

restituirle su parte con frutos, entregando estos, si existen; (1) y sino existen, pero podian existir, habiendolos conservado, volviendolos en la propia especie, pues no debieron haberlos consumido, ni vendido, por no ser suyos, y en haberlo hecho cometieron hurto; (2) lo qual se entiende, excepto que hubiesen tenido causa justa para venderlos, v. g. pagar deudas de la herencia, ò porque se perdian; pues en este caso estarán obligados unicamente à restituir el precio justo, que al tiempo de la venta tenían. Y si el heredero ausente estimare mas util recibir el precio, estará en su eleccion pedir una, ò otro. (3)

12 Y si los frutos se consumieron, ò vendieron mucho antes que el ausente solicitase su parte, de modo que no se podian conservar hasta entonces, y por lo mismo no solo fue util, sino necesaria su venta, solo estará obligado à la solucion del precio, que acredite haber percibido por ellos, no obstante que si se hubieran podido conservar, y conservado, valiesen mas. (4) Todo lo qual se debe observar respectivamente no solo en los casos expresados, sino quando hay poseedor de cosa agena con buena, ò mala fé, ya sea reconvenido por accion universal de peticion de herencia, ò por la particular de reivindicacion. (5)

13 La accion de division de herencia, ò *Familix eriscundæ* es mixta de real, y personal. (6) Se llama real en quanto tiene su tendencia à la misma division de las cosas hereditarias; y personal en quanto mira à las prestaciones, ò contribuciones personales, que se exigen con nombre de lucro, daño, ò expensas. De lucro, v. g. si uno de los herederos percibe alguna cosa de la masa comun, pues debe participarla à los demás. (7) De daño, v. gr. si por culpa, ò

(1) Dicha ley Cohæredibus, Cod. Familix eriscundæ

(2) Ley Illud. 40. y ley. Si possessor. 52. ff. de Petion. hered. y ley Mala fide, Cod. de Condit. ex lege.

(3) Ayor. cap. cit. n. 25.

(4) Leyes Item veniunt, Si possessor, y Illud cit.

(5) Bart. in leg. Ex diverso, §.

fin. & in leg. Qui restituere, ff. de Reivindicacion.

(6) Morquech. de Divis. lib. 1. cap. 3. n. 2. Valasc. de Partition. cap. 2. n. 3. y §. Quædam, Instit. de Action. & ibi Jason glos. 2. numer. 14. y sig.

(7) Ley Inter 44. §§. 2. y 3. ff. Familix eriscundæ, ley 3. Cod. eod. tit. y §. 4. Instit. de Offic. Judic.

negligencia de un coheredero se irroga, ò sobreviene alguno à las cosas hereditarias, pues debe resarcirlo à los demás proporcionalmente. (1) Y de expensas, v. g. si uno de los herederos hace algunas en los bienes de la herencia, las quales por su parte debia hacer, pues se las deben reintegrar los otros à prorrata. (2) Y no solo se llama mixta por lo expuesto, sino porque en la cosa comun qualquiera de los partícipes tiene dominio hasta en la mas minima parte; (3) y porque el Juez la puede adjudicar à uno toda. (4)

14 No prescribe por menor tiempo que el de treinta años la accion de pedir la particion contra el coheredero que posee la herencia, por ser mixta de real, y personal: (5) lo qual es al contrario, quando los socios, ò coherederos existen por mas de los treinta, ò quarenta años en la posesion de las cosas hereditarias, ò comunes, pues entonces ni por este tiempo, ni por otro mucho mayor se prescriben las acciones *familix eriscundæ*, ni *Communi dividundo*, para que uno de los partícipes esté impedido de provocar à los demás à la division, y asi puede pedirla; (6) y la razon es: Lo primero, porque la prescripcion no se puede inducir de un acto voluntario, qual es haber permanecido voluntariamente todos, y cada uno en la comunion, y proindivision. (7) Y lo segundo, porque por el hecho de poseer en comun, parece que cada uno

(1) Ley Et puto 16. §. penult. ley Hæredes 25. §. Non tantum 16. y §. Item culpæ 18. ff. Familix eriscundæ, y ley Inter cit.

(2) Ley His consequenter 18. §. Sumptum, y ley Hæredes cit. §. Idem juris 13. ff. eod. tit. Guerreir. de Divis. lib. 1. cap. 1. n. 14. al 16.

(3) Ley Si ut certo, §. Si duobus, ff. Commodati, y §. Itaque discretis, Institut. de Action.

(4) §. Si familia, Institut. de Offic. Judic. y dicho §. Quædam al fin Institut. de Action. Guerreir. ibi. n. 17. Valasc. dicho cap. 2. n. 5.

