

CAPITULO SEGUNDO.

De los contadores, de su oficio y facultades, y de las reglas que deben observar para hacer justificadamente la particion y las adjudicaciones.

1. Los interesados en la herencia han de nombrar contadores, quienes deberán ser diversos de los tasadores de bienes.
2. Todas las personas á quienes por derecho se permite tratar y contratar pueden ser nombradas para hacer particiones.
3. Los nombrados para contadores no pueden ser compelidos á aceptar este encargo; pero una vez aceptado, los puede apremiar el juez á que lo ejecuten.
4. Los contadores nombrados por las partes, no pueden ser recusados por estas sin justa causa; pero si el juez los nombra de muto proprio, se les puede recusar con solo el juramento de tenerlos por sospechosos.
5. Causas por que pueden ser recusados.
6. ¿Si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá este ser recusado por la parte contraria?
7. Si los contadores nombrados discordaren, debe el juez nombrar un tercero en discordia para evitar las conveniencias que acerca de la eleccion pudieran sucitarse entre los interesados,
8. ¿Cuantos contadores habrán de nombrarse quedando viuda la muger sin hijos, y habiendo instituido el difunto á varios herederos?
9. y 10. Diferencia entre la liquidacion del caudal hereditario, y su distribucion ó adjudicacion. Facultades del juez y de los contadores para adjudicar los bienes de la herencia.
11. Reglas que deben observar los partidarios para proceder con justificacion en las adjudicaciones y particion. Regla primera: han de observar igualdad y proporcion, no solo en cuanto á la cuota ó cantidad que á cada interesado corresponda, sino tambien con respecto al valor ó estimacion ó calidad de las cosas adjudicadas.
12. Segunda: si en alguna de las fincas divisibles tiene parte uno de los interesados por cualquier título que sea, debe ser preferido en la adjudicacion de su total.

13. Tercera: si los herederos hubieren hecho algunos pactos lícitos acerca de la division de la herencia, debe el contador observarlos exactamente.
14. Cuarta: si hubiere de repartirse entre los interesados alguna finca que admita cómoda division, no ha de adjudicar á cada uno porciones separadas, sino unidas ó continuadas en cuanto sea posible.
15. Quinta: si alguno de los partícipes posee alguna heredad junto á otra de la herencia, debe adjudicársele esta ó parte de ella si no le cabe toda.
16. Sexta: si fuere indispensable dividir entre muchos la cosa ó heredad comun en que todos hayan de tener servidumbre, no debe adjudicar á unos las de sus partes por la de los otros.
17. Séptima: debe aplicar á cada interesado las cosas ó heredades íntegras y separadas, para evitar discordias.
18. Octava: en la division debe atenderse á lo mas cómodo y util, esto es, que si la cosa no admite cómoda division, se aprecie, y cambiando á uno de los partícipes, se le aplique íntegra; mas no cabiéndole, debe entregar el exceso en dinero.
19. Nona: la estimacion ó precio que haya de hacerse de la cosa que no admite division cómoda, sea de toda ella, y no de la parte que á cada partícipe se asigne separadamente.
20. Décima: que no se venda la cosa divisible mientras se pueda evitar.
21. Undécima: en la division que ha de hacerse entre el con-sorte sobreviviente y los herederos del difunto, se ha de hacer separacion de los bienes que llevaron al matrimonio, ó que adquirieron durante él por cualquier título.
22. Duodécima: si en la herencia hubiere derechos incorpóreos, como sensos, jurros &c., han de dividir sus capitales y pensiones con la misma equidad y proporcion que va indicada.
23. Decimatercera: si hubiere deudas á favor del caudal, han de hacer su aplicacion y distribucion del modo que allí se expresa.
24. Decimacuarta: si hubiere deudas contra el caudal, y por no estar satisfechas antes de la division se constituye pagador de ellas á alguno de los interesados, han de hacer á su favor adjudicacion é hijuela de su total, aplicándole dinero para satisfacer el importe de ellas, ó á falta de él, bienes de la herencia.
25. Decimaquinta: el contador no ha de alterar por motivo alguno la tasacion de los bienes, sino arreglarse á ella para su aplicacion y distribucion.
26. Los contadores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones.

