

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 individuales, 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 individuales 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 individuales, 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.

57 De lo expuesto en el número inmediato se prueba que la division es de dos maneras, una real, y demonstrable, porque se hace por partes discretas, y separadas, y otra intelectual, porque subsistiendo la cosa íntegra, è indivisa, asi como se divide intelectualmente por la ley, se puede dividir del mismo modo por el hombre, señalando à muchos sus respectivas partes en ella. (1)

58 Esta division intelectual recae no solo en los derechos, y acciones que la ley divide, sino tambien en las cosas corporales divisibles en quanto están proindiviso, porque en ellas se hace asimismo la division intelectual, y mental por porciones; por lo que lo propio obra en éstas que en aquellos, con la unica diferencia de que en éstas se puede proceder real, demonstrativa, y separadamente siempre que los interesados quieran que se dividan, y en aquellos no. (2)

59 Y omitiendo explicar los diez y siete modos, por los quales se reputa legalmente individua una cosa, porque el saberlo no importa al contador, y lo explican los Autores: (3) digo que la individuidad, ò indivisibilidad se causa, è induce de tres maneras, ò por naturaleza, v. g. en las servidumbres, y otros derechos incorporeos que no admiten separacion real, y demonstrativa, ò por disposicion de la ley, v. g. en la estipulacion generica, ò alternativa del hombre, (4) ò por voluntad de los contrayentes, v. g. quando pactan que ellos, sus herederos, ni sucesores no impedirán la servidumbre, y tránsito por la heredad que está proindiviso, y se ha de aplicar al uno.

60 Y como puede suceder que en la herencia se hallen estas cosas, y obligaciones individuas: para que el contador no ignore cómo ha de proceder en su division, de que

(1) Ley 5. ff. de Stipulat. servor. ley Mœvius 68. §. Duobus, ff. de Legat. 2. ley 9. §. Qui decem, y ley 54. ff. de Verbor. obligacion. ley Cum stichus 29. ff. de Solut. ley 25. §. fin. ff. de Servitut. prædior. rusticor. y ley Si quis duas, §. Si quis partem, ff. Communia prædior.

(2) Duaren. in §. Et harum cit.

& in dict. leg. Cum stichus, & lib. 1. Disputation. cap. penult. Valasc. de Partition. cap. 27. n. 6. y 7.

(3) Bald. in leg. Pro hæreditariis, Cod. de Hæreditariis actionib. Jason in dict. §. Et harum n. 3.

(4) Dicha ley 2. §. Et harum, ff. de Verbor. obligacion.

trata el famoso texto *Hæredes 25. §§. An ea stipulatio 9. y sig. ff. Familie eriscundæ*, procuraré instruirle con los siguientes exemplos. Pedro estipuló que Juan habia de pasar por su heredad, y que él, ni sus herederos no se lo estorbarian, y murió dexando varios herederos. En este caso esta obligacion individua no viene à este juicio, y asi compete activa, y pasivamente la accion de todos los herederos del uno contra todos, y qualquiera de los del otro *in solidum*, ya prohiban el paso todos, ò el uno solo; (1) por lo que los herederos han de prestar caucion de indemnidad, de que el hecho del uno no dañará à los otros. Lo propio milita, si el testador lega la servidumbre, ò tránsito, pues qualquiera de sus herederos *in solidum* está obligado à concederlo, y à dar la caucion referida. Tambien se ha de proceder por caucion de indemnidad entre los herederos en la promesa penal hecha por el difunto, de que si v. gr. dentro de un año no pagare cierta suma, satisfará tanta pena; en cuyo caso para eximirse de ésta, no basta que uno de los herederos pague su parte, pues ò todos han de satisfacer el todo del débito, ò uno por sí, y por ellos: y en su defecto no se libentarán de la pena, porque al acreedor compete accion *in solidum* contra todos. Sobre lo qual vease à *Alvaro Valasco de Partition. cap. 27.* desde el n. 10. hasta el fin. En quanto à si las servidumbres reales, y personales son, ò no divisibles, vease à *Parlador. lib. 1. Rer. cap. 6. §. 1.* que lo explica bien, y por no importar al Escribano, ni contador, omito tratar de ello.

61 Queriendo todos los herederos el fundo, casa, viña, olivar, ò otra alhaja raiz, ò mueble de estimacion, que hay en la herencia, y no conformandose en quién la ha de llevar, ò cómo se ha de dividir, si admite cómoda division, se ha de partir igualmente, ò à proporcion de la institución. Si no la admite, se ha de aplicar enteramente à uno, y éste pagar en dinero à los coherederos las porciones que en ella les podia tocar, precedida su justa tasacion, à lo qual le puede condenar el Juez. Resistiéndose ca-

(1) Alberic. en dicho §. An ea. Valasc. de Partition. dicho c. 27. n. 10.

