

§. III.

56. **A**L juicio divisorio ¿qué cosas vienen?

57. 58. ¿De cuántas maneras es la división, y en qué cosas recae la intelectual?

59 al 61. ¿La indivisibilidad de cuántas maneras se causa, è induce? y cómo se ha de proceder en la división de las cosas individas?

62. 63. Quando en la herencia hay un Pueblo, ò mas con jurisdiccion, ¿cómo se ha de hacer su división?

64. Si los dueños jurisdiccionales tienen partes iguales, ò desiguales en la jurisdiccion de algun Pueblo ¿cómo han de proceder en el exercicio de ella?

65. Si el testador tomó dinero à censo, ò renta vitalicia, y vive el pensionario, ¿cómo se ha de proceder en la división de su capital?

§. IV.

66. **L**A alhaja enfiteutica hereditaria viene tambien al juicio divisorio.

67. 68. ¿Cómo han de dividir los herederos el predio enfiteutico hereditario?

69. 70. Si el padre llama à un hijo al goce del enfiteusi perpetuo, y le entrega en vida la finca enfiteutica, ò le lega la que está gravada con él, ò la encabeza en uno, se debe observar su voluntad.

71. Enagenando alguno de los herederos del enfiteusi perpetuo la parte que en la alhaja enfiteutica le cupo, sin requerir primero al Señor del directo dominio, si la quiere por el tanto, ¿si caerá, ò no en comiso?

72. Las mejoras hechas en la alhaja enfiteutica, ¿à quién pertenecen, y cómo se han de dividir?

73. Si el enfiteusi es de nominacion, y uno de los hijos fue nombrado à su obtencion, ¿qué deberá colacionar?

74. Si liberandose la finca enfiteutica por tres laudemios, y su duplo capital: consolidandose ambos dominios: y perteneciendo el enfiteusis à Memoria, ò Capellania, deberá el Capellan imponerlo todo à favor de ésta, ò podrá apropiarse à lo menos un laudemio?

§. I.

§. I.

QUE COSA ES LA DIVISION de herencia: quién puede pretenderla, y ante quién: por cuánto tiempo prescribe la accion de pedirla: cómo se ha de hacer entre herederos presentes, y ausentes: y en qué forma debe proceder el Juez en ella.

CONclusos legitimamente el inventario, y tasacion de todos los bienes, caudal, y efectos del que murió ex testamento, ò abintestato, si su viuda, ò alguno de sus herederos no lo reclaman por ocultacion de algunos, lesion en su valuacion, ò otro motivo, en uso del traslado que de él se les debe dar, sino lo presenciaron, (pues habiendo estado presentes, es ocioso comunicarse-lo, respecto à que pueden pedirlo, y de no hacerlo es visto que lo aprueban) se sigue su particion, la qual se introduxo, à fin de que sabiendo cada uno quáles son suyos, los custodie con mas diligencia, se apodere, y disponga de ellos à su arbitrio como dueño propietario, y se eviten las discordias que de la proindivision se originan; (1) pues ninguno puede ser compelido à tener contra su voluntad comunion de bienes con otro: (2) ni vale el pacto de subsistir siempre en ella: (3) ni tampoco debe ser obedecido en esta parte el precepto del testador, porque la perpetua

(1) Cap. Ex tenore de Sentent. excommunicat. ley In re communi. ff. de servitut. urban. prædior. ley Cum pater, §. Dulcissimis, ff. de Legat. 2. y ley Si non sortem. §. Si centum, ff. de Condition. indebit. Salicet. in leg. fin. Cod. Communi dividund. & in leg. 1. §. Ad hæc, Cod. de Annal. exception. col. 1. Socin. Junior. in leg. Stipulationes,

n. 179. ff. de Verbor. obligation. (2) Ley fin. Cod. Communi dividund. y ley 1. tit. 10. Partid. 5. (3) Barbos. in leg. In communione, Cod. Communi dividund. Menoch. consil. 87. n. 77. Cardos. in Prax. verb. Divisio n. 11. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 58. Guerreir. de Divisio. lib. 1. cap. 1. n. 21.

