

44 La sexta, que si fuere indispensable dividir entre muchos la cosa ò fundo comun, en que todos hayan de tener servidumbre, no se adjudique à unos la de sus partes por las de los otros; (1) pues ninguno de ellos está obligado à dar paso al otro para el suyo, aunque no tenga entrada por otra parte, excepto que así lo pacten expresamente. (2) Y lo propio milita para con el vendedor respecto del comprador, ya sea rustico, ò urbano el predio. (3) Pero si de otra suerte no pudiere hacerse la adjudicacion, (v. gr. tres hermanos, que poseen una casa compuesta de tres solares, y à cada uno se aplica su solar, porque así lo quieren, y para usar del suyo el del superior, como quando los poseía todos el padre comun, es preciso pasar por el del inferior) en este caso debe dexar reservada expresamente en las de todos la servidumbre para ellos, de suerte que ninguno pueda impedir al otro el tránsito, antes bien lo tenga franco y expedito, como si fuera unico dueño, y poseedor de todos tres. (4)

45 La septima, que aplique à cada interesado las alhajas, ò fundos integros, y separados, para evitar su discordia de la proindivision: bien que à veces se ha de permitir à todos el comun uso de alguna, si por algun motivo no se puede dividir, ni estimar, ò apreciar de otro modo, ni los interesados quieren que se venda, v. gr. si dos de estos tienen dos casas contiguas, y para entrar en ellas un portal del uso de ambas; pues no admitiendo division cómoda éste, no habrá lugar à su estimacion, porque uno de los dos, vendido el portal al otro, si le falta la entrada por él à la suya, se

ior ibi n. 25. Fontan. de Pact. part. 2. claus. 4. glos. 9. n. 40. Guerreir. dicho cap. fin. n. 27. y 28. y lib. 2. cap. 14. n. 21. y 22. Valasc. de Partition. dicho cap. 22. n. 19. Morquech. lib. 2. y c. 10. dichos n. 8. Capic. decis. 42. y 420.

(1) Ley Via constitui 23. §. Quæcumque 3. ff. de Servitutib. prædior. rusticor. & ibi Bartolo, Baldo, & cæteri DD. Wald. de Fratr. part. 11. num. 9.

(2) Ley Item Labeo 22. ff. Fami-

liæ erciscund. Bart. in leg. Via constitui, §. fin., ff. de Servitut. rusticor. prædior. Boer. decis. 322. Parlador. differ. 81. n. 6.

(3) Ley In vendendo 66. ff. de Contrahend. emptio. Cœpol. de Servitut. rusticor. prædior. cap. 38. n. 2. Parlador. ibi n. 7.

(4) Wald. dicho n. 9. Felician. de Societat. dicho c. 39. n. 103. Socin. lib. 1. consil. 139. Guerreir. dicho cap. fin. n. 22. al 25. lib. 6.

verá en la precision de venderla en baxo precio, en lo que será gravemente lesado: por lo que debe quedar indiviso el portal, y no corromperse con titulo alguno la sustancia de la cosa. (1)

46 La octava, que en la division se atienda à lo mas cómodo, y útil; (2) quiero decir, que si la cosa no la admite cómoda, se aprecie, y cabiendo à uno de los partícipes, se le aplique íntegra, y si no le cabe, que entregue en dinero el exceso: (3) y no entregandolo, siendo raiz la finca, que se quede à censo reservativo con la hipoteca especial sobre ella, obligandose à pagar al consocio, ò coheredero los correspondientes réditos, hasta que lo libere, y redima; lo qual se practica así, para observar igualdad, y compensar al coheredero el daño que le irroga la mora de aquel à quien se aplica la finca productiva, por no ser justo que el uno se esté utilizando de los frutos, ò producto de la parte del otro, y éste carezca de ellos, y de la finca que los produce. (4) Y se dice no permitir cómoda division, quando por dividirse vale mucho menos, y pierde la estimacion que unida tiene; (5) ò se hace la division por injuria de otro, y en otros casos semejantes, en los quales si todos quieren dar por ella su valor, debe ser preferido el que tenga mayor parte, y si ninguna tiene, el que posea otra contigua, segun queda expuesto. (6) Y en quanto à si al heredero à quien se adjudicó su parte en dinero, deberá usuras el coheredero que la retiene, hasta que se la entregue, vease à

Guerreir. de Divis. lib. 8. cap. 21.