cada uno à llevarla en estos términos, ya sea porque no se pueda dividir cómodamente, ò por no tenerle cuenta, ò por otro motivo, ha de mandar que se sortee, y aquel à quien toque por suerte, no se debe excusar de admitirla con dicha responsabilidad, ò sin ella en caso de caberle; ò si no, hacer que se venda entre ellos, y aplicarla al que dé mas por ella, y deducida su parte, que entregue el residuo, y dividirlo entre los demás, ò venderla à un extraño si no quieren comprarla, ò no dan su justo precio, ò aunque uno lo ofrezca, si dice que por su indigencia no puede aprontarlo, y aplicarles el que el extraño dé; pues todo depende del prudente, y arreglado arbitrio del Juez, para evitar disensiones entre los partícipes. (1) Cuyos modos de hacer particion de cosa individua, ò de la que reusan tomar en pago de su haber, por pretextar se les perjudica, son los mas freqüentes; pues el de que el hermano mayor en edad haga las porciones, y los menores elijan, (como lo practicó Abrahan con Loth para extirpar las freqüentes contiendas que los pastores de sus ganados tenían, por estar proindiviso; (2) y en el Derecho Canónico está dispuesto quando dos Obispos discordan sobre la division de Parroquias, (3) en cuyo caso el mayor divide, y el menor elige) aunque no está reprobado, no se usa regularmente. Pero si uno de los herederos intenta que se subaste la alhaja que tiene incómoda particion, tal vez por no acomodarle llevarla, ò por no tener para pagar al coheredero su parte, y por hacerle mala obra, y éste lo resiste, y apronta en dinero la porcion líquida que corresponde al otro, debe ser oido, y no procederse à la subasta, ni causarle estos perjuicios, y gastos; y si el Juez no difiere à ello, puede apelar, pues cumple el coheredero con entregar à su consocio su parte líquida en dinero à justa tasacion, que es à lo que se le puede obligar.

62 Aunque la jurisdiccion es indivisible, y por eso per-

(1) Ley 10. tit. 15. Partid. 6. ley 2. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real, ley Item Labeo, ff. Familiae erciscund. y ley Ad offic. Cod. Com-

muni dividund.

(2) Genes. cap. 13. v. 9.

(3) Cap. 1. de Parrochiis, & alienis Parrochianis.

tenece *in solidum* à los mayores en edad que la tienen: (1) no obstante, quando hay muchos Pueblos comunes de la herencia con jurisdiccion, se ha de dividir, y adjudicar separadamente cada uno con ella, para que cada heredero la use con independencia de los demás: (2) y de esta suerte no tendrán que alternar annualmente, como si se dexase proindiviso. Pero si es de mas valor el que se aplica al uno, que el del otro, debe mandar el Juez que el que lleva el mayor satisfaga en dinero el exceso al coheredero, y à ello le puede compeler. (3)

63 Si en la herencia hay un Pueblo solo con jurisdiccion, puede dividirse con ella: pues al modo que el Pueblo se divide realmente, del mismo modo la jurisdiccion à el inherente. (4) Lo qual se limita en caso que por esta division se multiplique la jurisdiccion, y Tribunal, pues entónces no se puede dividir sin consentimiento superior, y urgencia de la causa pública, excepto en los Feudos, Ducados, Condados, y otros semejantes, los quales aunque propiamente no se pueden dividir, pero si el uso, y administracion à ellos anexa. (5)

64 Quando los dueños jurisdiccionales tienen partes iguales en la jurisdiccion de algun Pueblo, y discordan en el exercicio de ella, deben ser compelidos à concordarse, ò à dividir alternativamente su uso por años, ò à elegir de acuerdo un Juez que la exerza. (6) Y si tienen partes desiguales, lo deben ser tambien à hacer unánimes la eleccion, ò sino, à nombrar cada uno por el tiempo que le toca, v. gr.

(1) Bart. & DD. in leg. 1. ff. de Offic. Proconsul.

Lucio, ff. de Aqua quotidian. Alexand. dicho consil. 25. n. 4.

(2) Bald. in §. Si familiae, Institut. de Offic. Judic. & in leg. 2. Cod. Quibus, & quarta pars. Alex. libi 5. consil. 25. vers. Praterea, col. penult. Aimon Cravet. consil. 264. n. 6. al fin. vol. 2.

(5) Bart. in leg. Inter actores al fin. ff. de Administr. tutor. Socin. in leg. Stipulationes n. 88. ff. de Verbor. obligation. Alex. consil. cit. n. 4. y 5. Riminald. consil. 57. n. 4.

(3) Dicha ley Ad officium, y §. Quod si de una, Institut. de Offic. Judic. Alex. consil. dicho n. 18. Morquech. de Divis. lib. 1. cap. 5. n. 5.

(6) Glos. in cap. Licet 16. q. 3. verb. Conventit. Abb. y Ferr. in cap. Prudentiam de Offic. Delegat. Alex. Angel. Jason. y otros en la ley 2. §. Ex is, ff. de Verbor. obligation. Morquech. dicho lib. 1. cap. 5. n. 3. y 4.