está prohibida por derecho: (1) y nadie puede hacer que las leyes no tengan lugar contra su testamento. (2)

2 Y para que el contador principiante se instruya à fondo de materia tan basta, escabrosa, y delicada, y por lo mismo hasta de muchísimos Letrados ignorada, y no irroque perjuicios à los partícipes en la herencia, procuraré tinturarle mas que medianamente de ella, con lo qual podrá proceder con justificación en su evacuacion. Y en su exposicion (suponiendo que el testador dexó bienes no solo para pagar sus deudas, sino para sus herederos, y legatarios, pues quando la herencia está insolvente, no valen los legados, porque se deben deducir primero las deudas, ni el heredero detraerá la quarta falcidia, (3) por ser primero pagar que heredar,) digo: lo primero, que la division, ò particion genéricamentè entendida, es repartimiento que los hombres hacen entre sí de las cosas que les corresponden en comun por herencia de algun difunto, ò por otra razon. (4) Y lo segundo, que además de las tres acciones que acerca de ella quedan referidas en el cap. 1. n. 107. hay otra que se llama *peticion de herencia*, la qual es universal, mixta de real, y personal, y de buena fé, como la *Familiæ eriscundæ*, y compete al heredero que la aceptó, y no entró en su goce, y posesion, contra el que la obtiene como heredero, ò solamente como poseedor, à fin de conseguir de éste su total, ò la parte que de ella le corresponde, con sus accesiones, ò frutos. (5) Y para proponerla, y deducirla como se debe, se requieren tres circunstancias: la primera, que el que la intente, sea heredero *ex testamento*, ò *abintestato* inmediato, (ò mediato, v. gr. el heredero del primer heredero) y universal, ò en alguna parte, ò quota

(1) Ley Hoc iudicium, §. Si conveniat. ff. Comuni dividund. y ley Nulla 70. ff. Pro socio. Guereir. ibi n. 22.

(2) Ley Nemo potest 55. ff. de Legat. 1. Valasc. de Partition. capit. 38. n. 5. Morquech. de Divis. bon. lib. 1. cap. 2. n. 19. 20. y 21.

(3) Ley Creditoribus, ff. de Separat. bonor. ley Si universæ, Cod.

de Legat. y ley 1. §. penult. ff. Ad Trebel. glos. in leg. fin. §. Et si præfactam, Cod. de Jure delib. berand. super parte falcid.

(4) Ley 1. tit. 15. Partid. 6. in §. Actionum, Institut. de action. ley 1. ff. de Reivindicat. ley Item videndum 18. §. ultim. y ley Et non tantam 10. ff. de Hæredit. petition.

de la herencia, y no legatario. (1) La segunda, que la dirija contra el que la posee íntegra, ò particularmente con título de heredero, ò de poseedor, (2) pues contra el poseedor con título singular no le compete esta accion. (3) Y la tercera que en su libelo concluya con la pretension de que el Juez decláre ante todas cosas que es heredero, ò coheredero del difunto, y le pertenece la herencia de éste: y que en su consecuencia mande al coheredero, ò poseedor se la entregue con todo lo que la corresponde sin reservacion de cosa alguna, condenandole, y en caso necesario apremiandole à ello por todo rigor legal; pues la accion de peticion de herencia se diferencia de la *Familiæ eriscundæ* en que esta se dá al que posee el todo, ò parte de ella, ò al que no le niega su adversario ser coheredero, y asi ha de pedir en derecho su division; pero aquella se concede al que está desnudo de estos requisitos, y la aceptó, por lo que éste debe introducir la solicitud de que se le decláre previamente por heredero, ò coheredero, y que le pertenece como tal la herencia, (pues sin que preceda esta declaracion, no se le estimará parte para pretenderla, respecto negarsele la qüalidad de tal,) y en virtud, y à consecuencia de dicha declaracion que se condene à su poseedor à que se la restituya íntegramente con todas sus acciones, ò la parte que le toca, à cuyo fin se divida por contadores; y no necesita individualizar las cosas de que se compone. (4) Y para mayor instruccion veáse al Sr. Covarr. en el lugar citado, à Gom. en la ley 45 de Toro n. 153. y 154. y à Parlador. lib. 1. cap. 5. y differ. 112.

