo de la compañía, o matrimonio, ut in l. *Marius*, ff. pro socio. & sic debent iudices & arbitri ad dividendum dati ante omnia hæc habere præ oculis, ut non iudicent pro bonis melioratis durante matrimonio, ea quæ maritus & uxor compararunt vel acquisierunt, quousque capitalia utriusque

sint salva, & deducta de bonis communibus; quia verè non dicuntur lucra, nec esse possunt, nisi his omnibus deductis; sicut prædictum.

## ADDITIO.

Vide Roderic. Suarez in *leges A fori*, in *proemio*.

## QUÆSTIO XIV.

DECIMO quartò quæritur de alia contingibili questione, quæ tangitur in superioribus, non tamen solvimus; diximus enim quod si pater qui secundo duxit uxorem, dedit dotem filia suæ primi matrimonii de bonis maternis ipsius filia, illam dotem censetur dedisse de bonis propriis maternis ipsius filia, non de bonis patris, & ideo prædictam dotem tenetur conferre filiis primi matrimonii, & non aliis filiis secundi matrimonii: Nunc videamus, an illud sit usquequaque verum, & quomodo procedat? Respondeo, que si el padre doto à alguna hija teniendo ella bienes maternos, o en otra qualquiera manera, si el padre la doto declarando de que bienes dava la dote diciendo que la da de los bienes de la hija que tenia en su poder como legissimo administrador, o que le dava

tanta

tanta cantidad de los bienes de la hija y tanta de sus propios bienes del padre, aquello se guardara, y assi sera obligada la hija à traer à particion aquella dote hasta la cantidad que le dio el padre de los propios bienes de la hija con los hermanos del primero matrimonio, y lo demas que le dio el padre de sus propios bienes, lo traera à colacion y particion con todos los hermanos del primero y segundo matrimonio que viniere[n] à heredar à su padre, pues fue dote profecticia que salio y procedio de los bienes de su padre. Hæc distinctio colligitur ex l. fi. Cod. de dotis promiss. ubi not. Doctores & in l. Nefennius, ff. de nego. gest. & in l. 8. tit. 11. par. 4.

Pero si el padre prometio la dicha dote simpliciter, no declarando que la dava y prometia de los bienes adventicios de la hija: en tal caso es la duda, si teniendo el padre bienes adventicios de la propria hija que los huviesse heredado de su madre, si se entendera que la doto de sus propios bienes que tenia en administracion, o de los bienes del padre? In qua quaestione Bart. in l. Nefennius, ff. de nego. gest. tenet quod censeatur dotem dedisse filia, de bonis ipsius filia, quæ administrabat, & non de suis: quia intelligitur dotem dedisse administratorio nomine. Idem tenet ibi Ange. de Peru. in d. l. Nefennius, ff. de nego.

gest. & idem Bar. in l. cum post mortem. §. 1. ff. de adm. tuto. Sed communiter hæc opinio Bar. reprobat: imo quod si pater simpliciter dotavit filiam non declarando de cuius bonis dotem promissit, censeatur dotasse filiam de propriis bonis ipsius patris, etiam si filia habeat bona materna, vel alia adventitia, quorum est ipse legitimus administrator, si ipsemet pater habeat sufficienter, unde possit illam dotare, quia officium paternum est dotare filiam; & hoc probat expressè ille textus in dict. l. fin. Cod. de dotis promiss. si bene inspiciatur, & ita tenet contra Barr. Joannes de Imola in l. 1. ff. solut. matrimo. in 2. col. Roma. penult. colum. num. 16. & Alexan. 4. col. num. 17. & Jaf. in 6. num. 14. Socinus quinta col. n. 10. Ripa. 17. col. num. 9. Paul de Castro in l. fin. ff. de petit. hære. Fulgo. in l. Nefennius, ff. de nego. gest. Angel. de Aretio in §. fuerat, Instit. de actionibus, colum. 3. num. 19. idem tenet Ant. Gom. qui dicit hanc esse communem opinionem in l. 53. de Toro, num. 22. & Greg. in l. 8. tit. 11. par. 4.