27. Los contadores pueden enmendar los yerros que hubieren cometido, y refor-

mar su parecer, antes que el juez apruebe la particion.

1. **V**entilados y definidos los incidentes que pueden ocurrir antes de proceder á la division de la herencia, segun se insinuó en los párrafos 13 y siguientes del capítulo anterior, para ejecutar dicha particion deben los interesados nombrar contadores. Estos han de ser diversos de los tasadores ó apreciadores de bienes, y muy inteligentes, no solo en cuentas, porque el error material de cálculo se puede facilmente enmendar y salvar por medio de una declaracion ó prevencion, sino tambien en los puntos de derecho, de los que procuraré dar idea con la claridad posible; pues de no concurrir simultáneamente en ellos ambas circunstancias, se exponen á fomentar por su impericia costosos pleitos, causando imponderables perjuicios á los interesados; por lo que en la Corte solo los abogados pueden hacer particiones judiciales, segun el auto del Consejo de 11 de abril de 1768. Asimismo deben jurar en los términos expuestos en el párrafo 14 del capítulo anterior, al modo que los jueces árbitros y tasadores, ante el escribano originario ó de diligencias de la testamentaria, segun se practica.

2. Todas las personas á quienes por derecho se permite comparecer en juicio, tratar y contratar, pueden ser electas para hacer particiones, porque es acto extrajudicial; bien que su parecer se ha de presentar al juez para que lo apruebe, y mande cumplir siendo arreglado. Asi que el menor de veinticinco años, si tiene diez y ocho, podrá ser contador respecto á que no teniendo curador puede contratar por sí, y ser procurador para negocios extrajudiciales, como tambien ejercer jurisdiccion delegada (*). Lo propio digo del infame por derecho (1) en cuanto á ser contador.

3. Los que se nombran para contadores no pueden ser compelidos á aceptar el encargo de tales, si no quieren; pero una vez aceptado, los puede apremiar el juez á que lo evacuen, porque lo que al principio es voluntario para su admision, se constitu-

* La ley 3. tit. 2o. lib. 11. Nov. Rec. que cita aqui el autor, no habla de los menores. En la 7. tit. 2. lib. lo se dice que cumpliendo estos los diez y ocho años, si estuvieren casados, puedan administrar su hacienda y la de su muger sin necesidad

de venia ó dispensa. El señor Sala en su *Ilustracion del Derecho Real de España*, lib. 1, tit. 4. num. 29, explica otros puntos relativos á esto.

1 Ley *Pædius*, ff. *Recept. qui arbitr.* et ibi. DD. Ayor, cap. 4. num. 3.

ye obligatorio segun derecho para su ejecucion despues de admitido (1) (*).

4. Tampoco pueden recusarlos las partes que los eligieron, sino por causa justa que sobrevenga probada ante juez ordinario ó superior del recusado, pues no basta el juramento solo de tenerlos por sospechosos (2). Pero siendo nombrados por el juez de motu proprio, se les puede recusar como á este con el juramento referido, sin necesidad de expresar ni justificar causa; y admitida en ambos casos la recusacion, se les removera en el todo del conocimiento del negocio, nombrándose otros en su lugar, como se practica. Si estan diputados públicamente para el ministerio de hacer particiones, se debe observar en su recusacion lo que acerca de los tasadores públicos expliqué en el párrafo 9, capítulo 3 de este título, porque milita la misma razon legal.

5. Las causas por que pueden ser conceptuados por sospechosos, y por consiguiente recusados, son grande enemistad ó motivo de tenerla, nacida despues del nombramiento entre el nombrado y el que le nombró; el haber contraido afinidad con la parte contraria, ó sucedido en su herencia; el haber sido ordenado de orden sacro; desterrado ó preso por delito; el haber enfermado é ausentándose^e por largo tiempo, y otras á arbitrio del juez (3).

6. Ayora controvierte si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá este ser recusado por la parte contraria; y resuelve que el contador nombrado puede serlo por las causas expresadas 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 á fin de que sentencie y determine. Sin embargo de este dictamen, como ninguna ley hace mencion de estos contadores de particiones, se debe recurrir á las que tratan de los árbitros, en cualquier duda que ocurra sobre ellos; y en consecuencia debe distinguirse

1 Ley *Labeo ait.* 3. §, fin. ff. de *recept. qui arbitr.* et ibi glos. Ayor. ibi, num. 4. reg. 21 y 33. in sexto de las Decretales.