3 Se ha de pedir la division de la herencia ante el Juez de los herederos, ò ante aquel en cuyo territorio están sitos los bienes de ésta, al modo que los legatarios

(1) Leyes 1.2. y 3. ff. de Hæreditat. petition. ley fin. Cod. Eod. tit. ley Si quis servum, §. fin. y ley sig. ff. de Legat. 2. Jason en dicho §. Actionum, n. 193.

(2) Ley Si hæreditatem, ff. de Petit. hæred. Gom. en la ley 45. de Toro n. 166. Paz tom. 3. §. 11. n. 8. y 9.

(3) Ley Hæreditatis petitionem, & ibi DD. Cod. de Petition. hæreditat. Sr. Covar. Pract. cap. 12. n. 2. y 6.

(4) Ley 26. t. 2. Partid. 3. glos. in leg. 1. ff. de Edendo. Sr. Covar. ibi n. 1. Paz In praxi, tom. 3. de Action. §. 11. Parlad. differ. 112.

sus mandas; (1) por lo que existiendo en diversos territorios, se ha de solicitar ante el Juez de él, en que esté la mayor parte, y pedirle término para aconsejarse. (2) Si fueren herederos de lego los Clérigos, o los Religiosos que pueden poseer bienes en comun, se ha de pedir ante el Eclesiástico, y si fueren Clérigo, y lego juntamente, se ha de distinguir; provocando al juicio divisorio, o pidiendo la particion el Clérigo, debe acudir al Juez lego por la regla de que el actor debe seguir el fuero del reo. (3) Y pidiendola el lego, ha de ser por la misma regla ante el Juez Eclesiástico: y la razon es, porque el Clérigo heredero del lego debe ser convenido ante el Eclesiástico por la accion mixta de real, y personal, quando con su causante difunto no se principió el pleyto. (4) Bien que el Juez del inventario deberá conocer en todos casos de la particion, como subsidiaria, y connexa con él, y es lo que se practica.

4 Pero si el lego fuere heredero de Clérigo, se hacen del heredero los bienes por la adiccion, o aceptacion de la herencia: y asi ya no es herencia, (5) porque una vez aceptada, pierde el primer nombre, y toma el del aceptante; (6) por lo que se ha de juzgar de ella como de bienes de lego, y pedir su division ante el Juez secular, pues los bienes toman la qualidad de su dueño. (7) De lo qual se deduce, que si el Clérigo testador rogare al fiduciario que restituya su herencia al incapáz por derecho de obtener a como indigno, y el fiduciario fuere lego, se ha de aplicar al Fisco, y si fuere Presbítero, a la Iglesia. (8)

(1) Ley unica, Cod. ubi de Hereditate agi oportet, ley Juris ordinem, Cod. de Jurisdic. omnium jud. ley 32. t. 4. Partid. 3. ley fin. tit. 9. Partid. 6. y cap. Cum generale, de Foro competent.

(2) Ley 1. al medio tit. 6. Partid. 6.

(3) Leyes citad. y ley Actor, Cod. ubi in rem actio.

(4) Sr. Covar. Pract. c. 8. n. 4. vers. Quarta conclusio. Acev. en la ley 15. tit. 4. lib. 5. Recop. n. 6. Morquech. de Divis. lib. 1. cap. 3.

n. 5. al 7. (5) Ley Hereditas, ff. de Reg. jur. y ley Cam herederos, ff. de Acquirend. posses.

