

te insolubile videbitur, in l. illud, C. de collatio, in princip. vbi habetur, quod si pater emerit filio militiam solum teneatur conferre fratribus precium eius quanti vendi potuit tempore mortis patris, non autem precium quanti eam emit pater eo tempore quo eam comparauit filio, ecce ergo textus, qui expresse disponit, quod bona data à patre ipsi filio non aestimantur quoad collationem faciendam quantum valebant tempore, quo pater donauit filio, sed tempore mortis patris, sed his non obstantibus existimo prædictam conclusionem, quam supra tenui veram, & tenendam esse, quia ille textus in l. illud, C. de collation. loquitur in alio casu differenti in facto, & ratione, loquitur enim quando pater comparauit filio aliquam dignitatem, vel militiam, quæ personalis est, & non transmissibilis ad hæredes, nam tali casu si non possit vendi, nihil filius conferre tenetur, quia nihil in bonis suis habere videtur, licet pecunia patris empta sit, vt in l. i. §. nec Castrense, ff. de collat. bono. si vero talis sit dignitas, vel militia, quæ vendi possit, si non est transmissibilis hæredes, quia personalis est, tunc filius conferet aestimationem eius quanti vendi potuit tempore mortis patris, & non precium, quo comparata est, vel valebat tempore, quo pater eam comparauit filio, & hoc casu loquitur textus in dicta l. illud, & ita declarant ibi communiter omnes, conclusio vero nostra procedit, & locum habet quando pater comparauit, vel donauit filio alias res familiares, quæ ad hæredes transmitti possunt, nec pereunt cū persona filij, ratio diuersitatis hæc est, quod in militia empta per patrem, & donata filio nimis grauaretur filius, si precium quo empta est teneretur conferre fratribus ipse, vel eius hæredes, cum morte eius filij pereat militia, & nihil posset transmittere ad hæredes, maxime si in vita patris mortuus esset. Item, quia si viveret tempore mortis patris, tamen communiter istæ militiæ, vel officia plus

oneris, vel honoris habere solent, quam commodum pecuniarum, & cū sint personales, & morte finiantur, & cursu temporis minus valeant (quia quotidie proximior est morti, qui militiam non transmissibilem ad hæredes habet) iniquum euidenter esset obligare filium cum ignorantibus forte, vel inuito pater militiam comparauit, vt conferat precium, quod pro ea comparanda erogauit pater, id circo statuit ille textus in dicta l. illud, C. de collatio. quod non teneatur filius conferre ultra precium, quo vendi potuit tempore mortis patris, quia illud habere potest filius si vult eam vendere, si vero maluerit illam habere, illud precium conferat, quia non grauatur in eo (etiam si minus hodie cum collatio facienda est valuerit) & ideo statuitur quod solum precium conferat, quod valet tempore mortis patris, & non tempore, quo pater emit filio, in alijs autem rebus non aestimatis datis à patre, ideò conferendum est precium quod valebant eo tempore, cum pater dedit filio, quia certum precium & valorem habent, & non pereunt morte possidentis, sed ad hæredes transmittuntur, & in hoc precio nemo grauatur, quia vendere potuit filius quando cumque vellet, & habere sibi precium, ideo ipsum conferre tenetur filius, vel filia, quia statim dominium habent earum rerum, idcirco commodum, vel in commodum earum eos sequuntur secundum regulam iuris supradictam in lege pignus, & in lege quæ fortuitis, C. de pignorat. actione, & sic ille textus in dict. l. illud non contradicit supradictæ conclusioni, quia in alio casu dissimili loquitur.

¶ Teneo igitur resolutiue, quod quando pater, aut mater dedit filio, vel filia aliqua bona mobilia, vel immobilia in aestimata in dotem, vel donationem, propter nuptias, & mortuo patre de collatione eorum tractetur inter fratres, & hæredes patris, hæc res tali moderamine temperanda sit, quod

si bona, quæ pater dedit filiis, vel eis pecunia sua comparavit dignitas sit, vel militia personalis quæ vendi non potest, nec transmittitur ad hæredes, tunc filius eam conferre non tenetur, nec precium quod erogavit pater pro ea comparanda, vt in l. i. §. nec Castræ se, vbi notat Bart. quem sequuntur cõmuniter omnes, ff. de collatio. bonor. si vero talis sit malitia, quæ ad hæredes quidem non transit, sed cum persona finitur, vendi tamen potest, tunc filius tenebitur conferre estimationem eius non eam quem habuit tempore, quo comparata filio fuit à patre, sed tempore mortis patris, vt in l. illud, C. de collatio. vbi gloss. & communis sententia Doctores, quæ ita intelligenda est, vt supra diximus vtrunque proprijs rationibus, quas ibi assignauimus, si vero alia bona sint, sine estimatione data hoc pacto tacite, vel expresse (sicut semper intelligitur inter patrem & filium vt conferatur) quando dantur in dotem, vel donationem propter nuptias, vt tradit Bartol. & communiter omnes in l. pater filium, ff. de collatio. do. & in authen. ex testamento, C. de collatio. & in l. 29. de Toro, quæ habetur, l. 3. tit. 8. lib. 5. Recopilatio. tunc tenebitur filius vel filia conferre precium, quod iuste valebant tempore, quo pater eis tradidit siue estimatione fuerint, siue inæstimata (vt supra diximus) nec aliud de iure teneri potest, cū filij dominium earum rerum habeant, & regulariter cõmoda, vel incõmoda interitus, vel deterioratio sequuntur dominum, licet quoad maritum liberetur morte, vel deterioratione ipsarum cum sit debitor speciei, vt supra definitum est, si autem contrarium teneretur multa absurda, & fraudes sequerentur, vt in tali specie euidenter apparebit, ponamus enim quod pater comparavit filio propter nuptias, vt onera matrimonij sustineat, gregem ouium, vel boum, vel dedit alia bona mobilia ad vsum, vel ornatum domus suæ quæ vsu consumuntur, vel ea dedit in

dotem filijs, sciens autem filius quod non tenetur conferre precium quod valebant tempore, quo recepit vtitur molibus plusquam deceat, vel animalia, quæ quotidie senescunt, & minus valent noluit vendere, vt precium eorum saluum faciat (vt quilibet diligens pater familias facere consuevit) vt fructibus, vel laboribus eorum potiatur (licet illa animalia periculum patiantur, vel moriantur) certè iniquum, & contra ius esset, vt solum conferat talia bona nimis detrita, vel consumpta in vsus suos, vel dolo, aut culpa sua perempta vel consumpta, qualia sint tempore mortis patris, apperiretur enim via fraudibus, quod fieri non debet, vt in l. conuenire. La segunda, ff. de pactis dot. cum similibus, idè necessario dicendum est, quod aut filius teneatur conferre precium & valorem, quæ dicta bona habebant tempore, quo sibi tradita sunt à patre, vel saltem teneatur prestare culpam, & negligentiam, quam habuit, vt dicta bona perirent, vel deteriorarentur, vt in cæteris contractibus fit quando culpa precessit casum, vt in l. si vehenda, §. poen. ff. ad legem Rod. de iactu, vbi not. Bart. & ceteri Scribentes, & in l. quod nerua, ff. de po. sed prim. conclusio verior est, & multas quæstiones derimit, vt supra diximus.

¶ Quinto quæro. Si estos dos tassadores conformes, ò los dos, de tres con el nombrado por la justicia, ò por las partes, como está dicho, hiziesen la tassación y aprecio injustamente, de tal manera, que lo que vale mucho tassassen en poco, ò lo que vale poco tassassen en mucho, que remedio tendría el agraviado para deshazer esta tassación, y hazer que se tassassen estos bienes en lo justo? Dixit aliquis & fortasse recte dictum æstimabitur à multis, ad quid inuestigatio ista proderit, quia videtur parum utilitatis habere cum si æstimentur hæc bona hæreditaria plus, vel minus quam valent cum eadem sint diuidenda inter cohæredes, & sibi remanere debeant, nihil interest

29 *sea maior, sino es à luego pagar*. Vt ex textus notabilis, vbi not. Bart. & Alberic. & ceteri Scribentes in l. in lege falcid. hoc esse seruandum in fine, ff. ad l. falcid. & in l. à Diuo Pio, §. sed si emptor, ff. de re iudic. quod intelligi debet, nisi de consensu omnium coheredum velint illam rem vendere data dilatione emptori ad soluendum, argument. tex. & quæ ibi notan. Doctores in cap. quia propter, §. vel saltem, vbi glos. in verbo, vice omnium de electio. & in capit. in causis eo. tit. & in cap. cum omnes de constit. & in regula iuris quod omnes tangit de reg. iur. in 6.