(1) Ley Arbor 19. §. de Vestibulo, ff. Communi dividundo. Bald. in leg. Sabimus, §. Si vestibulo, ff. eod. tit. Michalor ibi n. 28. Fontanel. ibi n. 72. Felician. ibi n. 95. Guerreir. dicho cap. fin. n. 32. y 50. lib. 6.

(2) Ley Non amplius, §. Cum bonorum, ff. de Legat. 1. & ibi glos.

(3) Dicho §. Cum bonorum, ley Stichum, ff. de Solutionib. y ley 2. Cod. Quando, & à quibus. Wald ubi supr. n. 19. y 22. Michalor ibi n. 27. Fontanel. ibi n. 95. Capic. decis. 30. Guerreir. ibi n. 34. al 36.

(4) Alex. consil. 69. Lup. in leg. Curabit. Cod. de Actio. empti. Paris consil. 41. Guerreir. de Divis. lib. 8. cap. 21. per tot.

(5) Fontanel. glos. 9. claus. 4. part. 2. n. 76. Bald. in leg. Sancim. Cod. de Donation. Gutier. de Jurant. confirm. part. 1. cap. 56. n. 6.

(6) Fontanel. ibi n. 78. y ex n. 80. al 125. Michalor de Fratr. dicha part. 3. y cap. 38. n. 23. Angul. de Mellorat. in leg. 4. glos. 8. num. 1. Guerreir. dicho cap. 13. ò final. n. 34. al 39. lib. 6.

470 La nona, que la estimacion, ò aprecio que se haga de la cosa que no admite division cómoda, sea de toda ella, y no de la parte, ò porcion que à cada partícipe se asigne separadamente, porque llegado el caso, y precision de venderse, mejor se vende à uno, ò à muchos el todo, que pedazo à pedazo; (1) à mas de que unas partes ya por su calidad, ò por otro motivo suelen ser mas útiles que las otras. Si la cosa se tasó íntegra; como el precio de ella fue con atencion à lo bueno, mediano, è infimo, se causa perjuicio, pues no habrá quien tome lo infimo, y mediano, y no faltará comprador para el todo uno con otro; y si no se hubiere valuado así, úna el contador todas las porciones, y apliquelas à uno, de suerte que en él quede íntegra la alhaja por el total de su valor; y no cabiendole, observe lo explicado en la regla octava.

48 La decima, que no se use de la venta, ò almoneda de la alhaja, excepto que no se pueda evitar; (2) pues así como quando no permite cómoda division, se puede usar de ella, segun diré en el § siguiente: por el contrario, permitiendola, se ha de asignar en ella à cada partícipe su porcion, respecto no puede ser compelido en este caso à recibir contra su voluntad el importe de su valor, ò estimacion, (3) porque lo que se divide, es la alhaja como de la herencia, y no el dinero que no dexó el difunto; y así solo en el caso de no haber otro arbitrio, se ha de usar de la venta para igualarse con él.

49 La undecima, que en la division entre el superstite, y herederos del difunto haga separacion de los bienes que conste llevaron à su matrimonio, ò durante éste heredaron, ò retrageron por derecho de sangre: ò trocaron por otros: ò compraron con su mismo dinero, ò con lo que produxeron los propios que para comprarlos vendieron, y si existen, se los aplique, y no al conyuge, ò consocio, ni à sus herederos, dandoles otros en su lugar; por que

(1) Glos. & Bart. in leg. i. Cod. Communi dividund. Guerreir. dicho cap. fin. n. 42.

(2) Fontanel. ibi n. 38. Valasc. consult. 114. n. 8. Guerreir. de la-

ventar. lib. 2. cap. 3. per tot.

