

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 via ordinaria. (2) En cuyos artículos, ò incidentes como que no causan perjuicio irreparable, no debe admitir apelacion de lo que profiera, por ser frivola, 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 11. à quo, §. Si de Testamento, ff. ad Trebellian.

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

appellationibus frivolis de Appellation. in 6. Clementin. Sape 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 dificil) 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 árbítrros, 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.

presentar al Juez, para que lo apruebe, y mande cumplir, siendo arreglado. De lo qual se prueba que el menor de veinte y cinco años, si tiene diez y ocho, podrá ser contador, respecto à que no teniendo curador, puede contratar por sí, y ser procurador para negocios extrajudiciales: (1) y asimismo exercer jurisdiccion delegada. (2) Y lo propio digo del infame por derecho, (3) en quanto à ser Contador.

28 No pueden ser compelidos estos contadores à aceptar el encargo de tales, sino quieren; pero una vez aceptado, los puede apremiar el Juez à que lo evacúen, porque lo que al principio es voluntario para su admision, se constituye coactivo, y obligatorio segun derecho para su evacuacion, despues de admitido. (4)

29 Tampoco pueden recusarlos las partes que los eligieron, sino por causa justa superveniente probada ante el Juez ordinario, ò superior del recusado: pues no basta el juramento solo de tenerlos por sospechosos. (5) Pero siendo nombrados por el Juez de su motu proprio, se les puede recusar como à éste con el juramento referido, sin necesidad de expresar, ni justificar causa; y admitida en ambos casos la recusacion, se les removerá en el todo del conocimiento del negocio, y no continuarán en él, ni se les dará acompañado, antes bien se nombrará otro en su lugar, (6) como se practica. Y siendo diputados publicamente para este ministerio, se debe observar en su recusacion lo que acerca de los tasadores públicos expliqué en el cap. 1. de este libro, n. 120. porque milita la misma razon, y así debe obrar la propia legal disposicion.

30 Las causas por que pueden ser conceptuados por sos-

(1) Ley Si curatorem habens, Cod. de In integrum restitution. & ibi DD. ley Exigendi, Cod. de Procurator. y cap. Qui generaliter, §. fin. de Procurator. in 6.

(2) Ley 3. tit. 9. lib. 3. Recop.

(3) Ley Prædus, ff. de Recept. arbitr. & ibi DD. Ayor. dicho cap. 4. num. 3.

(4) Ley Labeo ait. 3. §. fin. ff.

de Recept. arbitr. & ibi glos. Bart. Alberic. & ceteri DD. Ayor. ibi num. 4.

(5) Glos. & DD. in leg. Apertissimi, Cod. de Judic. Guerreir. de Recusation. lib. 2. cap. 10. numer. 24. Cortiad. decis. 18. n. 6. y 23. Ayor. ibi n. 14.

(6) Ley Apertissimi, & ibi DD. cit. Ayor. ibi n. 15.

pechosos, y por consiguiente recusados, son: grande enemistad, ò motivo de tenerla, nacida despues del nombramiento entre el nominado, y el nominador: el haber contraido afinidad con la parte contraria, ò sucedido en su herencia, ò sido ordenado in sacris, ò desterrado, ò preso por delito, ò enfermado, ò ausentado por largo tiempo, y otras à arbitrio del Juez docto, y prudente, (1) de las quales trata largamente Guerreir. de Recusation. en los diez y ocho capitulos de su lib. 4. hablando del Juez, y yo en el capitulo del juicio ordinario lib. 3. §. 12. expresaré veinte y cinco.

31 En quanto à si el hermano, primo, ò cuñado de la parte que le nombra, podrá ser recusado por la contraria, lo disputa Ayor. de Partition. part. 1. cap. 4. n. 19. vers. Restat nunc videre; y concluye con que el contador nombrado puede serlo por las causas expresas en derecho, porque tiene jurisdiccion para pronunciar, y adjudicar los bienes hereditarios, y en esto puede agraviar; pero que los nombrados para formar cuentas de tutores, administradores, compañías, y otras personas semejantes, no pueden serlo, porque carecen de jurisdiccion, y solo tienen facultad de dar sus pareceres, y remitirlos al Juez, à fin de que sentencie, y determine.