30 ¶ Sexto quæro, quò tempore, se ha de hazer la puja que puede hazer el coheredero sobre el precio que hizieron los cõtadores, ò apreciadores de los bienes del inuentario. Respondeo, que se ha de hazer luego como se hizieron los apreciados por los tassadores, ò cõtadores puestos por las partes antes que passen adelante en la particion, y se hazan las adjudicaciones à las partes de los bienes que han de auer cada vno en su parte por arbitrio de los partidores, ò por suerte, como se dira adelante, porque sino cõtadixessen los apreciados hechos por los tassadores, luego como se hizieron y viniéron à noticia de las partes, seria visto consentirlos tacita ò expressamēte, el dia q̄ se les de traslado dello, y se les notifica, y no lo contradizen, argum. tex. & quæ ibi notat Doctores in l. si eo tempore, C. de remis. pign. & in regu. iuris qui tacet. de reg. iur. lib. 6. quod habet euidentem rationē, nam si cohæres expectaret ad faciendam dictam licitationem, quæ in vulgari dicitur, puja, in bonis hæreditarijs post diuisionem, vel adjudicationes eorum factas dolo, vel caliditate fecisse videretur, quia nullum grauamen sustinuerit in aprecijs factis ab arbitris, vel æstimatoribus, etiamsi minoris æstimauerint res hæreditarias, quàm valeant, cum illud damnū æquale fuerit omnibus cohæredibus, & æqualiter ea sustinuerit, & posset illa

res, quæ minus quam valeat æstimata fuerit sibi adiudicari in diuisione, vel adjudicatione facta ab arbitris, vel sorte sibi obuenire in illo precio, ideò frustra peteret in hoc casu cuius contrarium esset postulaturus si res sibi adjudicata esset, vel sorte sibi obueniret, pro quo bene facit regula iuris, & quæ ibi tradit Dinus, & ceteri Scribentes in cap. factum legitime de reg. iur. lib. 6. & facit tex. in l. cum in fundo, §. quod si maritus, ff. de iure dori.

31 ¶ Octauo quæro. *Si despues de hechos los apreciados de los bienes del inuentario, y dado dello traslado à las partes, y no auiendo dicho contra ellos, y auiendo se hecho despues las adjudicaciones de las partes que à cada vno pertenece, si vno de los coherederos fuesse menor, y pidiesse restitucion, diziendo, que en vna de las piezas que le fueron adjudicadas, fue engañado, ò agrauado, porque vale mucho menos de lo que fue apreciada por los tassadores, si podra ser restituydo contra la dicha tassacion, y se le aya de suprir lo que menos vale de bienes de la herencia, los otros coherederos dizen, que no se puede restituyr contra este capitulo de la particion, aunque aquella pieza este apreciada en mas de lo que vale, porque tambien tienen ellos algunas cosas cargadas en mas de lo que valen, y pasaron por ello, respecto que esta pieza que eupo al menor, tambien estaua cargada en mas de lo que valia, y dizen, que ò se ha de boluer à deshazer, y hazer de nueuo toda la particion, ò el menor ha de estar por el dicho precio, y adjudicacion que le fue hecha.* Certæ ista quæstio contingibilis est, & quoti die versatur in iudicijs, & super ea cõtenditur non solum à minoribus, sed à maioribus, quando in æstimatione alicuius rei sibi adiudicatæ multum grauantur, ideò ad eam oportet diligenter aduertere, & videtur quod minor debeat in hac specie in integrum restitui, cum hoc capitulum suæ adjudicationis sibi factæ sit separabile, & non connexum alijs capitulis de alijs rebus sibi adjudicatis

tis, vt ex textus notabilis, qui ita vide-
 tut diffinire in l. etiam si à patre, §. ex
 causa, ff. de mino, vbi Bart. & Alberic.
 ad hoc not. illum textum. *Pero en el ca-
 so propuesto parece que se deve tener lo
 contrario, imo, que aunque sea menor, no
 se puede restituyr contra este capitulo de
 la particion, por auersele adjudicado, y car-
 gado aquella pieça en mas de lo que va-
 lia, porque el menor en este caso hizo lo
 que el mayor, y qualquier hombre diligen-
 te hiziera, que fue consentir en los di-
 chos aprecios hechos por los apreciadores,
 como lo consintieron los otros sus coherede-
 ros, porque el daño, ò prouecho desto, era
 incierto, è ygal de todos, y no se entendia
 à qual dellos auia de caber aquella pieça,
 maxime, si auia otras tambien cargadas
 mas de lo que valian, vt communiter fie-
 ri solet in partitionibus, y siendo como
 fue en prouecho del, y de todos los herede-
 ros, no puede el menor restituyrse contra
 ello. Quia in hoc nõ videtur læsus, nec
 restitui debet, etiam si sit minor, vt in
 l. non videtur, C. de integr. restitu. mi-
 no. vbi notat Doctores, cuius verba
 sunt, non videtur circumscribitus esse
 minor, qui iure sit vsus communi, idẽ
 probat textus in l. verum, §. sciendum,
 & in §. item non restituetur, ff. eod. tit.
 de minor. nec obstat tex. in d. l. etiam,
 §. ex causa, ff. de minor. quia alio casu
 ibi loquitur puta in sententia, quæ ha-
 bet plura capitula separata, & non con-
 nexa, tunc enim minor in vno capitu-
 lo grauatus potest in eo restitui nos lo-
 quimur in aprecijs communiter fa-
 ctis, quæ commodum, vel incommo-
 dum, quoad omnes cohæredes conti-
 nent indiuisum, in quibus nemo gra-
 uatur, imo commodum omnium cohæ-
 redum habeant, etiam ipsius minoris,
 cum partem precij ipsius rei, quæ plu-
 ris, quam valeat æstimata est habeat,
 vel habere debeat in parte sua, & alia-
 rum rerum, quæ similiter plus iusto æs-
 timatæ fuerint, & adjudicatæ cohære-
 dibus suis quæ quidem species nostri
 casus diuersam rationẽ habet ab illo ca-
 su posito in dicta l. etiam, §. si ex causa
 si bene consideretur, imo, ille textus*

facit pro nobis, & opinionẽ nostram su-
 pra relata, nam in connexis, & insepa-
 rabilibus minor non potest restitui,
 etiam si in vno capitulo grauetur, vt
 statuit ille textus, sed in casu nostro, &
 specie supra posita idem contingit, nõ
 si minor fuerit grauatus in precio, &
 ad iudicatione illius rei, cohæredes si-
 militer grauati sunt in alijs, & sic tali-
 ter sunt connexa, & in separabilia,
 quod non possit minor in illo capitu-
 lo restitui, nisi cohæredes similiter in
 alijs restituantur, quia restituto mi-
 nore, etiam maior in iure suo restitui
 debet, ita vt vnusquisque in integrum
 ius suum recipiat, vt in l. quod si mi-
 nor, §. restitutio, ff. de mino. idẽ ne-
 cesse esset restituto minore ad vnum
 capitulum dictæ partitionis, & ad iudi-
 cationis sibi factæ totam partionem
 euertere, vt vnusquisque cohæredum
 ius suum reciperet, quod fieri non de-
 bet, ex ratione illius textus in dicta l.
 etiam, §. ex causa, & alijs rationibus su-
 prædictis, & hoc procederet sine du-
 bio, si forte factæ essent prædictæ ad-
 iudicationes omnibus cohæredibus,
 nam sorte nemo grauatur, vt in l. fin.
 in princip. C. communia delegat. &
 in l. i. C. quãdo & quibus, quarta pars
 debe. vbi not. Doctores, & in l. ad offi-
 cium per Alberic. C. commun. diuid.
 & expressius Bald. in l. ait prætor in §.
 fin. de mino. ff. *Pero en vn caso se podria
 limitar esta conclusion, y que el menor, o
 el mayor pudieffen venir contra la dicha
 tassacion y adjudicacion que huieffen he-
 cho los contadores arbiros si pareciesse
 que vna cosa de la herencia fuesse tassa-
 da en mucho mas de lo que valia, y no hu-
 uiesse otras que estuieffen tan cargadas,
 y esta sin sortearla la adjudicassen a vno
 de los coherederos, ora fuesse menor ò ma-
 yor, en tal caso por via de querella, o red-
 ucion à aluedrio de buen varon, se podria
 pedir ante el juez ordinario que se desh-
 ziesse este agrauio, de manera, que todos
 los coherederos participassen del, o lo su-
 plieffen, (vt supra diximus) in æstima-
 toribus quando grauarent in appre-
 cijs, seu æstimationibus bonorum, ma-
 xime*

xime quod quando arbitri multum lædunt in suis sententijs censentur dolo facere, & partes, quæ eos elegerunt non tenentur stare suæ sententiæ propter dolum præsumptum, vt habetur in l. arbitrorum, C. de recept. arbit. vbi not. Bald. Salic. & Paul. & cæteri Scribentes, nec obstat quod in superioribus diximus, quod data copia cohæredibus de aprecijs factis ab arbitris, vel æstimatoribus si non contradixerint videntur tacite approbare, vel consentire dictis aprecijs, & ideò cohæres maior ætate non potest contravenire, quia illud verum est, *quanto à los aprecijs, pero en el caso arriba dicho no viene el mayor ni el menor contra los aprecijs, sino contra el agrauio que haze el contador, o arbitro partidor en adjudicar esta cosa toda à vno estando tan cargada en mas de lo que vale, sin sortearla, sin aplicar parte della à otro, y auer adjudicado otras cosas de mas estimacion a los otros coherederos que estan menos cargadas, sin dar à este agrauiado parte dellas.* Quod regulariter emendari debet, & reduci ad arbitrium boni viri, vt in l. societatem, §. arbitrorum, & quæ ibi notat Bart. & Alber. & cæteri, ff. pro Socio.