(3) Ley. i. Cod. Comm. dividund. & ibi glos. & Bart. Michalor ibi n. 32. Felician. ibi n. 87. Guerreir. dicho cap. fin. n. 41. al 43. lib. 6.

que aunque durante la sociedad son comunes, y en todos, y cada cosa tienen todos el dominio proindiviso para usufructuarlos; respecto deberte hacer la particion *ex bona, & equo*, y con buena fé; (1) exigivésta; y lo bueno, y equitativo que cada uno goce, y posea los que adquirieron sus causantes, ò se subrogaron en su lugar, mediante conservar su dominio especial, y no se contriste de ver que los lleva, y disfruta un extraño, pues no se comunican como los gananciales al otro conyuge; (2) segun expondré en el cap. 4. num. 7; y lo mismo debe practicar con los muebles de el uso privativo de el superstite, y herederos por la propia razon. Y si las cosas mismas que uno de los conyuges llevó al matrimonio, no existen, y hay otras de igual especie, bondad, y calidad, se las aplicará, ò à sus herederos; pues habiendolas, tiene derecho à recuperar en ellas el fondo que puso, como subrogadas en su lugar; ninguno compete al consocio porque no se le comunica su dominio; y es justo que se practique así para que no se le deteriore su condicion, por beneficiar à su socio; bien que así como tiene derecho à que se le entreguen las existentes, no debe resistirse à tomarlas, si se le aplican, aunque no le acomoden, por el precio que entonces se des de. Lo propio milita quando el marido con el dinero dotal, y con voluntad de su muger compró alguna finca, segun expondré en el cap. 3. de este libro. n. 26. al 28. y cap. 4. n. 13. al 15. è igualmente entien hijos deudos, ò mas matrimonios, quando sus padre, ò madre premuertos dejaron algunos bienes conocidos adquiridos constante el suyo, que existen proindiviso; pues la parte que tocaba al premuerto, y llevaria si viviera, se les debe aplicar con su aumento intrínseco, (como que le representan, y ocupan su lugar) y no à sus medios hermanos, padrastro, ni madrastra, en la particion que se haga por muerte del superstite. Todo lo qual se entiende, excepto que intervenga convencion contraria de los interesados mayores de veinte y cinco años,

(1) §. Quædam, Institut. de Action. Michalor. dicho cap. 38. numer. 18. y 19.

(2) Mendez de Castro in Prax. part. 1. lib. 4. cap. 3. n. 3. Guerreir. dicho cap. fin. n. 52. al 54.

años, ó motivo grave obstativo de practicarlo así. La duodecima, que si en la herencia hubiere derechos incorpóreos, v. g. censos, juros, efectos, jurisdicción, servidumbres, &c. divida sus capitales, y pensiones con la misma equidad, y proporcion que queda expuesta; y si los derechos no se pudieren dividir, se dividirán sus frutos, y pensiones, ó réditos. (1) Advirtiéndose que el uso, ó comodidad de la jurisdicción se ha de dividir à prorrata, del haber de cada uno, (2) y el de la servidumbre por tiempos. (3) Pero el Señorío, y jurisdicción como cosa honorífica, y que por lo mismo, y ser la muger el fin de la familia, es justo continúe en el varón, se le aplicará, y se dará otra cosa equivalente à la muger, excepto que el testador mande lo contrario, ó los partícipes se convengan de otra suerte. Y lo mismo se practicará con el Patronato, ó otro derecho, ó regalia de honor. Por lo tocante à las deudas à favor del caudal ha de hacer su aplicacion, y distribucion, de modo que à ningun partícipe en la herencia, ó sociedad grave, ni perjudique, por gratificar, ó beneficiar al otro, pues aunque por derecho están divididas entre ellos, (4) y sin dividir las se dividen, por lo que se dice que no vienen al juicio divisorio: (5) no obstante, debe adjudicar à cada uno el debito íntegro, (6) para que el deudor no se vea oprimido, ni experimente vejaciones con muchos juicios, siendo uno solo el debito. Lo qual se limita, y entiende, excepto que unas deudas sean de difícil exaccion, y otras fallidas, pues de estas dos clases à todos debe aplicar su respectiva porcion