32 Sin embargo de su dictamen, respecto à que ninguna ley hace mencion de estos contadores de particiones, por lo que se debe recurrir à las que tratan de los árbitros; distinguiendo, digo que si los contadores fueron electos como Jueces árbitros, y arbitradores, ò amigables componedores, y para ello precedió compromiso de las partes con las facultades de que diesen à la una, y quitasen à la otra à su arbitrio, y con pena convencional, podrán ser recusados por las causas, porque pueden serlo los árbitros en los casos, y con arreglo à derecho, porque tienen jurisdiccion, y pueden agraviar: y para ser oida la parte, que se dice agraviada, sobre el agravio, es preciso que deposite la pena, y apele, ò pida reduccion

(1) Ley Filius familias, §. fin. y leyes sig. ff. de Procurator. ley Non distinguemus, y ley Licet, ff.

de Recept. arbitr. Jason in leg. Apertissimi cit. Ayor. dicho c. 4. n. 16.

cion dentro de los diez dias legales. Pero faltando el expresado requisito, no; porque por mas autoridad que se les atribuya, y quiera conceder, no se estiende à mas que à un parecer, ò dictamen, que con el título, ò nombre de peritos, (y algunos suelen ser en alto grado idiotas) dan segun su inteligencia, el qual como no es exequible, mientras el Juez no lo apruebe, y el agraviado en caso de apelar, no constituya la fianza prevenida por nuestro derecho, (1) no tiene vigor de sentència; pues no siendo Letrados estos peritos, no pueden ser nombrados para artículo que consista en derecho, ni para otra cosa que puedan determinar por el proceso, sino para lo que consiste en cuenta, tasacion, ò pericia en arte, ò oficio, como lo manda la ley; (2) y si hay algun punto obscuro, ò duda de derecho, lo deben consultar, y proponer al Juez, para que lo resuelva con audiencia de los interesados antes de proceder à formar la particion; y asi pueden éstos agravarse del dictamen de aquellos, en uso del traslado que de la particion se les debe comunicar, con tal que no la consientan antes; pues el traslado es para que en su vista se conformen con ella, ò expongan ante el Juez ordinario los agravios que contenga, y pidan se deshagan, y no para otro efecto; sobre lo qual si el agravio consiste en hecho, se les debe oír en via ordinaria, como se practica; y de las causas por qué se pueden impugnar las particiones, trataré en el cap. 9. del libro 2. §. 1. de esta materia.

33 Como del justo, y arreglado arbitrio del Juez depende el juicio de la division, segun lo dice la ley 10. tit. 15. Partid. 6. ibi: *Podério há el Juez ante quien pidieren la particion los herederos, de la mandar facer en la manera que él entendiere que será mas guisada, è mas à pro dellos, y se prueba de otros textos:* (3) parece que si los contadores nombrados por las partes discordan, podrá segun derecho (4) apremiarlos à que elijan tercero en discordia.

(1) Ley 24. y Auto 1. tit. 21. lib. 4. Recop.

(2) Ley 30. tit. 3. lib. 2. Recop.

(3) Ley Ad officium, Cod. Comuni dividund. y ley antepenult. ff.

Familiæ eriscundæ.

(4) Ley Item si unus 17. §§. 6. y 7. ff. de Recept. arbitr. y ley 29. tit. 4. Partid. 3.