34 ¶ Nono quæro. Pro maiore declaratione eorum quæ supradieta sunt. *si vno de los coherederos quisiesse pujar vna pieça, o haza de las tierras de vn cortijo, o heredad que fuesse muy buena, en mas de lo que los tassadores la apreciaron estando toda la heredad, o el cortijo tassado à tanto la fanega vna con otra, y no hiziesse puja en todas, si lo podria hazer?* Respondeo, que no lo puede hazer, sino que las ha de pujar todas, o ninguna, argum. text. & quæ ibi not. Doctores in l. cum eiusdem, ff. de edili. edict. & in l. quæ omnia cum duabus sequentibus, ff. de procu. & expressius in l. Meuius, §. fin. ff. fam. hercis. cum. & in l. 71. Tauri, quæ habetur, l. 10. tit. 11. libr. 5. Recopil. & facit text. in sua ratione in allegata, l. etiam, §. 1. ff. de mino. quia in connexis & inseparabilibus non po-

test quis approbare vnum, & reprobare aliud, sed aut omnia approbare, aut omnia reprobare debet, vt in dictis iuribus, vbi not. Doctores.

35 ¶ Decimo quæro. *si los dichos apreciados hechos por los dichos tassadores nombrados por las partes, prejudicaran à los acreedores, o legatarios sino se hallaron presentes en la particion, ni fueren citados.* Respondeo, quæ regulariter, los dichos apreciados, ni la particion hecha entre los coherederos, no prejudicara los acreedores, text. est expressus, & notabilis in l. si is qui fundū, ff. de usufructu leg. vbi not. Bart. & Alberi. & cæteri Scribentes, & expressius in l. 1. in princip. verfic. cum dicitur, ff. si cui plusquam per leg. fal. & facit text. in l. Iulianus, §. idē Celsus, ff. de actio. empt. & in l. communi diuidundo, §. si debitor, ff. commu. diuid. & in l. si cui, C. de non numer. pecun. & l. seruos, ff. famil. hercis. Sed quia hæc res distinctionem recipit, ideò in hac re sic distinguendum puto. *O la particion se haze voluntariamente entre los herederos y la muger del defunto, ò entre los coherederos sin mandato ò autoridad de juez, y en este caso, si ne dubio, no perjudica à los acreedores, ni à otro tercero alguno, ora tenga acciò personal, ò real, ò hypotecaria.* Hic est casus in dicta l. si cui, C. de non num. pecun. & l. Iulianus, §. idem Celsus, ff. de actio. empt. ibi, & antequam traderes coactus æs iudicium communi diuidundo accipere, & ibi not. Doctores, maxime Paulus Castrensis, & Alberic. & Bart. in dicta lege is qui fundū, ff. de usufructu lega. *O la particion se haze por autoridad de justicia pidiendola vno de los coherederos, ò particioneros, q̄ tienen parte en los dichos bienes, de manera, que la particion no es voluntaria, sino necessaria.* En tal caso, si los acreedores tienen hypoteca, ò derecho real en los bienes de la herencia, de cuya diuision se trata, y no les puede perjudicar la particion y apreciados que de los dichos bienes se huieren hecho, antes si à su pedimiento de los tales acreedores se hiziesse la particion,

ciò, ò enagenaciò, prejudicaria à los herederos, ò particioneros q̄ tienē parte en ella lo que se hiziesse en los dichos bienes por los acreedores, por autoridad de justicia, porque tienen el mismo poder q̄ el defunto q̄ hypotecò los dichos bienes à la deuda. Hic est casus in dicta l. communi diuidendo, §. si debitor, ff. cõmuni. diuid. O los acreedores no tienē derecho. real en los dichos bienes, sino personal solamente, en tal caso los perjudica lo q̄ hizieron las partes y coherederos, sino huuiesse interuenido en ello alguna fraude, ò engaño. Vt d. l. Iulianus, §. idem Celsus, ff. de act. empt. iuncta l. si cui, C. de non num. pecun. *Y así se cõcluye y resuelue, q̄ los dichos aprecio perjudica à los acreedores quando la particion es necessaria, y se haze cõ autoridad de juez, saluo si en ello ouiesse alguna fraude ò engaño en su perjuizio, que entonces podian venir cõtra ello, y no de otra manera.*

36 ¶ Undecimo quæro. Si alguno de los coherederos contradize, q̄ no se pongã en el inuētario algunos bienes de los q̄ dexò el defunto, porq̄ dize q̄ son suyos, porq̄ el padre en su vida se los auia donado, ò el los auia dado prestados à su padre, ò madre, ò q̄ el padre, ò la madre se los mãdò al hijo en su testamento, y q̄ por esto no se hã de partir ni poner en el inuētario, ni hazer aprecio dellos, ò por otras causas, si por esto se dexaran de poner en el inuētario, ò apreciarlos como los demas bienes? Respõdeo. *Quesi cõstasse por confession de los coherederos, ò por informaciõ sumaria, q̄ estos bienes q̄ dexò el defunto, no eran suyos sino agenos, ò de vno de los coherederos, no se pondran en el inuētario, à lo menos no se apreciaran ni partiran entre los herederos, sino que los contadores los adjudicaran à aquel cuyos eran, ò le fueron mandados por el testador, vt in l. si qua, C. fam. heriscun. & l. si id quod, & l. hæredes eius, §. quod pro emptore, ff. eodẽ tit. famil. herisc. cum hæc omnia indicentia in diuisione hæreditatis summatim officio iudicis expediantur eo modo quo facilius, & æquius diuisio perficiatur, vt*

tenet gl. & Doctores in d. l. si id quod contendis, ff. famil. herisc. Alber. & alij in l. ad officiũ, C. cõmu. diuid. & l. 10. tit. 15. p. 6. & latius infradicetur, si autẽ coheredes hoc negarẽt dicerẽtq; rẽ istã esse hæreditariã, & de hoc constare nõ possit cũ hoc altiorẽ indaginẽ requirat reseruãdũ est in directũ, vel ordinariũ iudicium, res autem ipsa inuenta in bonis defuncti describetur in inuentario, & in diuisionem veniet sine præiudicio iuris vtriusque partis, vt in simili not. DD. in l. 3. §. ibidẽ, ff. ad exhibendum, & in l. ille à quo, §. si de testamento, ff. ad Trebel. & in l. à Diuo Pio, §. si super rebus, ff. de re iudi. *Pero esto se entiẽde, quando todos los coherederos possesyessen los bienes hereditarios, pero si el q̄ pide la particion no possesyesse los bienes hereditarios, o algunos dellos, y el reo los possesyesse y negasse q̄ el actor sea coheredero, en tal caso no halugar tratarse el juyzio diuisorio, ni el actor ha de ser oydo sobre ello hasta q̄ pida su parte de la herẽcia. Per petitionẽ hæreditatis, vel rei vendicationẽ, & declaretur hæres ex parte, vel rẽ illã ad se pertinere ex parte, vt in l. 1. ff. famil. herisc. vbi notat glos. Alberic. & cæteri DD. Y lo mismo sera si vno de los coherederos possede alguna cosa por titulo de donacion, ò cõpra del defunto. Nã cõtra eũ nõ datur hæc actio. famil. heriscũde, nec petitio hæreditatis, sed reivẽdicatione cõueniẽdus est, vt in l. si id quod contendis, & l. hæredes eius, §. quod pro emptore, vbi not. Bart. & Bald. ff. fam. herisc. post glos. Pero si el padre o la madre le mãdò al hijo alguna cosa de sus bienes de necesidad se hã de poner en el inuētario, y se apreciarã, porq̄ de otra manera no se podria hazer la particiõ para saber si cabe en el quinto, o no, o si se ha de sacar del quinto cõ las otras mandas pias, o qual dellas se ha de preferir sino caben entrãbas en el quinto, y para otros muchos efectos. Qui in partitionibus cõtingũt sine quibus diuisio expediri non potest.*