(1) Sr. Covarr. Pract. cap. fin. vis. lib. 1. cap. 5. n. 9. y 12. Guerreir. Crayet. lib. 2. consil. 318. y lib. 5. de Divis. lib. 2. cap. 9. n. 23. consil. 895. Roland. consil. 81. lib. 1. (4) Ley Ex pacto 26. Cod. de Felician. de Societ. cap. 39. n. 18. Pact. ley Ea, que in nominibus 6. Guerreir. de Divis. lib. 3. cap. 7. y y ley Licet 23. Cod. Familie erciscund. lib. 6. cap. fin. n. 21. (5) Barbos. in dict. leg. Ea, que n. 1. al 7. Valasc. de Partitio. cap. 2. n. fin. per text. in leg. Per familia 2. §. In hoc iudicium, y ley Hæredes ejus, §. 1. ff. Familie erciscund. (6) Ley Plane 3. ff. Familie erciscund. Cató, ff. eod. tit. Morquesh. de Di-

en cada una, para que à prorrata sufran la perdida, y gastos de cobranza; bien que lo mas util à todos, y seguro es, que uno se encargue de su cobranza, ó que elijan un cobrador, y segun se cobren, las repartan, con lo qual sufren todos el perjuicio, y reciben la utilidad proporcionalmente. Y en caso que à uno solo las adjudique, debe dexar vivo, y reservado su derecho, para que lo repita de los demás, y à estos obligados à eviccion, à fin de que le satisfagan las partes que les correspondan así en la falencia, como en los gastos de cobranza, acreditandolos del mismo modo que si en juicio le quitáran alguna cosa, que como efectiva, y segura se le hubiese aplicado. Advirtiéndose que si pactan que ninguno ha de quedar obligado à ella, no tiene que reservarle, pues todo queda de su respectiva cuenta, y riesgo. (1) Pero debe tener presente el contador lo primero, que si interviene la viuda, ó quien la represente, en la particion, y entró en su matrimonio bienes dotales, ó parafernales, no se la ha de hacer pago de ellos con deudas adquiridas por contratos celebrados por su marido mientras estuvieron casados, sino reintegrarla de su importe con otros bienes equivalentes, ó dinero, y luego por razon de gananciales aplicarla la parte proporcional que la toque de ellas; pues así por haber llevado bienes efectivos, como por haberse obligado su marido à su restitucion en otros equivalentes, ó en dinero, tiene accion expedita à recuperarlos segun se los entregó, ó él se obligó, y no debe ser compelida à recibirlos en deudas, ó créditos, habiendo alhajas, y fincas de que satisfacerla, ni el contador deteriorarla su condicion, è irrogarla perjuicio. Lo que no perderá de vista para evitar que se agravie de la adjudicacion, y con justo motivo si hace lo contrario. Y lo segundo, que si durante la proindivision se cobran algunos créditos, los debe estimar como dinero, porque mudaron de concepto, y naturaleza, y dividirlos como tal entre los partícipes, y en este concepto ponerlos por cuerpo de caudal, aunque estén inventariados como créditos.