34 Mas no obstante ser esto indubitado, se ha estimado util, y en práctica se observa en esta Corte, que el Juez lo nombre de oficio, para evitar las contiendas, y discordias que acerca de la eleccion se podrian susceitar entre ellos; y aunque de los tres se conformen los dos, no se dexa de comunicar traslado à las partes para que consientan la particion, ò digan de agravios, del mismo modo que si el tercero no hubiera sido electo, y se las oye en via ordinaria; porque el Juez no puede proceder sumariamente sino en los casos expresos en derecho, y el tercero no sale de la esfera de un perito como los demás. Y una vez propuestos los agravios, no debe aprobarla, ya se conformen dos de los tres, ò todos discorden, formando cada uno su particion, porque no la hay hasta oír plenamente à las partes; y asi cesa quanto Ayora en el cap. 4. part. 1. n. 5. al 8. y otros se fatigaron en exponer acerca de esto, pues con vista de las probanzas que hagan, si los agravios consisten en hecho, y de los fundamentos que aleguen, proferirá su sentència, de la qual podrán apelar en el término de los cinco dias legales, ò consentirla.

35 Quedando viuda la muger sin hijos, ò instituyendo su marido por herederos, v. gr. à dos, ò mas hermanos suyos, ò à dos hermanos, y dos sobrinos hijos de otro hermano, se han de nombrar dos contadores solos, el uno por los hermanos, y sobrinos del difunto, y el otro por la viuda, porque todos los herederos representan à su instituyente, y pretenden una misma cosa, que es la herencia, que éste à vivir, pretenderia, si su muger fuera la difunta, y ésta otro tanto como todos juntos de lo superlucrado constante matrimonio.

36 Pero pagada la muger, si la parte de los herederos quedase sin distribuir, y quisiesen repartirla entre sí, nombrará cada hermano su contador, y los sobrinos otro solo, porque éstos no representan mas que una persona, que es la de su padre, y como que han de heredar *in stirpem*, y no llevar todos mas que cada uno de sus tios, que succede *in capita*, porque lo mismo llevaria su padre, si viviera, se estiman por un heredero: (bien que sobre este modo de heredar en virtud de testamento hay su limitacion, como

en el capítulo 7. ex n. 65. lib. 2. de este tratado expone) y lo propio milita en la sucesion abintestato. (1) Y si en uno y otro caso quisieren conformarse en un solo contador, por evitar discordias, y tantos gastos, como en esta Corte se practica, y lo tiene mandado el Consejo, pueden hacerlo, porque ninguna ley se lo prohíbe.

37 Se dificulta si estos contadores, ò el Juez pueden, ò no adjudicar à los herederos los bienes que les parezca, (porque una cosa es liquidar el caudal partible, y dar dictamen acerca de la quòta, ò suma que à cada uno toca por sus derechos, lo qual se llama con propiedad *liquidacion*: y otra hacer pago de esta quòta con los bienes de la herencia, que esto es, y se llama *distribucion*, y *aplicacion*, ò *adjudicacion*) y en caso que para ello estén autorizados, y tengan facultad, ¿si podrán ser compelidos à hacer las adjudicaciones? Y disolviendo estas dos dudas, digo que el Juez à su arbitrio puede hacer las adjudicaciones à uno entera, ò parcialmente, y condenarle à que entregue en dinero al coheredero su parte, si la cosa no tiene cómoda division, y aplicar tambien los demás bienes segun su valuacion, ya estén bien, ò mal tasados. (2) Y la razon de lo primero es, porque el derecho le autoriza para ello, por evitar disturbios entre los interesados, y que con ellos consuman la herencia; y de lo segundo, porque el juicio divisorio no es para conocer de la justicia, ò injusticia de la tasacion, ni el Juez es perito en este arte, sino para liquidar el caudal partible, y aplicar los bienes de la herencia por los precios en que estén valuados, lo qual es muy diverso; pues para aquello es el juicio de inventario, en el qual antes de llegar à la division se han de proponer, y deshacer los agravios que haya en las tasaciones; à cuyo fin se comunicarán los autos à los interesados, si quieren tomarlos, ya las hayan presenciado, ò no.