37 ¶ Duodecimo quæro. Si el vno de los coherederos tomò alguna cosa de la herẽcia

herencia, ò hizo algún daño en ella, si los contadores le haran cargo dello, y se pondra en el inuentario por cuerpo de hazie da? Respondeo, lo mismo que en la ques tion precedente, que si el heredero lo confessa, ò puede constar dello sumariamen te se pondra el inuentario, y vendra en la particion como los dem as bienes de la he rencia, alias, se remitara al juyzio ordina rio y se adjudicara à cada vno de los cohe rederos la parte desta deuda incierta sin perjuyzio de las partes. Et ita seruator, & probatur in lege incerti iuris, & quæ ibi not. Doctores, C. famil. her cisc. & in l. i. §. si hæres percepto fun do, ff. ad Trebel. quod intelligendum est de re subtracta, vel deteriorata post mortē defuncti, quod si ante mor tem patris, vel defuncti, id factum es set non veniet in hoc iudicio diuiso rio, sed alio iudicio ordinario agen dum esset, vt in l. & puto, §. sed si dolo ff. famil. herciscun. & ibi notant Do ctores, & in dicta l. incerti, C. eodem tit.

38 ¶ Decimo tertio quæro. Si el testa dor mandò que vna casa, ò viña que tenia se diesse à vn extraño, ò à vno de sus hi jos, por cierto precio, y valiesse mucho mas exempli gratia, si valiesse quatrocientos ducados, el testador se la mandasse en do zientos, que se pondra en el inuentario la casa, ò el precio que el testador man dò que se diesse por ella, ò el precio justo que vale, ò en quãto la apreciarã los testa dores? Respõd eo, q̄ se põdra en el inuen tario la misma cosa, y se tassara en el mis mo precio q̄ vale, q̄ son quatrocientos duca dos: pero quãto al legado q̄ fue hecho desta casa, en quãto el testador mãdò q̄ se diesse por doziētos, se estimara en doziētos, pues el legatario paga los otros doziētos, q̄ va lia la casa ò la viña que el testador mãdò q̄ se diesse por doziētos valiēdo quatrociē tos. Textus est notabilis vbi notãt DD. in l. si dignū, ff. ad legē falci. & in l. in ratione legis falci. 30. §. vèdere eod. tit. quod habet euidentē rationē. Tãsi sepõdrã los doziētos ducados por lega do, y manda graciosa para q̄ se saque del

quinto, y los otros doziētos q̄ ha de pagar el legatario por bienes partibles entre los herederos.

39 ¶ Decimo quarto quæro. Si estos aprecio, y particion que se ha hecho entre la muger, y los herederos del marido, per judicara à los acreedores, ò à otros terce ros, vt hodie pendet in tali specie, he cha la particiõ entre la muger y los here deros del marido, parece que no huuo bie nes para acabar de pagar la dote de la mu ger, segun los aprecio que hizieron los tas sadores: la muger cõ testimonio destes au tos pide à los terceros poseedores de a gu nos bienes que el marido auia vendido, por la hypoteca de su dote, q̄ se los entre guē, ò le acaben de pagar lo q̄ le faltò por entregar de su dote, el tercero poseedor dize, q̄ los bienes q̄ dexò el marido valen mas de lo q̄ tassarõ los apreciadores, y que aquella tassaciõ no perjudica mas de à los q̄ nõbrarõ los tassadores, quid iuris sit, si por la vna parte ni la otra ay prouança q̄ valã mas ò menos estos bienes q̄ dexò el marido. Respondeo, q̄ si ay prouança q̄ va liã mas, ò aquel aprecio est à justo, aquello se ha de guardar: pero sino ay prouanças. In dubio, no les perjudica à los acreedores, ni à otros terceros estos aprecio hechos por los cõtadores y apreciadores que hizie ron la parcicion. Vt est textus in l. is qui fundū, ff. de vsufruct. leg. vbi not. Bar. Alber. & cæteri Scribētes tex. magis expreffus in l. i. circa mediū, vers. cū dicitur, ff. si cui plusquã per lege falci. cuius verba sunt, cum dicitur lex fal cidia locū habere arbiter dari solet ad in eundam quantitatem bonorū, ta met si vnus aliquod modicū fideicõ missum persequatur, quæ computa tio præiudicare non debet cæteris, qui ad arbitrium immisi non sunt. Ad idem est textus notabilis in l. seruos, ff. famil. herciscun. ibi, tēpore diuisio nis æstimatis non emendi, sed diui dendi animo precijs abscriptis videti placuit.

40 ¶ Decimo quinto quæro. Si la cama, ò lecho quotidiano que gana el marido, ò la muger, que queda viuo con-

conforme à la ley del fuero, tit. 6. libr. 3. l. 6. se pondra en el inuentario, y se aprecia-
 ra con los otros bienes de la herencia. Et
 videtur quod non sit necesse idpone, 4 I
 vel describi in inuentario, cum sit res
 aliena, non heredis, nam superstes cō-
 iux id lucratur ex dispositione legis,
 nec ad heredem pertinet, ideò des-
 cribi in inuentario necesse nō est, nisi
 hæres in eare aliquod ius habeat, vel
 periculum eius ad eum pertineat, vt
 ff. de petitio. hered. l. & non tantum in
 prin. & in §. veniunt. Pero lo contrario
 se deue de tener en este caso, y que se aya
 de poner en el inuentario el lecho quoti-
 diano, porque aunque respecto de los hi-
 jos y herederos no sea necessario ponerse
 en el inuentario, pero respecto de los acree-
 dores, es necessario que se ponga y aprecie
 lo que se da à la muger, o al marido, por el
 lecho quotidiano, porque se podria dudar
 si aquel lecho que le dieron era quotidiana
 uo ò precioso, y festiual, y no el en que quo-
 tidianamente dormian marido y muger,
 en lo qual podrian los acreedores recibir
 agrauio si los contadores le diessen à la
 muger el lecho mas precioso, y no el quoti-
 diano, supuesto que la ley no da al que que-
 da viuo la cama en que dormian algunas
 vezes en fiestas ò dias de respecto, sino el
 quotidiano y ordinario. Vt in d. l. fori,
 quæ de quotidiano loquitur, & quod
 lectus preciosus non debeat vxori,
 tenet expresse Bald. Angel. in lege ple-
 num, §. æquiti j, ff. de vsu. & habi. quos
 refert additionator Pala. Rub. in repe.
 rubri. §. i. n. 9. quia talis lectus non
 conuenit viduis & licet loquantur in
 dispositione hominis, scilicet quando
 legatur lectus quotidianus, idem dicē-
 dum est in dispositione legis cum sit
 eadē ratio. No segundo, porq̄ sino de casse
 el marido bienes de q̄ pagar todas sus deu-
 das, parece q̄ se han de preferir los acree-
 dores en sus deudas, y ser primero paga-
 dos que la muger en el lecho quotidiano,
 que pretende causa lucratiua, y los acree-
 dores causa onerosa. Vt latius infra dice-
 tur quæst. proxima, & sic necesse est,
 vt describantur in inuentario, vt cre-

ditores ius suum persequantur aduer-
 sus vxorem, vel coniugem supersti-
 tē, qui lectum quotidianū receperūt.
 ¶ Decimo sexto quero. Si el mari-
 do defuncto dexo tantas deudas, q̄ no bas-
 ta la herencia para pagar a sus acreedo-
 res, si en tal caso lleuara la muger el lecho
 quotidiano q̄ dispone la ley del fuero, tit.
 6. libr. 3. l. 6. ò lo lleuara los acreedores pa-
 ra hazerse pagados de sus deudas. In qua
 re sic distinguendū erit. O este lecho quo-
 tidiano q̄ q̄do à la muger muerto el mari-
 do, era de sus bienes propios dotales q̄ lleuo
 la muger à poder del marido, y en tal caso
 la muger se hade preferir à los acreedores
 del marido por ser bienes suyos conocidos,
 ora fuesse apreciados en la carta de dote,
 ora por apreciar: porq̄ secundū legū sub-
 tilitatem videntur esse bona propria
 mariti, quia in eum dominium transi-
 uit, tamen quia ab initio eadem res ip-
 sius vxoris fuerunt, & naturaliter in
 eius dominio permanserunt, ideò rei
 veritas cōfusa non est, & vxor prefer-
 ri debet creditoribus, vt in l. in rebus.
 C. de iur. dot. & in l. assiduis, C. qui
 potiores in pig. habea. Pero si este lecho
 quotidiano fuesse de los bienes propios
 del marido, tendrian mejor derecho que
 la muger si tienen hypoteca especial en
 ellos, porque pretenden causa onerosa, y la
 muger causa lucratiua. Ideò præferride-
 bent creditores mariti, vt in l. qui au-
 tem, §. penul. versic. simili que modo,
 ff. de his qui in frau. cred. & in l. si. §. &
 si præfactam, versic. licentia creditoti-
 bus non deneganda, C. de iure deli-
 beran. Pero no bastaria la hypoteca gene-
 ral. Quia in generali hypochea non
 veniunt ea quæ verisimiliter quis nō
 esset obligaturus, vt in l. obligatione
 generali, ff. de pigno. Tertio vero ca-
 sū. Quando esse lecho quotidiano fuesse
 ganado, y mejorado durante su matrimo-
 nio. Tunc distinguendum erit. O los
 acreedores del marido se hizieron duran-
 te el matrimonio, y sera lo mismo q̄ en el
 caso precedente, que seran preferidos à la
 muger los acreedores, porq̄ ella misma es-
 tà obligada por su mitad à las deudas, du-
 rante