(1) Ley Si familia 14. Cod. Familie erciscund. Guerreir. de Di-

52 La decimatercia, que si hay deudas contra el caudal, y por no estar satisfechas antes de la division, se constituye pagador de ellas à alguno de los interesados, haga à su favor adjudicacion, ò hijuela de su total, y le aplique dinero para su solucion hasta en su importe: y no habiendolo, bienes en cuya venta ningun dispendio propio tenga, como es la plata, y el oro por su peso, è intrinseco valor; pues asi como el desembolso ha de ser efectivo sin la mas leve disminucion, ni pérdida, deben serlo tambien los bienes que se adjudiquen al que lo haya de hacer, porque de lo contrario será defraudado, y damnificado; y respecto estar obligados proporcionalmente todos los partícipes en la herencia à la satisfaccion de las deudas de ésta: ser primero pagar que heredar: y no haber herencia hasta que están satisfechas: deben sufrir del mismo modo el gravamen, obligarse à eviccion, privarse de llevar lo florido, porque es de los acreedores, y contentarse con lo que les quede bueno, ò malo; y asi en quanto à esto no hay atencion à bueno, mediano, è infimo; pero sino hay plata, oro, ni otros bienes, en cuya venta no pueda haber pérdida, se deben vender antes los competentes al pago de deudas; y en su defecto obligarse los coherederos à satisfacer à prorrata al constituido pagador la perdida, y gastos que en ella tenga, baxada su parte, pues como uno debe concurrir con los demás à proporcion de su haber; y asi se expresará en las adjudicaciones, ò por declaracion al final de la particion. Y lo mismo debe practicar si le hace pagador de legados; con la diferencia de que debe aplicarle los especificos, para que los dé à sus respectivos dueños, y no dinero por ellos como quando son genéricos. Advirtiendo que por pagador de deudas se debe constituir al mas abonado, fiel, y exacto, y no à todos, con obligacion de acreditar à los coherederos la solvencia de ellas para su resguardo, por ser todos responsables à su solucion proporcional.

53 Y la decimaquarta, que por ningun titulo altere la tasacion de los bienes, modificandola, ò aumentandola, antes bien se arregle à ella para su aplicacion, y distribucion, pues no es de su inspeccion, sino de la de los tasa-

do-

dores; y conforme estén valuados, ha de formar el cuerpo de caudal, y adjudicarlos, y no exceder los límites de su officio. Por lo que si entre ellos hubiere diamantes, ò otras piedras preciosas inventariadas por el todo de su tasa: por esto mismo, y no por el tercio, ni entre mitad, y tercio las ha de distribuir, y aplicar; excepto que otra cosa pacten, y quieran los interesados: ò que existan algunas de estas que los interesados hayan llevado al matrimonio tasadas por todo su valor, y en el inventario por el intrinseco real, y verdadero que tienen, pues en este caso, ò ha de reducir el primero al efectivo del inventario, ò en su defecto aumentar el exceso al de éste, porque estas piedras no se consumen, ni deterioran, y asi no tienen pérdida, por cuya razon, y por no haberse transferido su dominio al consocio, deben volver al socio que las llevó hallandose en el mismo estado, por el precio en que las puso por fondo de la sociedad conyugal, pues de lo contrario sería damnificado el consorte en el exceso que no era valor verdadero, sino aereo, ò imaginario. Advirtiendole lo primero, que en la adjudicacion v. g. de un aderezo, ò de otra cosa que conste de varias piezas, no ha de hacer separacion de éstas, sino aplicarlas todas (como que unidas componen, y constituyen una completa) à un solo partícipe, porque de lo contrario pierde la estimacion que con la union de todas tiene; y si à ninguno cabe, que se venda, ò se convengan acerca de su aplicacion. Y lo mismo se debe practicar por la propia razon con bienes de otras clases que hacen juego, uniformidad, y simetria, pues asi lo dictan la justicia, razon, y equidad. Y lo segundo, que si se tarda en hacer la particion, y algunos bienes muebles, ò semovientes padecieron decremento, deberán tasarse nuevamente para evitar perjuicio; lo que hará presente à los interesados à fin de que los hagan valuar, y no aleguen despues lesion en su aplicacion, excepto que no quieran hacer este nuevo gasto.