(5) Ley Hæreditatem 3. Cod.

In quibus causis cessat longi tempor. prescriptio, ley Hæreditatis, & ibi glos. & DD. Cod. de Petition. hæreditat. ley Servum, Cod. Familix eriscund. y ley 1. §. 1. vers. Nemo itaque, Cod. de Annal. exception. Ayor. part. 2. quæst. 29. n. penult. y ultima. Valasc. de Partition. capitul. 38. n. 2. y 3.

(6) Glos. & DD. in dict. leg. Hæreditatem, & in leg. Servum. Alberic. Bald. y otros en la ley Si major, Cod. Communi dividund. Valasc. cap. 38. y n. 3. dichos.

(7) Glos. fin. in leg. Solet, ff. de Offic. Proconsul. n. 6. y 7.

defiende su derecho, y no se le puede imputar à negligencia, que es una de las causas inductivas de la prescripción. (1)

15 Pero para que la particion se entienda hecha entre mayores, no se requiere el transcurso de treinta años, basta el de diez; (2) por lo que si los hermanos despues de la muerte de su padre habitan separados por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, se presume hecha la division de la herencia paterna. (3) Y lo propio milita quando los coherederos, ò socios callaron por el referido respectivo tiempo: y principalmente, si poseyeron las cosas de la herencia, ò sociedad, pues la posesion, y su taciturnidad inducen la referida presuncion, la qual transfierre en el que pide la division, la obligacion, y gravamen de probar que no se hizo, sin embargo de que por ser cosa de hecho, no se presume, y debe probarla quien alega estar hecha. (4)

16 Si alguno de los herederos antes de hacerse la particion vendiere à extraño la parte que le puede caber en la herencia, se ha de adjudicar al comprador, el qual será incluido en el juicio divisorio, como si fuera uno de los instituidos, porque por la venta se transfieren en él activa, y pasivamente todas las acciones utiles que competian al coheredero vendedor. (5)

17 Lo propio milita, quando por el delito que cometió alguno de los herederos, recae la herencia en el fisco; pues este se reputa como heredero, y le competen las referidas acciones, y así pueden decir de nulidad del testamento; pedir suplemento de legitima, y restitucion *in integrum*;

(1) Ley 1. ff. de Usucapion. Valasc. ibi n. 4. y 5. Sr. Olea de Ces. jur. tit. 3. quest. 6. ex n. 28. Ayllon. ad Gom. lib. 1. Var. cap. 9. n. 17. Guerreir. de Divis. lib. 1. cap. 1. n. 42. al 46.

(2) Glos. en la ley Si mayor 4. Cod. Communi dividund. & ibi DD.

(3) Gom. lib. 2. Var. cap. 11. n. 17. al fin. Mascard. de Prob. conclus. 327. n. 2. Menoch. lib. 3. præsumpt. 60. n. 3. y præsumpt. 131.

n. 93. Morquech. de Divis. lib. 1. cap. fin. Valasc. dicho cap. 38. n. 6. Guerreir. ibi n. 48.

(4) Morquech. dicho cap. fin. Mascard. conclus. 327. Barbos. in leg. Si mayor. 4. Cod. communi dividund. Guerreir. dichos lib. y cap. 1. n. 49. y 50.

(5) Lostit. Cod. y ff. de Hereditat. vel action. vendit.

grum; y practicar todo quanto al heredero es permitido: porque el que tiene accion para recuperar la cosa, parece que tiene la misma cosa segun dice el derecho. (1)

18 Pero los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del término legal toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes inmuebles, ò raices, porque son partícipes, y comuneros por la proindivision, y lo mas digno atrae à sí lo menos digno. (2) Lo mismo procede aunque todos los bienes de la herencia sean muebles: (3) y en los derechos, y acciones vendidos con las cosas muebles, y semovientes, no existiendo en ella otros bienes: en la comodidad del usufructo por razon de la comunion: (4) y tambien en el derecho del censo perpetuo, porque se reputa inmueble; (5) sobre cuyo retracto, y el de consanguinidad, vease el cap. 7. §. 5. de mi primera parte, en donde trató de ambos con bastante extension.

19 De todas las cosas propias del difunto, en que tengan parte sus herederos, y de que está permitido celebrar contratos, se pueden hacer regularmente la division; pero si entre ellas hubiere escritos, ò libros reprobados, yerbos, ò otros simples ponzoñosos, se deben quemar, y no partir; y si tiene algunas que robó, ò mal ganó, tampoco se han de dividir, sino restituirlas los herederos à sus dueños. (6) Y lo propio milita si alguno de los herederos dice que son suyas ciertas cosas que señala, pues no se deben incluir en el juicio divisorio. (7)

20 Por lo tocante à los papeles de la herencia, ya sean

(1) Ley Is quia actionem; ff. de Re. lib. n. 4. al 6. Gul. jur. Morquech. de Divis. lib. 1. cap. 10. ex n. 9. hasta el fin.