Quod tamen limitandum esse existimo, salvo si el padre, simpliciter prometieße de le dar en dote à la hija alguna heredad que fuesse suya de la hija, que la huviesse recibido en dote con su madre disjuncta sin aprecio;

aprecio; porque es de la propria hija, & ipsa res promissa in dotem declarat de cuius bonis sit, nec ultra eam pater aliquid promissit, & solvendo, aut tradendo id quod promissit, liberatur ab illa obligatione. De lo qual se sigue, que esta hija que recibio en dote esta heredad que fue de su madre, y le fue dada en dote sin aprecio à su padre, que no sera obligada à traerla à colacion y particion con los hijos del segundo matrimonio; porque ni fueron bienes paternos, ni el padre tenia parte en ella, ni la hija recibio cosa alguna de los bienes de su padre. Quia etiam ratione defendi potest, quod in hoc casu non censeatur pater de suo dotem dedisse, vel promississe, cum rem propriam filia in dotem dedit, quia eam non tenetur conferre veniens ad hæreditatem patris cum aliis fratribus, quam conferre teneretur si de bonis patris processisset: quod etiam fundatur ex ratione posita in caput. infra proximo.

¶ Secundo limitatur dicta conclusio, Si el padre prometio simpliciter alguna cantidad de dote à su hija la qual demas de la dote de la madre avia heredado della algunos bienes multiplicados durante el primero matrimonio de su madre porque emonces si la hija tenia tantos bienes multiplicados heredados de su madre, que lleguen hasta la cantidad que el padre le prometio en dote, o hasta donde le garen por rata: no sera el padre obligado à pagar la dicha dote de sus propios bienes, sino de la hija, aunque la huviesse prometido simpliciter, sin declarar de que bienes la prometia; quod sumitur ex l. 53. Tou. quod disponit quod pater promittente dotem pro filia, si sint aliqua lucra facta durante matrimonio, de his censeatur dos promissa, etsi uxor nihil promiserit: quia obligatio est communis cum habeant lucra facta constante matrimonio; quæ obligatio manet; & idem servari debet etiam soluto matrimonio, & matre defuncta; hoc tenet expressè dominus Covarr. variarum resolut. lib. 3. cap. 19. num. versic. Ex quo inferitur, ubi dicit, hoc ita esse receptum communiter in practica, quod quando pater habet bona quæ sita durante matrimonio; quæ pertinet ad filiam, ex eis censeatur dos constituta simpliciter, non de bonis patris.

¶ Item se ha de limitar lo arriba dicho, en quanto digimos que la hija ha de traer à colacion y particion la dote que le dio su padre; porque en algunos casos no seria obligada la hija à traer à particion la dote que huviesse recibido: el uno es, si la huviesse el marido perdido sin culpa de la muger, que entonces no sera obli-

gada la hija à traer la dote à colacion y particion, ut habetur in athen. quod locum, C. de colla. El segundo caso seria, si el padre se la huviesse mandado en su testamento por via de manda o prelegado, quia relicta in testamento non conferuntur, ut in l. a patre Cod. de colla. & l. ex parte, §. 1. ff. fami. her. ubi habetur, quod ex voluntate præsumpta patris cessat dotis collatio, ergo fortius quando adest voluntas expressa patris. Tertius casus notabilis, & mente tenendus, est, ubi filia non tenetur conferre dorem, Si un padre huviesse un hijo y una hija, à la qual huviesse dado alguna cantidad en dote en su vida, y despues por su testamento o codicilo huviesse dividido todos los bienes que tenia, y hecho particion de los entre sus hijos, y huviesse dado al hijo mucho mas que à la hija, no dejando cosa alguna por partir de sus bienes y herencia: y despues pidiesse el hijo, que la hermana trajesse à colacion y particion la dote que avia recibido en tal caso no seria obligada la hermana à traer à particion la dote que avia recibido, ex præsumpta voluntate patris, qui ideam inæqualiter bona divisit, quod filiam primo dotasset: hic est casus notabilis, & singularis in l. ex parte, §. intestato, ff. fami. herci. & licet Accursio videatur dura decisio illius textus, ita ut dicitur

heri quod decisio illa procederet, quando pater in codicillis hoc expressè disposuit, filia non teneatur prædictam dorem conferre: hoc tamen verè est divinatò, & contra expressam dispositionem illius textus, qui fundatur in præsumpta voluntate patris defuncti, quæ resultavit ex magna inæqualitate divisionis omnium bonorum ab eo factæ, & quia hæredes eos non instituit, quia omne patrimonium inter eos divisit, quasi nollet amplius inter filios ejus de hereditate, nec divisione ejus tractare vel contendere; & ita intelligit eam Alberi. reprobata opinione Glessæ. Ex his igitur Arbitri ad dividendum dati facile scire poterunt, quando & quomodo, & quibus fratribus, & pro qua parte dos à patre data conferenda sit.