rante el matrimonio, vt in l. 14. tit. 20. lib. 3. fori, & hodie l. 9. tit. 9. lib. 5. recop. & l. 60. Tauri. & no ay ganancias hasta ser sacadas y pagadas las deudas hechas durante la cōpañia y matrimonio entre el marido y la muger, vt in eisdē legibus notatur, & in l. quintus Mutius, ff. pro Socio. Pero si las deudas se ouies- sen causado por el marido antes del matrimonio con esta muger q̄ pide el lecho quotidiano, à lo menos quanto à la mitad del lecho quotidiano se preferira la muger à los acreedores del marido, porq̄ esta no la tiene por causa lucratiua, sino por causa onerosa, videlicet ex cōtractu societatis, qui inducitur per matrimo- niū cū marito cōtractū, per l. Regiā su- pradiētā, & quia in illa medietate vxor acquisiuit diminiū, sicut aliorū lucrōrū, durante el matrimonio, acqui- sitorū, cum ergo in illa medietate ma- ritus dominiū non habeat, non pos- sunt crēditores eius dominiū alterius puta vxoris pro suo debito, quod eis à marito debetur auellere, vt in l. 1. & toto tit. C. ne vxor pro marito conue- nia. & l. 14. tit. 20. lib. 3. fori.

- 1 **Q**ue persone possunt nominari vel à partibus eligi ad diuisionem faciendam, qui vulgo contadores ap- pelantur.
- 2 Acta ab arbitris, vel calculatoribus fa- cta non sunt iudicialia, ideo minor 25. annis potest esse arbiter, vel calculator.
- 3 Arbiter vel calculator potest esse infamis infamia iuris.
- 4 Arbiter vel calculator à partibus cle- ctus an possit compelli per iudicem, vt acceptet, officium sibi commis- sum.
- 5 Arbitri vel calculatores electi si discor- dent an possint compelli per iudicem, vt tertium eligant.
- 6 Arbitris vel calculatoribus electis à partibus dissentientibus iudex elige- re debet tertium, vt valeat quod duo vel maior pars iudicauerint.
- 7 Si isti tres arbitri electi à partibus, & iudice inter se dissentiat, an valeat quod maior pars fecerit, & quando

valere debeat.

- 8 Decisio tex. in l. diem, S. si plures, ff. de recep. arbi. non habet locum in arbi- tris electis ad aestimationem rerum fa- ciendam.
- 9 An recusari possit arbiter, vel calcula- tor ab vno nominatus si cognatus eius, vel multum amicus sit.
- 10 Arbitri electi ad diuisionem bonorum faciendam non proprie sunt, nec dici possunt arbitri iuris, nec arbitri arbi- tratores.
- 11 Arbitri ad diuisionem faciendam ele- cti aliquam iurisdictionem habent, & adiudicationes bonorum communium facere possunt.
- 12 Arbitri ad diuidendum dati si delega- ti, vel nominati sunt à iudice recusari possunt etiam sine causa cum solo iura, partis, & in totum abstinere debet à causa cognitione, & an hoc indistincte procedat.
- 13 Declaratur text. in cap. nouit de appel- latio.
- 14 Quando requiratur causa iusta recu- sandi arbitrum ad diuisionem facien- dam datum.
- 15 An probata causa iusta recusationis remouebitur in totum arbiter datus ad diuisionem faciendam, vel ei asso- tiabitur alius.
- 16 Qua causa sufficiant ad recusandū ar- bitrum datum à consensu partium ad diuisionem faciendam.
- 17 An appellari possit à iudicio arbitro- rum ad diuisionem faciendam datorū si aliquam partem grauauerint.
- 18 Ab actibus extraiudicialibus appella- ri debet infra terminum appellandi in actibus iudicialibus.
- 19 Si non appelletur à sententia, vel iu- dicio arbitrorum ad diuidendum da- torū possunt partes grauatae, qua non appellauerunt ab eis post translatum tempus appellationis contradicere, & petere cessetur iudicium eorum.
- 20 De arbitris qui ad rationes calculan- das dari solent, qui vulgo contadores appellantur latissime tractatur.
- 21 An arbitri calculatores, qui solum ad

- rationem, vel calculationem faciendā dari solent, possint ultra ea procedere & cōdemnare tutores, vel administratores in aliquo interesse.
- 22 Tutores vel curatores, qui de iure civili condemnari solebant in usuris pupillaribus etiam hodie de iure canonico condemnari debent in interesse, vel accessionibus licitis.
- 23 Tutor vel curator qui pecuniam pupillarem nō collocavit in emptionem pradiorum, vel redditus quos redegerit ex bonis, aut pradijs pupilli tenetur ad interesse licitum.
- 24 Arbitri calculatores, qui ad rationes faciendas dantur regulariter non possunt aliquam cōdemnationē facere in reliquis, nec in usuris, vel interesse.
- 25 Arbitri calculatores, quibus à iudice commissum est, ut cognoscant, & iudicent de illo articulo rationum possunt cōdemnationem reliquorum cum interesse facere.
- 26 A cōdemnatione facta, à iudicibus vel arbitris ad calculandum rationes datis, non est necesse appellare, quia iurisdictionem non habent nisi commissus sit eis à iudice ille articulus.
- 27 Si arbitri ad calculandum rationes dati condemnent tutores vel curatores in reliquis, & usuris, vel interesse earū pecuniarum, quas non collocauerunt in emptionem pradiorum, an iudex teneatur illud sequi iudicium, & cōdemnationem facere.
- 28 Tutor qui pecuniam pupillarem, nō collocavit in emptionem pradiorum, sed in usus suos conuertit tenetur ad grauiores usuras, vel interesse, quā in illa prouincia frequentatur, & idem erit de pecunia redacta ex fructibus pradiorū minoris si eā nō collocauerit ibidē.
- 29 Tutor non est comdenandus in usuris, vel interesse ob pecuniam minoris, vel pupilli nō collocatā in emptionem pradiorum, nisi aperte cōuincatur causa cognitā in usus suos conuertisse.
- 30 Tutor qui pecuniam pupillarem non collocavit in emptionem pradiorum, licet non conuertat eam in usus suos ta-

men condemnari debet in usuris, vel interesse moderatis secundum consuetudinem prouincia.

- 31 Tutor vel curator, qui non collocavit pecuniam pupillarem in emptionem pradiorum, quia eam nō recuperavit à debitoribus pupilli, etiamsi negligentia sua non exegit à debitoribus non tenetur ad aliquas usuras vel interesse.
- 32 Quando pecunia pupillaris est necessaria ad alimenta pupilli, vel ad culturā pradiorum, vel alia necessaria, vel deductis alimentis, & alijs expensis necessarijs superest parua quantitas, non tenetur tutor eā collocare, nec ad usuras, vel interesse.
- 33 Quando pupillus potest alimentari ex fructibus pradiorum suorum non tenetur tutor ad usuras, nec interesse ex eo quod pecuniam pupillarem non collocavit, quia non tenetur hoc casu in emptionem pradiorum collocare, sed eam seruare pupillo.
- 34 Defuncto tutore heredes eius nō tenentur ad usuras, vel interesse ex eo quod tutor non collocauerit pecuniam pupillarem in emptionem pradiorum, nisi ob dolum, vel culpā latam, id omisserit.
- 35 Heredes tutorū nō tenentur pupillo de leui culpa tutoris, licet ipse tutor si ueretur teneretur.

DE PERSONIS ARBITRORUM, qui vulgo contadores appellantur ad diuisionem bonorum faciendam.

CAPVT III.