(2) Leyes 10. 13. y 24. t. 11. lib. 5. Recop. Matienz. en la 7. di. cho tit. y lib. glos. 1. n. 48. Tiraguet. de Retract. lib. 1. §. 1. glos. 1. n. 82. Morquech. dicho c. 10. n. 2.

(3) Ley 55. t. 5. Part. 5. & ibi glos. 1. y 2. Morquech. ibi n. 3.

(4) Señor Greg. Lop. en dicha ley 55. glos. 2. al fin. Matienz. en las 13. y 14. cit. glos. 3. n. 3. Morquech.

(5) Tl. aq. ibi §. 21. glos. unie. n. 3. y 4. Palac. Rub. en la ley 70. de Toro n. 22. Castill. en la 74. verb. Parte en ella. Matienz. en la 7. cit. glos. 1. n. 4. y sig. y en la 13. n. 2.

(6) Ley Cate. 2. §. Et mala, ff. Familix erciscund. ley Quod sape, §. Veneni, ff. de Contrahend. emptio. y ley 2. t. 15. Partid. 6.

(7) Ley Si quid contendis, ff. Familix erciscund.

sean honoríficos, ó títulos de sus fincas, ò otros, si los herederos son muchos, deben existir en el que mayor parte tuviere en ella, y dar traslado de ellos à los demás siempre que lo pidan. Si fueren iguales en el haber, han de estar en poder del mas honrado, mas anciano, y de mejor fama, excepto que sea muger, pues aunque esté adornada de estas qualidades, no debe tenerlos sino alguno de los varones. Y si fueren iguales en partes, honra, y en lo demás, han de echar suertes, y quedar en poder de aquel à quien toques; y no queriendo echarlas, se han de depositar en lugar seguro. (1) Pero si el testador manda que uno de los herederos à quienes nombra, los tenga, debe tenerlos, ya sea el mayor, ò el menor, dando traslado de ellos ante todas cosas à los coherederos à costa de la herencia, y obligandose à manifestarselos siempre que los necesiten, y lo pidan, porque tocan à todos. (2) Lo dispuesto por las leyes que se citan, se entiende quando una finca de la herencia se divide entre todos, ò algunos de los herederos; ò en un instrumento, v. g. de compra están incluidas muchas, pues en estos casos se observa su precepto, poniendo así en el original como en los traslados las competentes notas; mas no quando de cada finca hay títulos separados, pues entonces se entregan al heredero à quien se aplica, y es lo que se debe practicar. (3)

En todos los juicios debe oír el Juez à las partes en via ordinaria, excepto en los casos de alimentos, y otros que traen los Autores, y la glosa de la ley 3. §. *Sciendum ff. Ad exhibendum*: de la ley *Judicis*: 9. ff. *de Judiciis*: y de la Clementina *Dispendiosam*: de *Judiciis*: y no estando comprendido en ellos el de division, ni siendo de poco momento, ni de los que no admiten mora, por irrogarse de ella perjuicio, parece que debe proceder ordinariamente, admitiendo todas las excepciones que los interesados opongan.

(1) Ley 7. tit. 25. Part. 6. ley Si que sunt cautiones, ff. Familiae ercisc. y ley fin. ff. de Fide instrum. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 7.

Mas per totidi. (2) Ley Pomponius, ff. Familiae ercisc. y ley 8. dicho tit. y Partid.

22 Mas no obstante, se debe distinguir: si el sugeto à quien se demanda, ò pide que haga particion de la herencia, ò cosa comun, niega al que lo pretende, la qualidad de heredero, y por consiguiente que tenga derecho à la herencia; se ha de proceder ordinariamente; bien que no se tratará del juicio divisorio hasta que se le declare heredero, sino del de petition de herencia: y declarado, ò concluido éste, se incohará, ò no aquel, segun sea la declaracion. (1)