¶ Est tamen advertendum, quod prædicta decisio leg. ex parte, §. intestato, ff. fami. herci. procedit non solum quando pater omnia bona divisit inter filium & filiam quam prius dotaverat; sed etiam quando aliqua bona reliquit indivisa, si ea consequantur bona, quæ à parte divisa sunt, Ex æpli gratia: El padre doto à su hija, y despues en su vida partio y divido todos los bienes que tenia entre la hija y el hijo, y dio muchos mas bienes al hijo, que à la hija, en esta mane-

manera, que dio las casas y mueble, y heredad, y ganados, lanas, y carbrio, y juros, y censos al hijo, que eran en mucha cantidad, y la hija le dio ciertas vacas o yeguas que tenia en poca cantidad, y no dejó otra cosa indivisa y por partir, porque no la tenia, excepto ciertos bezorros o potros de leche que andavan con las madres: en tal caso aunque el hermano pida que la hermana trayga à colacion y particion la dote que recibio, porque su padre no divido todos los bienes que tenia, porque quedaron todos los dichos potros o bezorros por partir, no sera oydo sobre ello, porque aquellos bezorros o potros siguen las madres, que son los bienes que estavan partidos por el padre: y se entiende tacitamente, que el padre los dio à la hija con las vacas o yeguas que le dio y assigno la particion que hizo de sus bienes, textus est notabilis, juncta Glo. in verbo datas, ex quo sumitur prædicta conclusio in l. quæ pater, la primera, in fin. ff. fami. herci. ex qua infert ibi Bal. notabiliter, quod si pater legavit filia vaccam, intelligitur etiam legasse vitulum qui eam sequitur; quod est valde notandum, quia confert ad multa.

¶ Sed quia in præcedentibus quæstionibus tractavimus de aliquibus dubiis, quæ occurrere solent, quando pater habens fi-

lios ex primo matrimonio transivit ad secundas nuptias; nunc aliqua videamus de matre, quæ habens filios ex primo matrimonio, migravit ad secundum.

## QUÆSTIO XV.

ET hoc casu queritur, Si la muger que tenia hijos del primero matrimonio passò al segundo, la qual avia recibido en arras el diezmo de los bienes de su primero marido, o avia recibido muchas joyas que su marido le dio estando desposados, que le puede dar hostala octava parte de lo que recibio con ella en dote, ut supra diximus in prima parte hujus tractatus, o el marido le mando en su testamento el Quinto de sus bienes. Despues al tiempo que esta muger muere mando à su marido segundo el Quinto de sus bienes: que llevara el marido segundo por razon deste Quinto? y de que bienes lo sacaran los Centadores? Respondeo, que lo sacaran y llevara este Quinto el marido segundo de todos los bienes que se hallaren que la muger tenia por suyos quando murio: pero no llevara de los arras que le dio su primero marido, ni del Quinto de sus bienes que le mando en su testamento, ni de las joyas que le dio estando desposados, ni de otros qualesquier bienes que el primero marido le huvies-

se dado titulo lucrativo, ni de la herencia que huviesse havido de alguno de los hijos del primero matrimonio, que huviesse muerto ab intestato: porque de todos estos bienes no pudo disponer la muger en la propiedad dellos, porque es obligada à reservarla à los hijos del primero matrimonio, ut in l. feminae, & in authen. ex testamento, Cod. de secund. nup. & l. 26. titu. 13. par. 5. tradit latè Anton. Gomez in l. 16. Tauri, quod erit maximi effectus, nam de solis bonis suis, quæ habet in proprietate mulier transiens ad secunda vota potest disponere, & legare Quintum marito secundo, vel Tertium bonorum suorum uni ex filiis primi vel secundi matrimonii meliorando eum in Tertio, nam de istis lucris hoc facere non potest, quia æqualiter dividi debent inter filios primi matrimonii, ut in *authentic. lucrum hoc*, Cod. de secund. nup. de bonis autem quaesitis, vel melioratis durante primo matrimonio, potest ista mulier, quæ ad secunda vota migravit disponere liberè, sicut de cæteris bonis suis, & poterit legare marito secundo quintam partem eorum, & meliorare filium, quem velit, tam ex primo, quam ex secundo matrimonio, in Tertio, quia illam medietatem lucrorum habet ex industria sua,

vel ex dispositione legali, ut in l. fin. C. de secund. nup. & expressius in l. 14. Tauri, quæ hoc disponit.