(4) Ley Arbor 19. §. fin. ff. Communi dividun. & ibi Bart. & in leg.

el que tiene ocho partes, por ocho meses, y el que quatro, por quatro, &c. (1)

65 Si el testador tomó dinero à censo, ó renta vitalicia, y vive el pensionario, ó alimentario, debe el contador dexar el capital recibido en uno de sus herederos por via de depósito con cargo de acudir con la renta annua al pensionista, y con la condicion expresa, de que si éste viere tanto que consume el capital, y perciba mas que su importe, ha de poder repetir, y exigir el heredero de los coherederos el exceso que le pague à prorrata, deduciendo la parte que como uno de ellos le corresponda satisfacer, obligandose todos omnimoda, y proporcionalmente à su solucion; y por el contrario, si muriere antes que se consume el capital, tenga obligacion de comunicar à los demás el sobrante: y de esta suerte ninguno queda perjudicado, como advertí en el cap. 5. §. 4. n. 60. de mi primera parte adiccionada.

## §. IV.

### CÓMO SE HA DE DIVIDIR la alhaja enfiteutica.

66 Viene tambien al juicio divisorio la cosa enfiteutica hereditaria perpetua, y por consiguiente pueden los herederos dividirla: pues si los predios del real patrimonio concedidos al difunto, ó comprados por él, se pueden dividir, como lo dice la ley 10. ff. *Familie erciscund.* ibi: *Item prædia, quæ nostri patrimonii sunt, sed & vectigalia, vel superficiaria*: con superior razon deben venir los enfiteuticos, respecto se equiparan, (2) porque vale el argumento del feudo al enfiteusi, quando no milita razon diversa. (3) Y tan constante es lo expuesto, que el padre comun no puede mandar lo contrario. (4) Pue-

(1) Boer. decis. 5. n. 2. y sig. Morquech. dicho lib. 1. y cap. 5. num. 7. y 8.

(2) Rubric. y todo el tit. ff. Si ager vectigalis.

(3) Speculator. tit. de Fœudis,

§. Quoniam, cerca del fin. Bart. en la ley Ut jusjurandi, §. Si liberi, ff. de Operis libertor. Jason en la ley fin. Cod. de Jure emphiteutic.

(4) Ley 1. §. Quia autem 6. ff. de Superficiebus. Decio consil. 389. n. 1.

67 Pueden dividir los herederos el predio enfiteutico hereditario por regiones, ó partes, aplicandolo proporcionalmente à cada uno segun su haber, ó enteramente à uno con obligacion de dar à los otros la estimacion, ó valor de su parte; cuya division, como que es enagenacion necesaria, y no voluntaria, pueden hacer sin obligacion de requerir al Señor del dominio directo, si lo quiere por el tanto; porque por esta omision no incurre el predio en caducidad, ó comiso, ni por la division se debe laudemio. (1) Lo qual se entiende, excepto que en la escritura primordial de la constitucion del enfiteusi se haya estipulado lo contrario, asi en orden à esto, como à la division.

68 Se entiende, y há lugar tambien lo explicado entre los nuevos enfiteutas: quiero decir, quando el enfiteusi se concedió à muchos con pacto expreso de que el superstite sucediese al premoriente, ó de que entre ellos hubiese derecho de acrecer: (2) pues en este caso pueden dividirlo igualmente en la forma expuesta, sin riesgo de que caiga en comiso, ni necesidad de requerir al Señor, porque no hay persona nueva à quien éste no conozca, y haya admitido; y aun enagenar sus partes, porque esta no es propiamente enagenacion, sino anticipada renunciacion de su derecho. (3)

69 Si el padre llama à un hijo al goce del enfiteusi perpetuo referido, y le entrega la alhaja enfiteutica, debe observarse su voluntad, y el hijo lo llevará con obligacion de reintegrar à sus hermanos sus porciones, porque no hay ley que lo prohiba; y el padre puede disponer libremente de sus bienes entre sus hijos, con tal que à ninguno perjudique en su legitima; (4) y asi donandolo al emancipado, vale al instante; (5) y si lo dona al que está en su poder, aun-

(1) Anton. Rub. consil. 133. n. 2. Valasc. de Partition. cap. 25. n. 1. al 7.

(2) Ley fin. Cod. de Jure emphiteutic. & ibi DD. ley fin. Cod. de Litigios. Bart. in leg. & ideò, ff. de Conditionib. Institution. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 8. n. 118. y 119.

(3) Bart. & DD. in leg. Qui

que  
(4) Romæ, §. Duo fratres, q. 10. n. 24. ff. de Verbor. obligation.

(5) Valasc. dicho c. 25. n. 10. al 17.

(6) Ley 1. ley Si totas, y ley Si liqueat, Cod. de Inofficios. donation. & ibi DD.

(7) Ley Sive emancipatis 2. Cod. de Donationib.