* No obstante que se mande y sean apremiados á evacuar el encargo, no se les pueda privar de audiencia, alegando justa causa.

2 *Guerreir. de recusation.* lib. 2. cap. 10. num. 24 Cortiad. decis. 18. num. 6. y 23 Ayor. ibi. num. 14.

3 Ley *Filius familias.* §. final, ff. de *procurator.* Ayor. dicho cap. 4. num. 16. *Guerreir. de recusation.* lib. 4.

de este modo: si los contadores fueron electos como jueces á-rbitros y arbitradores, ó amigables componedores, y para ello precedió compromiso de las partes con las facultades de que diesen á la una y quitasen á la otra á su arbitrio, y con pena convencional; entonces podrán ser recusados por las causas porque pueden serlo los árbitros con arreglo á derecho, porque tienen jurisdiccion, y pueden agraviar (debiendo la parte que se dice agraviada, para que se la oiga sobre el agravio, depositar la pena, y apelar ó pedir reduccion dentro de los diez dias legales). Pero faltando el expresado requisito de arbitracion, no pueden ser recusados los partidores, porque por mas autoridad que se les atribuya, no se extiende á mas que á un parecer ó dictamen que con nombre de perito dan segun su inteligencia, el cual, 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 sentencia; mayormente cuando 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 ó pericia en arte ú oficio, como lo manda la ley (2); y si hay algun punto oscuro ó duda de derecho, lo deben consultar y proponer al juez para que lo resuelva con audiencia de los interesados antes de proceder á formar la particion; y asi pueden estos 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, ó expongan ante el juez ordinario los agravios que contenga y pida se deshagan, y no para otro efecto: sobre lo cual, si el agravio consiste en hecho, se les debe oír en via ordinaria, como se practica.

7. Como el juicio de la division pende del justo y arreglado arbitrio del juez, segun lo dice la ley 10. tit. 15. Part. 6. „Poderío há el juez ante quien pidieren la particion los herederos de la mandar facer en la manera que él entendiere que se será mas guisada, é mas á pro de ellos;” parece que si los contadores nombrados por las partes discordan, podrá segun derecho (3) apremiarlos á que elijan tercero en discordia. Sin embargo se ha considerado util, y se practica en la Corte, que el juez le nombre de oficio para evitar las contiendas y discordias que acerca

1 Ley 5, y nota 1. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 1, tit. 21. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 25, tit. 4. Part- 3.

de la eleccion se podrian suscitar entre ellos; y aunque de los tres se conformen los dos, no se deja de comunicar traslado á las partes, para que consientan la particion, ó digan de agravios, del mismo modo que si el tercero no hubiera sido electo, y se les oye en via ordinaria; porque el juez no puede proceder sumariamente sino en los casos expósitos en derecho, y el tercero no sale de la esfera de un perito como los demas. Una vez propuestos los agravios, no debe aprobarla, ya se conformen dos de los tres, ó todos discorden, formando cada uno su particion, porque no la hay hasta oír plenamente las partes; y con vista de las probanzas que hagan, si los agravios consisten en hecho, y de los fundamentos que aleguen, dará su sentencia, de la cual podrán apelar en el término de los cinco dias legales, ó consentirla.

8. Quedando viuda la muger sin hijos, é instituyendo su marido por herederos, v. gr. á dos ó mas hermanos suyos, ó á dos hermanos y dos sobrinos, hijos de otro hermano, se han de nombrar dos contadores solos, uno por los hermanos y sobrinos del difunto, y otro por la viuda, porque todos los herederos representan á su instituyente, y pretenden una misma cosa, que es la herencia, y aquella otro tanto de los gananciales, como todos juntos. Pero pagada la muger, si la parte de los herederos quedase sin distribuir, y quisieren repartirla entre sí, nombrará cada hermano su contador, y los sobrinos otro solo, porque estos no representan mas que una persona que es la de su padre, y como que hán de heredar por estirpe, esto es, por representacion, y no llevar todos mas que cada uno de sus tios que sucede por persona, porque lo mismo llevaria su padre si viviera, se estiman por un heredero. Y si en uno y otro caso quisieren conformarse en un solo contador por evitar discordias y gastos, como en la Corte se practica, y lo tiene mandado el Consejo, pueden hacerlo porque ninguna ley se lo prohíbe.