### QUÆSTIO XVI.

**D**Ecimo sextò dubitatur: Si el padre ò madre huviesen en vida partido y dividido todos sus bienes entre sus hijos sin dejar cosa alguna indivisa, dando à uno mas que à otros, como no exceda de sus legitimas, ni agravie à ninguno dellos en mas del Tercio y Quinto de sus bienes, si podra despues revocar esta particion que hizo en vida entre sus hijos? Et quidem videtur dicendum quod non possit revocare prædictam divisionem, cum facta fuerit per contractum inter vivos cum traditione bonorum, ut in l. 17. de Toro, & ita in expresse tenuit Antonius Gom. in eadem l. 17. de Toro, sed putarem veriolem esse contrariam sententiam; sino que el padre la podra revocar quando quiescero, aunque aya entregado la possession de los bienes à sus hijos, porque esse no es contrato inter vivos, ni por tal se ha de juzgar, sino ultima voluntad y disposicion que quiso provenir el padre en dividir sus herencias à sus hijos, en lo qual no ha lugar la disposicion de la ley 17. de Toro, & ita probat sextus notabilis cui congruè responderi non potest,

test, in l. si filia, §. si pater, ff. famil. her. cujus verba sunt; Si pater inter filios sine scriptura bona divisit, & onera eris alieni pro modo possessionum distribuit, non videtur simplicem donationem, sed potius fecisse supremi iudicii divisionem, Papianus ait. Et ita teneo, quod pater possit quodcumque voluerit prædictam divisionem revocare.

### QUÆSTIO XVII.

**D**Ecimo septimò quæritur, Si la particion se vino à hazer desde à quatro o cinco años, ò mas que murio el padre, el qual en su testamento mando à su muger segunda el Quinto de sus bienes, y el Tercio à uno de sus hijos del primero o segundo matrimonio, como se partiran los frutos que la muger y hijos del segundo matrimonio huvieren cogido de las heredades del marido difuncto, y parece que todos estos dichos frutos de los dichos años que estubo por hazer la particion sacada la costa que se ha hecho en labrar las heredades y coger los frutos, se cargaran y haran cuerpo de bienes dellos, ò de su valor, juntamente con los otros bienes y herencia del difuncto, y se partiran entre todos herederos: Et ita communiter faciunt Arbitri ad dividendum dati, in quo maximus error, & gravamen si bene hoc inspiciatur, deprehenditur;

nam ex hoc majus legatum factum uxori quinta partis efficitur. Item eadem ratione efficitur majus prælegatum Tertii factum filio testatoris, & minor legitima, & hæreditas filiorum: porque la herencia del difuncto solamente es y se entiendo, los bienes que tenia y quedaron al tiempo de su muerte, y no los frutos que despues rentaron los bienes hereditarios, porque estos, ni lo que despues se acrecienta la herencia, ni lo que se disminuye por algun caso despues de la muerte del testador, no disminuye ni acrecienta la herencia, nec est in consideratione hæreditatis, quia hæc omnia pertinent ad heredem, non autem ad legatarium partis bonorum, ut in l. cum quæritur, Cod. de inoff. testamen. & in l. in quantitate, & l. in lege falcidia placuit, ubi not. DD. ff. ad falcid. Y de estos bienes que quedaron al tiempo que murio el testador, se ha de dar el Quinto que le fue mandado à la muger, y el Tercio al hijo que le mando su padre, y no de los frutos que despues ha rentado la hacienda, porque estos son de los herederos, que son todos los hijos por yguales partes, à los quales se les hara agravio y fraude haciendose cuerpo de bienes y herencia de los dichos frutos que despues rentaron los dichos bienes. Ideo in hoc multum est advertendum, quia multis partitionibus mul-

tos errores, & gravamina facta vidi.

Y para evitar este agravio se deve hazer desta manera que primero se haga cuerpo de bienes de todos los bienes que deyo el difuncto al tiempo de su muerte; y de estos, sacadas primero las deudas se saque el Quinto y despues el Tercio despues se haga cuerpo de bienes de por si de los dichos fructos sacando dellos la costa que la muger y hijos hizieron en labrar las heredades y cogierlos, y lo demas se junte con toda la otra herencia del difuncto, sacado el Quinto y Tercio, como dicho es, para que lo ayen entre todos los herederos del difuncto, y desta manera se hara justamente, y sin agravio de ninguna de las partes: la dicha particion quando a los dichos fructos, excepto los fructos del año que murio el testador maduros o verdes en el punto que estavan se apreciavan de por si, o con las heredades lo que mas valen, y aquella sera herencia del difuncto, ut praediximus in secunda parte hujus tractatus, & in exemplo cuiusdam partitionis quod in fine hujus operis inseremus, ubi claritius, & opportunius apparebit.