23 Pero si el demandado confiesa al demandante la referida qualidad, debe proceder sumariamente el Juez, mandando à todos los partícipes que nombren contadores, que evacuen la particion, y señalandoles para ello tiempo, y lugar; y no compareciendo alguno de los nombrados, que la hagan los que asistan, aperebiendo à las partes por quienes fueron electos, que valdrá lo que practiquen los concurrentes, y las parará el mismo perjuicio que si los suyos presenciaran; (2) cuyo estilo se observa en muchos Pueblos, bien que la práctica de esta Corte es hacer saber el nombramiento à los peritos, los quales aceptan el encargo, obligandose baxo de juramento à evacuarlo bien, y fielmente segun su inteligencia, sin causar agravio à los interesados, como lo manda la ley: (3) y luego se les pasan los Autos de inventario, y demás papeles concernientes, se juntan en casa del mas antiguo, conferencian, acuerdan, y resuelven cómo se ha de hacer: la evacua el moderno: y hecha en borrador, la pasa al otro, y no estando conforme, se arregla: y puesta en limpio, se presenta al Juez, el qual comunica traslado de ella à los interesados: y consintiendo estos, se aprueba, y dá à cada uno el testimonio de su adjudicacion, y haber con insercion de los presupuestos, declaraciones, bienes que se le aplicaron, y sentencia de aprobacion; y si dicen de agravios, los oye en via ordinaria, ò sumaria, segun sean.

24 Sumariamente debe proceder tambien el Juez, quando

(1) Ley 1. ff. Familiae erciscund. cap. 5. num. 5. & ibi DD.

(2) Ayor. de Particion. part. 1.

(3) Ley 51. tit. 5. lib. 2. Recop.

do alguna de las partes temiendo se le aplique la cosa que está tasada en mucho mas que lo que vale, ò sabiendo que se valuó en mucho menos, por aplicarla al coheredero, le pide deshaga el agravio, reduciendola por sí à lo justo, ò mandando se vuelva à tasar por nuevos peritos que elijan, (pues no debe admitir excepciones dilatorias, y maliciosas, sino atendida la verdad, deferir à lo solicitado) porque este incidente no perjudica al negocio principal. Y este es el modo de que con mas equidad, y prontitud se expida el artículo de tasacion, como dice el derecho. (1)

25 Lo mismo procede en otros incidentes semejantes, v. g. en la recusacion de los contadores despues que principiaron à entender en el negocio: ò quando algun interesado alega que ciertos bienes son suyos, y pide al Juez mande no se incluyan en el inventario, pues acreditandolo sumariamente, debe deferir à la pretension. Pero si hubiese duda, ò se requiriese mas escrupuloso examen, è indagacion, se reservará, para oir à las partes en vía ordinaria. (2) En cuyos artículos, ò incidentes como que no causan perjuicio irreparable, no debe admitir apelacion de lo que profiera, por ser frívola, y dilatoria, (3) para evitar que de su admision se eternice el juicio divisorio.

(1) Ley Ad officium, Cod. Comuni dividund. y ley 10. tit. 15. Partid. 6. Ayor. dicho cap. 5. n. 6.

(2) Ley 3. ff. Ad exhibendum, y ley 11e. à quo, §. Si de Testamento, ff. ad Trebellian.

(3) Cap. Non solum, y cap. Cum

appellationibus frivolis de Appellation. in 6. Clementin. Sæpe de Verbor. signification. ley 13. tit. 23. Partid. 3. ley 10. tit. 7. lib. 2. y leyes 3. y 6. tit. 18. lib. 4. Recop. Ayor. dicho cap. 5. n. 8. y 9.

§. II.

DE LOS CONTADORES, SU OFICIO, facultades, y reglas que deben observar para hacer con justificacion la particion, y adjudicaciones.

26 **V**entilados, y definidos los referidos incidentes, (si los hubiere) deben las partes elegir contadores partidores, que entre ellas dividan la herencia. Estos deben ser diversos de los tasadores, ò apreciadores de bienes, y perfectamente inteligentes, no solo en cuentas, (lo qual es lo menos, porque se aprende en la escuela, y el error material de cálculo se puede facilmente enmendar, y salvar por medio de una declaracion, ò prevencion, sin necesidad de volver à formar la particion) sino tambien en los puntos de derecho de que (como que es lo mas arduo, y difícil) procuraré tinturar à los legos quanto mi aplicada rudeza alcance, por si no tienen quien les disuelva legalmente sus dudas; pues de no concurrir simultanea, y copulativamente en ellos ambas circunstancias, será absurdo quanto executen, y por su impericia se fomentarán costosos pleytos, è irrogarán imponderables perjuicios à los interesados; por lo que en esta Corte solo los Abogados pueden hacer particiones judiciales, segun el auto del Consejo de 11. de Abril de 1768. Y asimismo deben jurar en los términos expuestos en el num. 23. (al modo que los Jueces áribros, y tasadores) ante el Escribano originario, ò de diligencias de la testamentaria, y asi se practica.

27 Todas las personas à quienes por derecho se permite comparecer en juicio, tratar, y contratar, pueden ser electas para hacer particiones, porque este acto no es judicial, sino extrajudicial; (1) bien que su parecer se ha de pre-

(1) Ley Instar. 2. Cod. de Jure fisci. Ayor. part. 1. cap. 4. n. 2.