- ISO de inuentario, & eius effectū, & derebus in inuentario positis, & aprecijs seu æstimationibus earum nunc oportune videndum est de personis arbitrorum, qui nominantur à partibus, vt supra diximus ad diuisionē faciendā, qui vulgo cōtadores appellantur
- ¶ Primo quæritur. *Que personas pueden ser nombradas por contadores para hazer la particion entre los herederos?*
- 2 Respondeo, que pueden ser nombrados

por partidores todas las personas que tengan legitima persona para estar en juicio, o hazer qualquier contracto, porque estos actos que los contadores han de hazer, no son actos judiciales, sino extrajudiciales, vt superius diximus, & probatur in l. instar. C. de iure fil. lib. 10. licet teneantur dicere sententiam, vel iudicium suum (hoc est, sus pareceres, coram iudice) vt ipse approbet, & confirmet, & iubeat ea seruari. De donde se infiere, que podria ser contador vn menor de 25. años, si fuesse mayor de 18. años porque este tal puede vsar de juridicion delegada, vt in l. 2. tit. 15. lib. 2. ordin. quæ habetur l. 3. tit. 9. libr. 3. Recopi. Aunque se concediessse que estos contadores tengan alguna juridicion, ex commisione iudicis, vt diximus sup. in capit. præcedenti. Y tambien pueden contratar por sus personas no teniendo curador, & possunt esse procuratores ad negotia, vt in l. si curatorem habens, C. de in integrum resti. mi. vbi notant Doctores, & in l. exigendi, vbi glo. & Doctores, C. de procu. & in cap. qui generaliter, §. fin. de procu. lib. 6.

¶ Secundo quæro. Si el que es infame por alguno de los casos que el derecho pone, q̄ vno incurre en infamia iuris. Si puede ser arbitro, o contador para partir los bienes comunes entre los coherederos? Respondeo, que bien puede ser arbitro, o contador el q̄ es infame, Infamia iuris, vt in l. Pedius, & quæ ibi notat Doctores, ff. de recept. arbit.

¶ Tertio quæro. Si podra ser compelido el que es nombrado por arbitro contador que acepte el oficio, sino lo quisiessse aceptar? Respondeo, que este oficio es voluntario, y no puede ser compelido el contador arbitro aceptar el oficio contra su voluntad, pero si vna vez lo acetassse, y despues no quisiessse pronunciar ni dar su parecer, o sentencia sobre ello, puede ser compelido q̄ lo haga por el juez, vt in l. 3. §. penul. ff. de recep. arbi. vbi glos. Bart. & Alber. notant, & cæteri Scribentes.

¶ Quarto quæro. Si estos arbitros contadores discordassen en hazer la particiõ,

o dar sus pareceres, o sentencia sobre ello si poarian ser compelidos por el juez, que nõbrassen tercero para q̄ se guardassse lo que hizieffen los dos dellos conformes, vt habetur in l. si in tres, ff. eo. tit. de recep. arbit. Respondeo. Que el juez puede apremiar a los dos sino se conforman q̄ elijan vn tercero para que vala lo que los dos dellos hizieren. Vt in l. item si vnus, §. principaliter, ff. de recept. arbit. sed hodie, licet possent compelli ad eligendum tertium per illum tex. Pero el estylo y practica ha recebido por quitar las contiendas, y discordias que podria auer en el elegir tercero, y nõbrarle, que la justicia le nõbra de su officio, y lo q̄ los dos dellos conformes hizieren, aquello se manda guardar y vale, vt in l. si in tres, eod. tit. de recep. arbit. & diximus late in c. 2. huius tractat.

¶ Sed quid si isti tres discordet, de tal manera que no aye dos conformes, sino q̄ cada vno dio su parecer y sentencia diferente. Respondeo. Que si los pareceres y sentencias difieren en la cantida d y suma de la condenacion, como si el vno mandasse q̄ el coheredero pagasse a su coheredero ciento, y el otro mandasse ciento y cinquenta, y el tercero dozientos, por la parte que le pertenece de la herencia, que en tal caso valdra la sentencia y parecer del q̄ dixo y cõdenò en ciento, porque en aquella concurren todos tres juezes arbitros, porq̄ en la mayor suma que dixerõ los dos, cõcorre esta menor, vt ex tex. expressus in l. diè proferre, §. si plures, ff. de recep. arbi. Pero sino cõcurriesssen los tres o los dos dellos conformes, sino q̄ cada vno diessse su parecer y sentencia diferente, adjudicãdo al vn heredero vna cosa y cosas, y el otro otras cosas diferentes al otro, y el tercero otras cosas diferentes al otro, q̄ no fuessen sumas de maravedis, sino otras cosas, i nspecie, o difirteffen en la manera de como se auia de hazer la particiõ, o en otras cosas de q̄ no concurren los dos en ello conformes, no valdra lo q̄ hizieren los tres, ni alguno dellos, vt in eadem lege diem proferre, §. si plures supra allegata. Y entonces podra el juez nombrar

brar otros dos contadores de officio, para que con los tres primeros aya mayor parte, ò confirmar el parecer del vno de los tres que pareciere mas justo, y mandar q̄ aquel se guarde, como à el le pareciere q̄ es mas equo y conueniente, para que aya mejor expediciõ la particion. Totũ enim iudicium diuisionis pendet, ex eius arbitrio, vt in l. ad officium, C. commu. diuidund, & in l. antepe. ff. famil. heriscun, hoc idem probat lex regia partitarum, l. 10. tit. 15. part. 6. cuius sunt verba. *Pederio ha el juez ante quien pidieren la particion los herederos, de la mandar hazer en la manera que entendiere que sera mas guisada.* En igitur vbi committitur arbitrio iudicis totũ hoc iudicium diuisorium, vt eo modo fiat diuisio, quo melius & æquius expedi ri possit, quod multas quæstiones derimit, quæ circa istam materiam contingere possunt, ideò menti tenenda est decisio huius legis partitarum, quæ notabilis est.

¶ Vnum tamẽ animaduertendum est, quod prædicta conclusio, quæ sumitur ex textu in dicta lege diem proferre, §. si plures, ff. de recept. arbit. canonizata in cap. 1. de arbi. vbi diximus quod si arbitri dati ad diuisionem faciendam simul cum tertio nominato à iudice discordent omnes, si tamen discordia est in quantitate vel summa vt puta vnus in decem, alius in quindecim, alius in quinque condemnet sequenda est minor summa, quia in ea omnes conueniunt, quia in maiori summa inest minor hanc conclusionẽ limitat, D. Didacus Couarrubia in c. 2. variarum resolutio. num. 6. versic. se paratim tamen, vbi miratur multum de decisione illius text. in dicto §. si plures, dicitque, esse irrationabilem eamque euertere conatur multis rationibus per eũ adductis, & alios quos ipse refert dicitque eam intelligendã strictè, vt procedat solum in casu, quo loquitur puta in arbitris compromissarijs quando compromissum est in tres & omnes discordant, non autem pro-

cedat in arbitris æstimatoribus per textum notabilem in l. si fundum cum lege sequenti, ff. mandati, tunc enim censet in his arbitris sequendam esse sententiam Saliceti, & aliorum, quos ipse refert, in l. hac edictali, §. his illud C. de secund. nup. *El qual tiene la conclusion supra referida, in 2. cap. huius tractatus, que se han de juntar todas las sumas declaradas por todos los tres arbitros contadores, y el tercio de lo que los tres dixerõ se sacara por sentencia, y se mandara guardar, porque en esto se toma el parecer de todos.* Quod satis æquum, & rationi consonum mihi videtur, cui applicari potest ratio & decisio prædictæ legis partitarũ in l. 10. tit. 15. part. 6. vbi totum hoc iudicium, diuisionum committitur arbitrio iudicis, vt id fieri iubeat quod iustius, & æquius sibi videbitur, & ad vtilitatem vtriusque partis magis conueniat, quod nemo negabit esse cõmodius, & æquius sequi opinionem Saliceti in tali specie quam rigorem, & subtilitatem illius textus in dicto §. si plures.