55 ¶ Pero parece que esta particion de fructos en la manera dicha, no esta bien hecha, porque al hijo mejorado en Tercio, no se le da ni lleva parte de los fructos que se cogieron despues de la dicha herencia

en los años que estuvo sin hazer se la particion, como diximos arriba, porque solamente se le saco el Tercio de los bienes y herencia que deyo su padre al tiempo de su muerte, y no de los fructos, y parece que podria agraviar se dello si su padre le mejoró en el Tercio de todos sus bienes y herencia, y pues estos fructos pertenecen a los herederos, parece que se avia de dar parte dellos al Tercio en que esta mejorado este hijo pues es heredero en el Tercio mas de su legitima. Respondeo quod multum sunt inspicienda verba quibus usus sit testator in hoc prael legato, porque si el testador dijo que mandava el Quinto de sus bienes a su muger, y el Tercio a su hijo, en tal caso procede lo que arriba esta dicho, y no llevara el ni la muger parte de los fructos, que se cogieren despues de los bienes y herencia del testador, porque no los pueden llevar por razon de ser herencia del difuncto, porque no lo es como esta dicho, ni por fructos del Tercio y Quinto, porque no se le deven fructos, ex legato partis bonorum, ut diximus in superioribus, per tex. notabilem in l. si quis bonorum, ff. de legat. 1.

Pero si el testador dixesse que mandava el Quinto de sus bienes a su muger, y hiziesse otros legados y mandas pias y graciosas, y despues dixesse (ut solet fieri frequenter) en el remanente de mis bienes, deyo

por.

por mis universales herederos a mis hijos, los cuales los ayen y hereden por yguales partes, excepto el Tercio que quiero que lleve demas, o por mejora, fulano mi hijo, y si es necesario lo mejoró en el por la mejor via y forma que aya lugar de derecho, &c. En tal caso este hijo mejorado e insituydo en el Tercio, llevara la parte de los dichos fructos que pertenecen al Tercio, y despues llevara la parte que le perteneciere, como uno de los otros sus hermanos y herederos.

Ratio differentia hæc est, quod in primo casu iste filius melioratus habuit Tertium jure prælegati, & ad legatarios non pertinet augmentum hereditatis, vel diminutio, sed ad hæredes, ut in l. in ratione legis falcidia mortis, & l. in quantitate, ff. ad legem falcid. In secundo vero casu, cum jure institutionis filius habeat illud Tertium plusquam ceteri fratres simul instituti, & fructus postea collecti ex hereditate defuncti pertineant ad hæredes. merito habebit partem fructuum respectu Tertii, & aliam partem, ut hæres in reliquo cum aliis fratribus, ideo multum inspicienda sunt verba testatoris; quia uno modo prolata faciunt unum effectum, & sensum, alio vero modo faciunt alium, ut ait Jurisconsultus in simili, in l. unum est

familia, §. sed & si fundum, ff. de lega. 2. & in l. Plautius, ff. de auro & argento lega. tradit latè Bartol. in l. centurio, in 4. column. num. 20. cum seq. ff. de vulga. & pupi. ubi latè distinguit quando quis possit capere, ut hæres directo, & quando quis possit capere ut legatarius, & fideicommissarius jure obliquo; quæ omnia faciunt verba à testatore prolata, ex quibus colligitur ejus voluntas; ut ibi latè per eum est videre.

#### QUÆSTIO XVIII.

Decimo octavo quæritur, 56 Si uno de los hermanos y coherederos de su padre, o madre, hizo algunos gastos en defender la herencia de alguno que la pedía, y pretendía ser heredero en toda ella, y no el hijo del testador que la posesía, porque forte, era hijo natural del padre de los hijos instituidos que la posesen, ex testamento, vel ab intestato, y pretendía ser legitimo, diciendo que su padre avia contraido matrimonio de presente con su madre, y que el segundo matrimonio que despues contrajo con la madre de los poseedores no era matrimonio ni valio por esta causa, o porque eran parientes dentro del quarto grado, o por otras causas; de tal manera, que este hijo legitimo del

testa-