9. Una cosa es liquidar el caudal partible y dar dictamen acerca de la cuota ó suma que á cada uno toca por sus derechos, lo cual se llama con propiedad liquidacion; y otra hacer pago de esa cuota con los bienes de la herencia, lo cual se llama distribucion y aplicacion ó adjudicacion. En orden á esta, se duda si el juez podrá ó no adjudicar á los herederos los bienes que le parezca; si los partidores tendrán esta misma facultad; y en caso de tenerla, si podrán ser compelidos á hacer las adjudicaciones. Resolviendo pues estas cuestiones, digo en primer lugar, que el juez puede á su arbitrio hacer las adjudicacio-

nes á uno entera ó particularmente, y condenarle á que entregue al coheredero en dinero su parte, si la cosa no tiene cómoda division, aplicando tambien los demas bienes segun su valuacion, ya esten bien ó mal tasados (1); lo primero, porque el derecho le autoriza para ello, á fin de evitar disturbios entre los interesados, lo segundo, porque el juicio divisorio no es para conocer de la justicia ó injusticia de la tasacion, ni el juez es perito en esta parte, sino para liquidar el caudal partible, y aplicar los bienes de la herencia por los precios en que esten valuados, lo cual es muy diverso; pues para aquello es el juicio de inventario, en el cual antes de llegar á la division, se han de proponer y deshacer los agravios que haya en las tasaciones; á cuyo fin se comunicarán los autos á los interesados, si quieren tomarlos, ya las hayan presenciado ó no.

10. En cuanto á los contadores parece que no podrán hacer las adjudicaciones por defecto de jurisdiccion para pronunciar, y que solamente tienen facultad para dar su dictamen, y exponerle al juez á fin de que pronuncie; sin embargo de esto, tienen facultad para hacer la adjudicacion de los bienes que no admiten cómoda division (2), y tambien la de los demas bienes por sus precios; porque por el hecho de nombrarlos las partes, y de conformarse el juez con su nombramiento, es visto darler comision para todo.

11. Como en las particiones cada uno de los interesados quiere regularmente lo mejor, para que el contador proceda con justificacion en las adjudicaciones y en la particion, y por su impericia no se concilie el odio de los herederos ó socios, ni sea causa de discordias entre ellos, debe tener presentes las quince reglas ó advertencias que siguen. Primera, que observe igualdad y proporcion, no solo en cuanto al número, cuota ó cantidad que á cada interesado corresponda, sino al valor y estimacion, cualidad y bondad de las cosas que le aplique: de modo que no adjudique á uno lo bueno, y á otro lo malo, sino á todos proporcionalmente, pudiendo ser, segun su respectivo haber, de todas clases, y en cada una de bueno, mediano, ínfimo, fructífero, infructífero, exequible, dudoso, incobrable, mueble, raiz, semoviente &c. (3). Si hay cosas ó géneros venales, ha de guar-

1 Ley *Ad officium*, 3. Cod. *Communi dividund.* Ley fin. tit. 15. Part. 6. Ayor. de *partition.* part 3. quæst. 5.

2 Ley *In iudicio familiæ ariscundæ.* 47. ff. *Familiæ ariscundæ.* Ayor. dicha

quæst. 5.

3 Ley *Si probatum.* Cod. *Communi dividund.* *Guerreir. de divis.* lib. 2. cap. 14. num. 23, 24, y 41 al 46.

dar con ellos la misma proporción, atendiéndose á su buena, mediana ó poca salida, y no precisamente á su valor, á 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 cuantas mas se emplea el dinero, mas lucro se adquiere; advirtiéndose que si agravia á los interesados, y estos no son oídos en contradictorio juicio, se debe deshacer el agravio, y el juez reducirlo á albedrío de buen varon con su audiencia antes que pruebe la particion (1); pero si fueron oídos y condenados, y se confirmó la sentencia condenatoria, ó 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, ó judicialmente (2).