38 Los contadores parece no podrán hacer las adjudicaciones por defecto de jurisdiccion para pronunciar, y que

(1) Ayor. part. 1. dicho cap. 5. n. fin. Familiae erciscund. ley final tit. 15. Partid. 6. y §. Si familiae erciscundae Institut. de Offic. Judic. Ayor. de Partition. part. 3. quæst. 5.

solamente tienen facultad para dar su dictamen, y exponerlo al Juez, à fin de que pronuncie. Pero no obstante, digo que pueden hacer la adjudicacion de los bienes que no admiten comoda division, segun expresamente lo dicen la ley *In iudicio familiae erciscundae* 47. ff. *Familiae erciscundae*, ibi: *Et cum adjudicationes ab arbitro fiant, si uni adjudicetur totus fundus, caveri oportet, ut quæ ex his actionibus receptæ fuerint, reddantur, aut quæ in eas impense factæ fuerint, præstentur*, y otros textos, (1) y tambien la de los demás bienes por sus precios; porque por el hecho de nombrarlos las partes, es visto darles comision para todo; y lo mismo el Juez que se conforma con su nombramiento, por cuya conformacion les subroga su facultad en quanto à la práctica de la liquidacion, y aplicacion: y asi valdrán las adjudicaciones.

39 Y porque parece propension natural, y característica de todos los herederos regularmente el que lo quiera cada uno todo, ò lo mas florido, y todo le parezca poco: ò lo peor, pues como los bienes caducos de este mundo hinchán, y no satisfacen, jamás se vé contenta, ni satisfecha con ellos la hidropica avaricia del corazon humano, para que el contador partidior proceda con justificacion en las adjudicaciones, y en la particion, y por su impericia no se concilie el odio de los herederos, ò socios, ni sea causa de discordias, y pleytos entre ellos, debe no perder de vista, ni echar al olvido las catorce reglas, ò advertencias siguientes. La primera, que observe igualdad, y proporcion no solo en quanto al número, quòta, ò cantidad que à cada interesado corresponda, sino al valor, y estimacion, qualidad, y bondad de las cosas que le aplique: de modo que no adjudique à uno lo florido, y à otro lo malo: à uno lo redituable, y fructifero, y à otro lo infructifero, sino à todos proporcionalmente, (pudiendo ser) segun su respectivo haber de todas clases, y en cada una de bueno, mediano, infimo, fructifero, infructifero, exequible, du-

(1) Ley Si qua 7. Cod. Familiae erciscund. Ley Mœvius 52. §. 2. ff. eod. tit. y ley penult. ff. de Confes. Ayor. dicha quæst. 5.

doso, incobrable, mueble, raiz, semoviente, &c. (1) y si hay cosas ò generos venales, guarde con ellos la misma proporcion, atendiendo à su buena, mediana, ò poca salida, y no precisamente à su valor, à cuyo fin se informará de prácticos en su comercio, y los dividirá en tres clases, pues con los de mayor consumo se hace mejor negocio, porque se compra, y vende mas veces, y quantas mas se emplea el dinero, mas lucro se adquiere; por lo que todos deben participar proporcionalmente de todo. Advirtiendole que si los agravia, y en contradictorio juicio no son oidos los agraviados, se debe deshacer el agravio, y el Juez reducirlo à alvedrio de buen varon con su audiencia antes que apruebe la particion, como se prueba de la ley 3. Cod. *Communia utriusque iudicii*, que dice: *Majoribus etiam per fraudem, vel dolum, vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri: quia in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur.* Pero si fueron oidos, y condenados, y se confirmó la sentencia condenatoria, ò no apelaron de ella, y se pasó en cosa juzgada, deben observar en todo la particion, ya sea hecha extrajudicialmente por los interesados, y presentada al Juez para su aprobacion, ò judicialmente. (2)