(6) Ley 1. §. Veteris, & ibi Jason, ff. de Acquirend. pos. es. Menoch. cons. 81. n. 24. y cons. 115. n. 49.

(7) Ley Paulus al fin. ff. de Acquirend. heredit. Calcan. cons. 45. n. 4. Menoch. consil. 80. n. 30. Morquech. ibi n. 8.

(8) Bald. in leg. Si quis Presbyter, Cod. de Episc. & Cleric. Paul. de Castr. y Juan de Platea en las le-

5 Pueden pedirla todos; y cada uno de los herederos, o participes en la herencia del difunto, o bienes de la sociedad. (1) Lo qual se entiende, siendo mayores de veinte y cinco años, y capaces: pues por los menores, locos, fatuos, pródigos declarados por tales, y demás a quienes está prohibida la administracion de sus bienes, la han de pedir sus curadores, o defensores, de los que se les debe proveer sino los tienen, con los quales si la pide otro coheredero mayor, se puede hacer, aunque ellos no la pretendan. (2)

6 Tambien puede pedirla el que pretende ser heredero, o tener parte en la herencia, o cosa comun, aunque nada de ella le toque, si la posee, y se hará sin perjuicio de su propiedad. Pero no poseyendola, si se le niega la qualidad de participe, o coheredero, no se hará con él la division, no obstante que la solicite, y tenga parte en la herencia, porque el juicio divisorio tiene lugar solamente entre los que califican ser herederos, o participes en los bienes que se han de dividir, y no de otro modo; y asi ante todas cosas debe pretender en via ordinaria se le declare heredero, y conseguida la declaracion en contradictorio juicio con los demás, será admitido en el divisorio por uno de los participes en la herencia, o cosa que se intenta dividir. (3)

7 Estando ausente alguno de los herederos instituidos, o mas, pueden pedir la particion, y hacerse a instancia de los presentes; pero el Juez debe comunicarle traslado de la pretension de éstos con término competente, para que acerca de ella exponga lo que le convenga, porque se trata de su interés, y perjuicio; (4) o mandar a todos que

nom. yes 1. y 2. Cod. de Bonis vacant. Sr. Greg. Lop. en la ley 13. t. 7. Partid. 6. glos penult. vers. Quod autem. Morquech. ibi. n. fin.

(1) Ley 2. t. 5. Partid. 6. y los t. ff. Communi dividund. y Familiae erciscund. y Cod. Communia utriusque judic. y familiae erciscundæ.

(2) Ley Inter omnes, Cod. de Prædiis minor. ley Inter pupillos, ff. de Authoritat. Tutor. ley Ex cas-

trensi, ff. de Castrens. pecul. y ley Lucius, ff. Familiae erciscund.

(3) Ley 1. ley Hæres, §. Quantum, ley Si quid contentis 45. ley Fundus, qui dotis §. 1. ff. Familiae erciscund. y ley Si quis putans, ff. Communi dividund.

(4) Ley De uno quoque negotio, ff. de Re judic. y ley Nam ita, ff. de Adoptionib.

nombren contadores; y pareciendo no estar notificado el ausente, no ha de proceder en la causa hasta que se le cite, porque toca à su officio sustanciar el proceso con legal formalidad; (1) y así le ha de proveer de defensor, con el qual se sustanciarán la particion, y sus incidentes; pero ha de constar por previa informacion no solo su ausencia, sino que no se espera su pronto regreso, ni es fácil que venga, ni envíe poder à quien haga sus veces por la distancia, (2) pues sabiendose su fixo paradero, y pudiendo citarle por requisitoria, se debe expedir à este efecto.