12. La segunda regla es que si en alguna de las fincas divisibles tiene parte alguno de los interesados ó herederos, ya sea por haberla comprado antes, ó por habérsela legado, donado ó adquirídola por otro título, le preferirá en la adjudicacion de su total, pues debe ser asi por la mayor porcion que en ella le toca; y si algunos tienen comunion en ella, debe ser preferido el que mas parte tenga al que no tiene tanta (3).

13. La tercera es que si los socios ó herederos hicieron algunos pactos permitidos acerca de la division de la herencia, ó bienes de la sociedad que contrajeron, los observe el partidior exactamente, sin tergiversarlos ni alterarlos en todo ni en parte, mirando siempre á la utilidad comun de todos, y no á la del uno solamente, igualándolos con dinero, si no puede de otro modo (4). Lo mismo practicará cuando los cónyuges los hubieren hecho en los contratos nupciales, pues siendo justos se deben cumplir.

14. La cuarta es que si alguna cosa inmueble ó raiz de la herencia ó sociedad, que tiene cómada division, se reparte entre todos los interesados ó entre algunos, no les consigne sus porciones separadas, v. gr. una al principio, otra al medio, y otra el fin, sino unidas y continuadas en cuanto sea posible (5).

15. La quinta es que si alguno de los partícipes posee un

1 Ley 3. Cod. *Communia utriusque iudicii*.

2 Ayor. de *partition*, part. 3. quæst 6 y 7.

3 Ley *Sancimus*, §. *Ne autem*. Cod. de *donation* Morquech. de *divis. honor.* lib. 2. cap. 10, num. 7. Guerreir, de *divis.* dicho

lib. 2. y cap. 14. núm. 21, y lib. 6. cap. fin. num. 31.

4 Guerreir. dicho cap. fin. num. 33 y 44. lib. 6. de *avis*.

5 Ley *Vinditor*, 36. y ley penult. §. fin. ff. de *action. empt.* Guerreir, dicho cap. fin. num. 26 y 29, lib. 6.

fundo junto á otro de la herencia, ó parte de él, le aplique el de esta, pues debe ser preferido á los demas. Y lo propio milita cuando el difunto dejó muchos fondos juntos; pues se han de adjudicar unidos á cada uno los que le quepan (1) (*).

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

17. La séptima es que aplique á cada interesado las cosas ó fondos íntegros y separados para evitar su discordia de la proindivision; bien que á veces se ha de permitir a todos el comun uso de alguna, si por algún motivo no se puede dividir ni estimar ó 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 este, no habrá lugar á su estimacion, porque uno de los dos, vendido el portal al otro, si le falta la entrada por él á la suya, se verá en la precision de venderla en bajo precio, en lo que será gravemente perjudicado, por lo que debe quedar indiviso el portal.

18. La octava es que en la division se atienda á lo mas cómodo y util; quiero decir, que si la cosa no la admite cómoda,

1 Guerreir, dicho cap. fin. num. 27 y 28, y lib. 2.º cap. 14, num. 21 y 22. Valasc. *de partition.* dicho cap. 22 num. 19. Morquech. lib. 2.º y cap. 10. dichos, num. 8. Capic. decis. 42 y 42o.

* Cuando se venden las cosas de patrimonio ó abolengo, y el pariente mas cercano del vendedor concurre á retraerlas, segun la ley 24 de Toro, son preferidos el

señor de directo dominio, el superficiario, ó el que tiene parte en ella, por ser comun, al pariente, y esto, por igual razon, afianza cuanto queda manifestado sobre la prelación. *Febrero adicionado.*

2 Ley *Item Labeo*; 22 ff. *Familie ercund.* Parlad. differ. 81. num. 6.

3 Guerreir, dicho cap. fin. num. 22 al 25; lib. 6.

se aprecie, y cabiendo á uno de los partícipes, se le aplique íntegra; y si no le cabe, que entregue en dinero el exceso (1); y no entregándole, si es raíz la cosa, se le adjudique imponiéndose censo reservativo con hipoteca especial sobre ella, obligándose á pagar el consocio ó coheredero los correspondientes réditos hasta que lo liberte y redima; lo cual se practica así para observar igualdad, y compensar al coheredero el daño que le irroga la mora de aquel á quien se aplica la finca productiva, por no ser justo que el uno se esté utilizando de los frutos ó producto de la parte del otro, y este carezca de ellos y de la finca que los produce (2). Se dice no admitir la cosa cómoda división, cuando por dividirse vale mucho menos, y pierde la estimación que unida tiene (3).