40 La segunda regla es, que si en alguna de las fincas divisibles tiene parte uno de los interesados, ò herederos, ya sea por haberla comprado antes, ò por habersela legado, donado, ò adquiridola por otro titulo, le prefiera en la adjudicacion de su total, pues debe obtener la prelación à los coherederos por la mayor porcion que en ella le toca, y cumple con consentir que à estos se reintegre en otras equivalentes, ò en dinero de las suyas: y si algunos tienen comunion en ella, debe ser preferido el que mas parte tenga, al que no tiene tanta. (3)

(1) Ley Si probatum, Cod. Comuni dividund. Barbos. in leg. Ad officium, Cod. eod. tit. n. 5. Boer. decis. 46. n. 7. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 14. n. 23. 24. y 41. al 46.

(2) Ayor. de Partition. part. 3. quæst. 6. y 7.

(3) Ley Sancimus, §. Ne autem,

Cod. de Donat. ley 2. Cod. Quando, & à quibus, ley 2. Cod. de Metall. Valasc. consult. 53. y de Partition. c. 22. n. 3. Wald. de Fratrib. part. 11. n. 19. Fontanel. de Pact. part. 2. claus. 3. glos. 9. n. 82. Michalor de Fratrib. part. 3. cap. 38. n. 24. Morquech. de Divis. bonor.

41 La tercera es, que si los socios, ò herederos hicieron algunos pactos permitidos acerca de la division de la herencia, ò bienes de la sociedad que contraxeron, los observe exactamente, sin tergiversarlos, ni alterarlos total, ni parcialmente, mirando siempre à la utilidad comun de todos, y no à la del uno solamente, pues aquella es preferida à ésta; por lo que à este fin los igualará con dinero, si de otra suerte le es impracticable. (1) Lo mismo practicará quando los Conyuges los hubieren hecho en los contratos nupciales, pues siendo justos, se deben cumplir; y en quanto à la adjudicacion de bienes à la muger, ò à sus herederos para el reintegro de su dote, tendrá presente el instrumento dotal, y lo que explicaré en el cap. 3. de este libro num. 6. y siguientes, y à fin de evitar todo motivo de queja, lo observará.

42 La quarta, que si alguna cosa inmueble, ò raiz de la herencia, ò sociedad que tiene comoda division, se reparte entre todos los interesados, ò entre algunos, no sea saltuariamente, quiero decir que no les consigne sus porciones separadas, v. gr. una al principio, otra al medio, y otra al fin, sino unidas, y continuadas en quanto sea posible. (2)

43 La quinta, que si alguno de los partícipes posee un fundo junto à otro de la herencia, ò parte de él, le aplique el de ésta, pues debe ser preferido à los demás, porque así lo exigen la razon, equidad, y buena fé, y lo dicta el prudente arbitrio de buen varon, y en las divisiones se debe atender à la contiguidad, ò inmediatecion. Y lo propio milita quando el difunto dexó muchos fundos juntos; pues no se debe proceder saltuariamente en su division, sino aplicar unidos à cada uno los que le quepan. (3)

La

lib. 2. c. 10. n. 7. Guerreir. de Divis. dicho lib. 2. y cap. 14. n. 21. y lib. 6. cap. fin. n. 31.

(1) Ley Judicem 21. ff. Comuni dividund. ley Actionis, §. Labeo, y ley Item quamvis, §. fin. ff. pro socio. Michalor dicho cap. 38. n. 27. Felician. de Societat. c. 39. n. 92. Mendez de Castr. in Prax. lib. 3. part. 1.

c. 3. n. 2. Guerreir. dicho cap. fin. n. 33. y 44. lib. 6. de Divis.

(2) Ley Venditor 36. y ley penult. §. fin. ff. de Action. empt. Felician. ibi n. 93. y 94. Michalor ibi n. 26. y 30. Guerreir. dicho c. fin. n. 26. y 29. lib. 6.

(3) Dichas leyes Venditor, y penult. y ley 2. Cod. de Metall. Michalor