54 Por lo respectivo à si los contadores pueden, ò no ser compelidos à hacer las adjudicaciones, parece, que sí, porque una vez que lisa, y llanamente aceptaron el encargo, fue para todo, y no para la mera liquidacion; por lo

L 2

que

que no queda duda en que deben evacuar plenamente su comision, y no dexarla imperfecta. Pero aquí he visto años pasados executoria del Consejo en contrario, y el caso es el siguiente: nombraron de conformidad ciertos herederos un contador, para que dividiese entre ellos la herencia. Liquidó el caudal, y lo que à cada uno tocaba: y conociendo su caracter discolo, les instó à que se juntasen en su casa à elegir bienes con presencia del inventario. Se resistieron, diciendole que se los aplicase, lo que reusó, fundado en que ignoraba los que à cada uno acomodaban, y no queria que luego propalasen habia procedido con pasion, ò dixesen de agravios de la adjudicacion, y consumiesen la herencia. Viendo ellos su renuencia, se quejaron al Juez, el qual oído el contador, les mandó juntarse en su casa; de cuya providencia apelaron, y se confirmó por el Consejo.

55 Aunque el Juez ordinario, y el delegado no pueden enmendar, ni revocar su sentencia despues de proferida, y publicada, por estarles prohibido, (1) à causa de haber usado de todas sus facultades, y acabadose en aquel juicio su officio, segun sentaré en el capitulo del juicio ordinario §. 13. no milita esto para con los meros contadores, pues ya sea de officio, ò à pedimento de qualquiera de los interesados pueden enmendar el error que hayan padecido, y reformar su parecer, para evitar controversias, porque la comision que les dieron, fue para evacuarla perfectamente sin él; y no obstante que no lo hayan expuesto así en el nombramiento, se entiende tacitamente, y su parecer no es sentencia. Pero la enmienda ha de ser antes que el Juez apruebe la particion, pues una vez aprobada, no se les permite, (2) porque espiró su officio, y potestad.

(1) Ley Judex postea quam §. 5. y ley Cum quærebatur 62. ff. de Re judic. bus credit, si certum petat. y ley Cum putarem, ff. Familiæ erciscund.

(2) Ley Cum quid 3. ff. de Re Ayor. de Partition. part. 3. quæst. 8.

§. III.

CÓMO SE HAN DE DIVIDIR LAS cosas individuas, y el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí.

56 **A**L juicio divisorio vienen las cosas corporeas, è inanimadas, que pueden dividirse comodamente en partes discretas, y separadas, v. g. el vestido, casa, fundo, olivar, y otras semejantes. (1) Vienen tambien algunas, que sin daño suyo no pueden dividirse, por lo que no admiten cómoda division, v. g. el siervo, el caballo, el molino, &c. las quales se llaman individuas en derecho; y por si los interesados quieren tener en ellas su parte separada, y que no estén proindiviso, se halló un modo de dividir las, por medio del qual la tenga indirectamente cada uno, del que trataré en el n. 61. Vienen asimismo otras, que natural, y legalmente son omnimoda, y absolutamente individuas, v. g. las servidumbres, (2) las quales ni por el hombre, ni por la ley se dividen, ni pueden dividir, aunque se quiera. (3) Y vienen finalmente otras, que sin embargo de que por su naturaleza son indivisibles, se pueden dividir legal, è intelectualmente, v. g. los derechos, obligaciones, y acciones que *ipso jure* se dividen activa, y pasivamente entre los herederos; (4) y estos derechos (que se llaman nombres de deudas, ò deudores) no vienen al juicio divisorio, ò *familiæ erciscundæ*, sino solamente por via de adjudicacion, porque están divididos intelectualmente por la ley, (5) como en el n. 51. he sentado.

(1) Ley Quod in rerum, §. Si quis post, ff. de Legat. 1. ley Si quis duas, §. 1. ff. Communia predior. y los tit. ff. Familiæ erciscund. y Comuni dividundo.

(2) Jason en la ley 2. §. Et harum n. 7. ff. de Verbor. obligation.

(3) Ley Hæredes, §. An ea, ff. Familiæ erciscund.

(4) Ley 1. Cod. de Reb. credit. ley Pro hæreditariis 2. y todo el tit. Cod. de Hæreditariis actionib.

(5) Ley Ea, quæ, Cod. Familiæ erciscund. & ibi Paul. & Odofred.