19. La nona es que la estimación ó precio que se haga de la cosa que no admite división cómoda, sea de toda ella, y no de la parte que á cada partícipe se asigne separadamente, porque llegado el caso y precisión de venderse, mejor se vende á uno ó á muchos el todo que pedazo á pedazo (4); á mas de que unas partes ya por su calidad, ya por otro motivo, suelen ser mas útiles que otras. Si la cosa se tasó íntegra, como el precio de ella fue con atención á lo bueno, mediano é ínfimo, se causa perjuicio, pues no habrá quien tome lo ínfimo y mediano, y no faltará comprador para el todo uno con otro; y si no se hubiere valuado así, una el contador todas las porciones, y aplique-las á uno, de suerte que en él quede toda la cosa por el total de su valor, y no cabiéndole observe lo explicado en la regla anterior.

20. La décima es que no se venda la cosa mientras se pueda evitar (5); pues así como cuando no permite cómoda división se puede vender, por el contrario permitiéndola, se ha de asignar en ella á cada partícipe su porción, y no podrá ser compelido en este caso á recibir contra su voluntad el importe de su valor ó estimación (6).

21. La undécima es que en la división entre el consorte sobreviviente y los herederos del difunto haga separación de los bienes que conste llevaron á su matrimonio ó durante este heredaron ó retrajeron por derecho de sangre, ó trocaron por otros,

1 Guerreir. id. num. 34 al 36.

2 Guerreir. *de divis.* lib. 8. cap. 21.

3 Gutierr. *de juram. confirmat.* part. 1. cap. 56. num. 6.

4 Ley 1. Cod. *Communi dividund.* Guer-

reir, dicho cap. fin. num. 42.

5 Guerreir. *de inventar.* lib. 2. cap. 3.

6 Ley 1. Cod. *Communi dividund.* Guerreir, dicho cap. fin. num. 41 al 43. lib. 6.

ó compraron con su mismo dinero, ó con lo que produjeron los propios que para comprarlos vendieron, ó si existen se los aplique, y no al cónyuge ó consocio, ni à sus herederos, dándoles otros en su lugar; porque aunque durante la sociedad son comunes, y en todas y en cada cosa tienen el dominio proindiviso para usufructuarlos (1); respecto deberse hacer la particion con equidad y buena fe, exigen estas que cada uno goce y posea los que adquirieron sus causantes, ó se subrogaron en su lugar, ya porque conserva su dominio especial, y ya porque no tenga el sentimiento de ver que los lleva y disfruta un extraño: y lo mismo debe practicar con los muebles del uso privativo del consorte y los herederos por la propia razon. Si las cosas mismas que uno de los cónyuges llevó al matrimonio no existen, y hay otra de igual especie, bondad y calidad, se las aplicará á él ó à sus herederos; pues habiéndolas, 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 asi, para que no se le deteriore su condicion por beneficiar á su socio; bien que asi como tiene derecho à que se le entreguen los existentes, no debe resistirse à tomarlas si se le aplican, aunque no le acomoden por el precio que entonces se les dé. Lo propio milita cuando el marido con el dinero dotal y con voluntad de su muger compró alguna finca, é igualmente entre hijos de dos ó mas matrimonios cuando su padre ó madre dejaron algunos bienes conocidos, adquiridos durante el suyo, que existen proindiviso; pues la parte que tocaba al muerto 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 viudo ó viuda. Todo lo dicho se entiende excepto que intervenga pacto contrario, siendo los interesados mayores de veinticinco años, ó si hubiere motivo grave que obste para practicarle asi.