¶ Quarto quero. *Si alguno de los cõtadores es muy amigo, ò enemigo, ò pariente de alguna delas partes, ò por otra qualquiera causa, si le podrã recusar las partes, y si despues de recusado cõ alguna justa causa si se le quitara, in totum, el officio de contador y partidõ para que fue nombrado, ò se le dara acompaõado, para que con el pueda proceder en la dicha particion.* Respondeo Guillel. de Cug. in l. epistola, C. de Episco & cler. tenet quod arbiter potest ex aliqua iusta causa superueniente recusari, per text. in l. nõ distinguemus, §. cum quidam, ff. de recep. arbit. de arbitratore tenet quod recusari nõ possit; ratio est, quia in arbitro iuris non potest ab eo appellari metu poenæ compromissi, & sic esse durum non posse eum recusare, vt suspectum, nec appellare, ideò recusari potest ex iusta causa suspicionis superueniente ex hoc videtur dicendum, quod in istis arbitris datis ad diuidendum cum sint arbitri iuris, nam secundum

dum ius dicere sententiam diuisionis debent non tanquam amicabiles compositores, sequitur quod recusari possint ex iusta causa superueniente, vt in d.l. nō distinguemus, §. cum quidam, sed quia opinio Guillelmi de Cug. ¹¹ communiter non tenetur, imo quid siue sint arbitri iuris, siue arbitratores regulariter possunt recusari, vt suspecti ex iusta causa superueniente, vt tenet Abba. & Imola in cap. quintaualis de iure iuran. idem tenet quos refert, & sequitur Lanfrancus de Oriano in tracta. de arbi. in 7. par. quæst. 34. idē non est necesse inuestigare an isti sint arbitri iuris, vel arbitratores, nam in vtrisque habet locum recusatio iusta causa superueniente, vt in dicto §. cū quidam supra allegato, quia eadem ratio est in vno quam in aliō, vt dicunt Doctores supra citati, idē videndum est an possint recusari dicti arbitri dati ad diuisionem faciendam cum causa legitima superueniente, vel sine ea, & quo modo hæc res temperabitur, quia nō credo perfecte declarata per Doctores iuris cōmunis, quia longe differēs est materia istorū arbitrorū ad diuidendum ab arbitris iuris, de quibus tractat. tex. & Doctores in d.l. non distinguemus, §. cum quidam, qui de arbitris iuris ex compromisso datis loquitur, & ab arbitratoribus datis ad cōponendum, de quibus loquitur textus in l. si ita, §. arbitratorum, & l. vnde si ne ue, ff. pro Socio, de quibus habet locum dicta distinctio an superuenit noua & iusta causa recusationis, vel non, vt supra diximus: idē de istis arbitris ad diuidendum datis primo videndū est, an sint arbitri iuris vel arbitratores ad componendum, & puto non proprie dici arbitri iuris, nec arbitri arbitratores ad componendum partes, qui eos elegerunt, quod pater ex eo, quod non possunt arbitrio suo partes componere, nec ad hoc sunt assumpti, nec ad id potestas eis datur, id circō nō proprie dici possunt arbitratores, nec arbitri iuris pro

prie dici possunt, cū non ex compromisso apposita pœna eligantur, similiter isti arbitri ad diuidendum dati aliquam iurisdictionem habent, vt in superioribus diximus, nam quodammo do videtur eis causa diuisionis commissa, vel delegata per iudicem, & possunt super ea pronuntiare, & adiudicationes facere, vt probatur in l. cum fideicommissum, ff. de confes. & in l. in iudicio familiae, ff. famil. hercis. idē proprie videntur isti arbitri ad diuidendum dati iudices commissarij, vel delegati ab ordinario ad illam causam, vel articulum diuisionis, vsque ad declarandum iudicium suum, idē improprie cadit in his decisio supradicta arbitratorum, vel arbitratorum vt possint recusari causa iusta superueniente, non alias hoc præmissio in arbitris, seu calculatoribus sic distinguendum puto. *O estos arbitros contadores son nombrados por las partes, o por el juez en rebeldia de la vna parte, o por tercero, porque no se conforman los dos, vt supra diximus. Si nombrados por el juez, sine dubio, se pueden recusar, como qualquier comissario, o delegado por el ordinario, antes que comience a conocer de la causa, con causa, o sin ella, con solo el juramento de la parte que le tiene por sospechoso, vt est text. iuncta glo. in verbo, recusare in l. apertissimi, C. de iudic. quam sequuntur communiter omnes Doctores, vt testatur Ias. ibi in pen. col. 7 con sola esta recusacion jurada, no puede mas conocer de la causa, y se ha de suspender y reuocar el oficio del contador nombrado, y se ha de nombrar otro contador, aunque no alegue causa alguna de la sospecha o recusacion, mas de jurar que le tiene por sospechoso, y no se le ha de dar acompañamiento. Vt not. ibi Doctores, quod videtur approbatum per legem regiā ordinamenti antiqui, tit. de las recusaciones, l. 1. lib. 3. habetur l. 1. tit. 16. lib. 4. Recop. quæ licet loquatur in iudice ordinario à fortiori habebit locum in delegato, cum maiorem, & amplio- rem iurisdictionem habeat iudex ordina-*

12 dinarius, & magis fundatam in perso-
 na sua, quam iudex ab eo datus, vel de
 legatus. Ideò facilius recusari poterit
 quam ordinarius, vt in dicta lege aper-
 tissimi, & in authen. si vero contigerit
 ibi posita. C. de iudic. vbi not. Docto-
 res, neque hic obstat dicere quod isti
 arbitri ad diuidendum dati per iudi-
 cem videntur delegati ad exequen-
 dum sententiam, vel mandatum iudi-
 cis, ideò non possunt recusari, sicut
 nec appellari ab eis potest, vt in cap.
 nouit de appellatio. quia illud procedit
 in delegatis ad exequendam sen-
 tentiam, qui sunt meri exequutores,
 quia isti grauare non possunt cum cer-
 tum mandatum habeant ad exequen-
 dum, ideò ab eis non appellatur, nec
 recusari possunt. Sed si habeant ali-
 quam cognitionem, vel grauare pos-
 sint partes, vt sunt isti arbitri ad diui-
 dendum dati sine dubio recusari pos-
 sunt, & appellari ab eis, vt sentit Abb.
 & Anto. & cæteri Scribentes in dicto
 cap. nouit de appella. *El segundo caso,*
quando los nombraron las partes, y de su
consentimiento començaron à conocer de
la causa, aunque de rigor parece que no
pueden ser recusados, por ser dados de cõ
sentimiento de las partes, vt in authen.
offeratur, C. de litis contest. vbi Do-
ctores, & glos. in dicta lege apertissi-
mi in glo. i. Pero, (ex iusta causa super
uenienti) se pueden recusar, vt conclu-
dit Paul. & Ias. post glo. in dicta l. aper-
tissimi, C. de iudicijs, idem tenet In-
 13 noccntius in cap. cum speciali de ap-
 pella. & Angelus in l. quia poterat, ff.
 ad Trebell. *Pero entonces no bastaria la*
recusacion con solo juramento, sino que se
ra menester prouarla ante el juez ordina-
rio, ò superior del recusado, vt tenet glos.
in dicta lege apertissimi, C. de iud.
 quam communiter sequuntur ibi om-
 nes Doctores, & in alijs locis supra ci-
 tatis. *Pero (dubitatur), si prouada la cau-*
 14 *sa de la recusacion ante el ordinario, si le*
 remoueran como sospechoso para que no
 pueda mas entender en el negocio, ò le da-
 ran acompañado para que conozca junta-

mente con el, de la causa? Respondeo, q̄
prouada la causa legitima de la recusa-
cion, se le quitara la causa que no conozca
ni entienda en ella, y se nombre otro en su
lugar. Quia hoc operatur recusatio de
 legati, vel commissarij dati ab ordina-
 rio regulariter, vt in totum submouea-
 tur ab illa causa, & alius loco eius sub-
 rogetur, vt in dicta lege apertissimi
 ibi, vt ad alium recurratur, licet hoc
 non habeat locum de iure ciuili in iu-
 dice ordinario, qui non potest in to-
 tum recusari, vt remoueatur à cog-
 nitione causæ propter recusatorem, sed
 alius sibi adiungitur, vt ambo simul
 cognoscant, & iudicent, vt in authen.
 vt differentes iudi. §. si vero contige-
 rit co. 9. vbi notat Doctores, & in au-
 then. si vero contigerit, C. de iudicijs,
 sed si solum cum iuramento recusare-
 tur dictus arbiter ad diuidendum da-
 tus nulla expressa vel probata causa
 postquam capit cognoscere de causa
 solet sibi dari adiunctus, qui cum eo si-
 mul loco vnus cognoscant ad simili-
 tudinem iudicis ordinarij recusatim,
 qui cum solo iuramento potest recusa-
 ri in quacunque parte litis, vt à socie-
 tur cum alio & ambo simul cognoscant
 & iudicent illam causam, & ita serua-
 tur in hoc relagi prætorio Granaten-
 si, quod habet rationem, nam aliàs melio-
 ris conditionis esset iste iudex arbi-
 ter datus ab ordinario ad diuidendū
 si non posset recusari cum solo iura-
 mento postquam cognoscere cœpit
 de meritis causæ, quàm ipse iudex or-
 dinarius, qui eam delegauit, qui re-
 cussari potest in quacunque parte li-
 tis cum solo iuramento recusantis, vt
 à societatur cum alio, qui simul cog-
 noscat de illa causa.