8. No haciendo mención del heredero ausente los presentes, porque le contemplan muerto, ò por otra causa, ò habiendo muerto intestado el dueño de los bienes divisibles, è ignorandose por este motivo que haya mas coherederos, si la particion se hace sin el ausente, ni defensor en su nombre, no vale en quanto à él, ni por consiguiente le perjudica; (3) pero valdrá por lo respectivo à los presentes que la consintieron, los quales cumplirán con dar al ausente la parte que le corresponde, y todos tienen proindiviso, quando parezca. (4)

9. Si uno de los herederos presentes no posee al tiempo que el ausente viene, la parte que le cupo, ò por haberla vendido, ò sido trigo, ò otras especies semejantes que no se pueden conservar mas que tres años, ò ganados que se murieron, ò otros bienes muebles que vendió en baxos precios, y quando el ausente ocurre, valen mucho mas que lo que dieron por ellos, ò que lo que valian al tiempo de la particion, se pregunta, ¿si estará obligado à satisfacer al ausente la estimacion de lo que le toca, ò sino poseyendola, ò habiendose muerto, ò consumido, se libertará de su solucion? ¿Si habiendola vendido en baxo precio, cumplirá con pagar a prorrata de lo que percibió, ò lo que mas vale? Y en caso de existir, y tenerla un tercero poseedor,

(1) Authent. Offeratur, Cod. de Litis contest. & ibi DD. & in §. 1. Instit. de Offic. judic. (2) Ley 12. tit. 2. Partid. 3. (3) Ley Cohæredibus, Cod. y ley 2. ff. Familiæ erciscundæ.

(4) Dicha ley Cohæredibus, vers. Juri absentis, y vers. Ac pro indiviso, y glos. en dicha ley 2. verb. Pauciores, & ibi Bart. Alberic. & DD.

¿si podrá pedirla à éste, valiendo mucho mas? Y siendo poseedores de buena, ò mala fé los coherederos, ¿si deberán restituir al ausente los frutos respectivos à su parte, ò su estimacion?

10. Y se responde que si el ausente quiere recibir el precio en que su parte se vendió, puede pedirlo, y exigirlo del coheredero, porque en este juicio como universal para los interesados, sucede el precio en lugar de la alhaja. (1) Pero si resiste su percibo, porque fue poco, ò porque la cosa vendida era raiz, y quiere su parte con frutos, se ha de distinguir: si tuvo buena fé, porque al tiempo de la particion corria la fama de haberse muerto, no estará obligado à satisfacerle mas que el precio que recibió, ya sea el justo, ò menor que lo que valia; y si éste se perdió, ò lo empleó en otra cosa, la qual pereció sin culpa suya, tampoco estará obligado à restituírle mas que el que embolsó, y si nada se utilizó, nada deberá restituírle, (2) ni tampoco podrá exigirla, ni sus frutos del comprador, ni de su heredero, si el vendedor se obligó à eviccion; pero no habiendose obligado, se la podrá sacar. (3) Todo lo qual es contra la regla 11. del derecho, que dice: *Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.* y la 13. de Partida con ella concordante, cuyo contexto es: *Otrosé dixerón, que cosa que es nuestra, no puede pasar à otro sin nuestra palabra, è sin nuestro fecho.* Y parece violento, y repugnante, mayormente no habiendo intervenido culpa, ni hecho del verdadero heredero que viene à recuperarla quando llegà à su noticia; pero la ley así lo dispone, fundada en que el poseedor con buena fé de cosa agena se conceptúa dueño, y señor, con tal que por ella no se haga mas opulento. (4)

11. Si tuvieron mala fé los herederos presentes, porque sabiendo que el ausente estaba viyo, y en parage de donde avisandole, podia venir, ò enviar poder, no le avisaron, antes bien procedieron à hacer sin él la particion, deben res-

(1) Ley Item veniunt 20. y ley Sed. & si 25. §. 17. ff. eod. tit. Si & rem, & pretium, ff. de Partition. hæreditat.

(2) Dicha ley Sed & si 25.

(3) Ayor de Partition. part. 1.

(4) Ley Utrum autem 23. y ley

cap. 5. ex n. 19. al 24.