22. La duodécima es que si en la herencia hubiere derechos incorpóreos, v. gr. censos, juros, efectos, jurisdiccion, servidumbre &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 rédi-

1 Nótese bien que, durante el matrimonio, cada uno de los consortes conserva la propiedad de sus respectivos bienes, aunque los frutos y utilidades de ellos son co-

munes, y esto último es lo que quiere dar à entender el autor cuando dice que tienen el dominio proindiviso *para usufructuarlos*,

tos (1); advirtiendo que el uso ó comodidad de la jurisdiccion se ha de dividir à prorata del haber de cada uno, y el de la servidumbre por tiempo (2). Pero el señorío y jurisdiccion, como cosa honorífica, y que por lo mismo, y por ser la muger el fin de la familia, es justo continúe en el varon, se aplicará à este, y se dará otra cosa equivalente à la muger, excepto que el testador mande lo contrario, ó los partícipes se convengan de otra suerte: lo mismo se practicará con el patronato ù otro derecho ó regalia de honor.

23. La regla décimatercera es que si hubiere deudas á favor del caudal, ha de hacer su aplicacion y distribucion de modo que no perjudique á ningun partícipe en la herencia ó sociedad por beneficiar al otro, debiendo adjudicar à cada uno el débito íntegro, para que el deudor no se vea oprimido, ni experimente vejaciones con muchos juicios, siendo aquel uno solo; à menos que unas deudas sean de difícil exaccion y otras fallidas; pues de estas dos clases à todos debe aplicar su respectiva porcion en cada una, para que à prorata sufran la pérdida y gastos de cobranza; bien que lo mas útil y seguro para todos es que uno se encargue de su cobranza, ó que elijan un cobrador, y segun se cobren, las repartan; con lo cual sufren todos el perjuicio, y reciben proporcionalmente la utilidad. En el caso de adjudicárselas à uno solo, debe reservársele su derecho, para que lo repita de los demas, y estos quedan obligados à la eviccion, à fin de que se les satisfagan las partes que les correspondan, asi en lo fallido como en los gastos de cobranza, acreditándolos del mismo modo que si en juicio le quitaran alguna cosa que se hubiese aplicado como efectiva y segura, á no ser que pacten que ninguno ha de quedar obligado à dicha eviccion, en cuyo caso todo queda de su respectiva cuenta y riesgo (3). Pero debe tener presente el contador, que si interviene la viuda ó quien la represente en la particion, y habia llevado à 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 ganancias, aplicarla la parte proporcional que la toque de ellas; pues asi por haber llevado bienes efectivos, como por haberse obli-

1 Covarr. *Pract.* cap. fin. Guerreir. *de divis.* lib. 3 cap. 7, y lib. 6. cap. fin. num. 21.

2 *Ley Via, iter.* §. *Usus.* 1. ff. *de servitut.* Guerreir. *de divis.* lib. 2. cap. 9.

num. 33.

3 *Ley Si familie,* 14. *Cod. Familiar ex ciscund.* Guerreir. *de divis.* lib. 2. cap. 14 desde el num. 41 al 42.

gado su marido à su restitución 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. Tambien deberá el contador tener à la vista que si durante la proindivision se cobran algunos créditos, los ha de estimar como dinero, dividirlos como tal entre los partícipes, y en este concepto ponerlos por cuerpo de caudal, aunque esten inventariados como créditos.

24. La regla décimacuarta es 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 ó hijuela de su total, y le aplique dinero para su solucion hasta el importe de ellas; y no habiéndolo, le adjudique bienes, en cuya venta ningun dispendio propio tenga, como es la plata y el oro por su peso é intrínseco 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 se le perjudicará; y puesto que estan obligados proporcionalmente todos los partícipes en la herencia à la satisfaccion de las deudas de esta, que es primero pagar que heredar; y que no hay herencia hasta que estan satisfechas las deudas; deben sufrir del mismo modo el gravamen, obligarse à la eviccion, privarse de llevar lo mejor, porque es de los acreedores, y contentarse con lo que les quede bueno ó malo; pero si no 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 prorata al constituido pagador la pérdida y gastos que en ello tenga, bajada su parte, pues como uno debe concurrir con los demas à proporcion de su haber; y asi se expresará en las adjudicaciones, ó por declaracion al final de la particion. Lo mismo debe practicar si le hace pagador de legados, con la diferencia de que debe aplicarle los específicos, para que los dé à sus respectivos dueños, y no dinero por ellos, como cuando son genéricos. Por pagador de deudas se debe nombrar al mas abonado, fiel y exacto, con obligacion de acreditar à los coherederos la satisfaccion de ellas para su resguardo.

25. La décimaquinta y última regla es que por ningun título altere el contador la tasacion de los bienes, modificándola ó aumentándola, antes bien se arregle à ella para su aplicacion y

distribucion pues no es de su inspeccion, sino de la de los tasadores; y conforme esten valuados, ha de formar el cuerpo de caudal, y adjudicarlos para no exeder los limites de su oficio. Asi que, si entre ellos hubiere diamantes ú 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; ó que existan algunas de dichas alhajas que los interesados hayan llevado al matrimonio tasadas por todo su valor, y en el inventario consten por el intrínseco, real y verdadero que tienen, pues en este caso, ó ha de reducir el primero al efectivo del inventario (1), ó en su defecto aumentar el exceso al de este, porque estas piedras no se consumen ni deterioran, y asi no tienen pérdida; por cuya razon, y por no haberse trasferido su dominio al consocio, deben volver al socio que las llevó, hallándose en el mismo estado, por el precio en que las puso por fondo de la sociedad conyugal, pues de lo contrario seria perjudicado el consorte en el exceso que no era valor verdadero, sino aéreo ó imaginario. En la adjudicacion v. gr. de un aderezo ó de otra cosa que conste de varias piezas, no ha de hacer separacion de estas, sino aplicarlas todas (como que unidas componen y constituyen una completa) á un solo partícipe, porque de lo contrario pierde la estimacion que tiene con la union de todas; y si á ninguno cabe, véndase ó aplíquese segun se convengan los interesados; y lo mismo se debe practicar por la propia razon con bienes de otras clases que hacen juego, uniformidad y simetria. Si se tarda en hacer la particion, y algunos bienes muebles ó semovientes padecieron decremento, deberán tasarse nuevamente para evitar perjuicio, lo que hará presente á los interesados á fin de que los hagan valuar, y no aleguen despues perjuicio en su aplicacion, excepto que no quieran hacer este nuevo gasto.

26. En orden á si los contadores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones, parece que sí, porque una vez que lisa y llanamente aceptaron el encárgo, fue para todo, y no para la mera liquidacion; pero no obstante vi años pasados ejecutoria del Consejo en contrario en el caso siguiente. Nombraron de conformidad ciertos herederos un contador para que dividiese entre

1 Aqui padeció sin duda el autor una equivocacion, pues diciendo mas adelante que deben adjudicarse estas alhajas al consorte que las llevó al matrimonio, por el mismo precio en que las puso por fondo en

la sociedad conyugal, es claro que si es menor el valor por que se pusieron en el inventario, no debe el contador reducir á este el primero, sino al contrario aumentar el exceso al de este.

ellos la herencia; liquidó el caudal, y lo que á cada uno tocaba; y conociendo su caracter inquieto, les instó á que se juntasen en su casa á elegir bienes con presencia del inventario: se resistieron, diciéndole que se los aplicase, lo que rehusó, fundado en que ignoraba los que á cada uno acomodaban, y no queria luego publicasen que habia procedido con pasion, ó dijesen de agravios de la adjudicacion, y consumiesen la herencia. Viendo ellos su renuencia se quejaron al juez, el cual, oido el contador, les mandó juntarse en su casa; de cuya providencia apelaron, y se confirmó por el Consejo.

27. Aunque el juez ordinario y delegado no pueden enmendar ni revocar su sentencia despues de pronunciada y publicada por estarles prohibido, á causa de haber usado de todas sus facultades, y acabándose en aquel juicio su oficio; no milita esto para con los meros contadores, quienes ya sean nombrados de oficio, ó á pedimento de cualquiera 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; y aunque no se haya manifestado asi en el nombramiento, se entiende tácitamente; pero la enmienda ha de ser antes que el juez apruebe la particion (1), pues una vez aprobada no se les permite, por quanto espiraron su oficio y facultades.

1 Ley *Cum quid*, 3. ff. de reb. credit. Si certum petat. Ayor. de partition. part. 3. quest. 8.