16 ¶ Quarto quæro. *Que causas seran*
bastantes para recusar à los arbitros par-
tidores nombrados de consentimiento de
las partes despues que huieren comen-
çado à conocer del negocio? Respondeo,
que son muchas, y no se puede dar regla
cierta sobre ello, sino que todo esto es al al-
uedrio del juez, aunque en particular pie-
 sieron

seron algunas causas los derechos, y disponer que aquellas, o otras semejantes, o por otras muchas causas se puedan recusar, y reuocar, como si huuiesse nacido alguna grande enemistad, o causa de tenerla entre el arbitro, y la parte que lo nombrò, o contrahido afinidad con la otra parte, o huuiesse sucedido en su herencia, o huuiesse recibido orden sacro de sacerdocio, o por enfermedad, o ausencia larga, o si fuesse condenado, o desterrado por algun delicto, o si estuuiesse preso, o detenido por alguna causa, o por otras semejantes, quæ arbitrio iudicis relinquuntur, vt habetur in l. filius familias, §. fin. cum sex legibus sequentibus, ff. de procurato. & in l. non distinguemus, in princi. & in §. cum quidam, & in l. licet, ff. de recep. arbit. tradit latissime Ias. in d. l. apertissimi, C. de iudicijs, vnde sumitur hæc practica, & conclusiones prædictæ.

17 ¶ Quinto quæro. Si se podra apelar de lo que estos arbitros contadores hizieren, si agraviaren à alguna de las partes, y dentro de que tiempo se ha de apelar, y ante quien se ha de proseguir la apelaciõ, y sino apelassen en tiempo despues que les fuesse notificado à las partes los pareceres dados por los contadores, y adjudicaciones por ellas fechas, y si las partes agraviadas podrian tener algun remedio, para contra dezir los dichos pareceres y sentencias de los contadores? Respondeo, quoad primum, que es cosa sin dũda, que se puede apelar de lo que estos arbitros contadores hizieren, si agraviaren alguna de las partes, vt supra diximus, nã ab omni actu etiam extraiudiciali potest grauatus appellare, vt in cap. 1. & in cap. concertationi de appellatio. lib. 6. l. 1. §. solent, & ibi Bart. ff. quando appellandũ fit. Quanto à lo segundo. Respondeo, q̄ aunque de iure antiquo no estaua determinado que en los actos extrajudiciales se huuiesse de apelar dentro de tiempo cierto: pero por la decision del texto, in cap. concertationi, est à dispuesto, que se aya de apelar extrajudicialmente de los actos extrajudiciales, dentro del termino

que se ha de apelar de la sentencia en los actos judiciales. Aliàs non deuoluitur causa ad superiorem nisi infra tempus datum à lege appelletur, vt in dicto cap. concertationi de appellat. in 6. & sic videtur quod nisi appelletur à iudicio istorum arbitrorum ad diuidendum datorum infra quinque dies, que de iure regio dantur ad appellandum à sententia diffinitiuã iudicis ordinarij, quod iudicia & sententia eorum transeant in rem iudicatam, & postea non audiatur grauatus super grauamibus ab his factis, vt in dicto c. concertationi ibi infra decem dies si velit appellet post decem diem vero eidẽ additus non poterat appellandi, & ita sentiunt, & declarant ibi glos. dominus, & cæteri Scribentes, & incap. bone, vbi Innocen. & Abb. in eod. tit. de appella. in decreta.

¶ Sed his non obstantibus. En este caso parece que se deue tener lo cõtrario, imo, que aunque no apelen las partes que se sintieren agraviadas destes arbitros cõtadores, dentro del termino que se da para apelar de la sentencia difinitiuã, puedẽ los agraviados pedir ante el juez ordinario, que se deshagan los agrauios. Lo primero, porque aquel traslado que se les da, y notificacion que se haze à las partes de los pareceres dados por los cõtadores, aquello solamente obra para que las partes lo sepan, y lo aprueuen, o contraigan en lo que estuuieren agrauados, y aunque no lo contradigan dentro del termino que tenían para apelar, no se impide q̄ despues no puedan venir contra ello, y contradizarlo, y pedir que se case, y reuoque. Vt declarat idem textus in cap. concertationi in fin. & ibi Ioannts Andre. in glos. super verbo debitam, quam sequuntur ibi communiter omnes Scribentes. Y lo segundo, porque estos pareceres que dan los contadores, no son sentẽcia hasta que se presentan ante el juez, y los mãda guardar por su sentencia. Vt in l. infitar, C. de iure fisci, vbi notant Doctores, & late Castillo in l. 27. de Toro, in tractatu rationum, quem ibi scripsit

psit in fin. quartæ partis, versi. quæro
an super computati.

Restat nunc videre, & difinere aliã
quæstionem, quæ quotidie versatur
in iudicijs. Si podra ser nombrado por cõ
tador el hermano, ò cuñado, ò primo, de la
parte que le nombra, ò si le podra recusar
la otra parte por esta causa, y parece que
no puede ser nombrado por contador, y si
le nombra la parte, que le podra recusar
la otra parte por esta causa, para que no
pueda ser contador en este negocio, porque
como està dicho arriba en este capitulo, el
arbitro puede ser recusado y remouido por
alguna justa causa superveniente, como si
despues huviessse contrahido afinidad con
alguna de las partes, que es nuestro pro-
prio caso, vt in l. non distinguemus, S.
cum quidam, ff. de recep. arbi. & in l.
aut affinitate, ff. de procu. Y pudiendo
ser recusado y remouido por esta causa,
despues que començo à conocer della, à for-
tiori, lo podran recusar y remouer al prin-
cipio, antes que comience à conocer del ne-
gocio, por lo qual parece que no puede ser
nombrado al principio por contador el her-
mano, ò primo, ò cuñado de la parte que le
nombrare, adhuc tamen, se deue tener lo
contrario en este caso, porque el tex. in di-
sta lege non distinguemus, & in l. aut
affinitate, habla en caso, que esta causa de
afinidad sobrevino despues que los arbi-
tros fueron nombrados por las partes, y co-
mencaron à conocer de la causa: pero si
esta causa de recusacion la huuo al princi-
pio quando se nombraron los arbitros y las
partes lo consintieron, ò no lo contradixe-
ron, no podran despues recusarle por esta
causa, pues lo consintieron las partes taci-
ta o expressamente. Nam scienti, & con-
sentienti, non fit fraus neque dolus, vt
in regula, nemo videtur, ff. de regul. iu-
ris, facit text. in ratione sua in l. is à
quo, in fin. ff. vt legato, vlt. fideicom-
miss. nomine caue. & ex iuribus in l. nõ
distinguemus, S. cum quidam, & in l.
aut affinitate superius allegatis. Antes
se prueua y colige lo contrario, que no la
conclusion arriba dicha, pues se requiere
para que pueda ser recusado el arbitro, q̄

la causa dicha de la afinidad aya sobreue-
nido despues que fue nombrado y elegido
por la parte, y à contrario sensu, quiere de-
zir, que sino sobrevino despues aquella
causa, y la huuo al principio quando los ar-
bitros se nombraron por las partes, que no
se pueden recusar ni remouer por el taci-
to consentimiento que tuuo de las partes.
Lo segundo, porque aunque la causa de la
afinidad, o otra qualquier causa justa so-
breviniessse despues del nombramiento del
arbitro contador, no puede ser recusado,
ni remouido por ello: porque los derechos
que diz en que el arbitro no puede ser re-
mouido ni recusado, sino es por causa jus-
ta superveniente, despues que se hizo el
nombramiento. Hablan en el juez arbitro
iuris, que viene jurisdiccion por el compro-
miso entre las partes, y ha de pronunciar
sentencia entre ellos, entonces ha lugar la
dicha recusacion, pero en este caso de cuen-
ta para que es nombrado por contador, co-
mo diximos arriba, no puede pronunciar
ni dar sentencia, ni condenar à ninguna
de las partes, sino solamente hazer sus cuẽ-
tas y alcance, y hazer relacion al juez de
lo que halla, para que el juez pronuncie
sobre ello, vt in allegata. l. instar. C. de
iure fis. lib. 10. Y no auiendo de pronun-
ciar sentencia, sino solamente hazer las
cuentas, no puede ser recusado, porque es
nudus minister solum ad calculandũ
rationes, in quo non potest grauare
partem nisi error interueniat, & ideò
tanquam nudus minister vel merus
executor recusari non potest, neque
appellari ab eo, vt in l. ab executore,
ff. de appella, & in cap. nouit extra de
appella. & in cap. super, eo. tit. vbi no-
tant Doctores post glos. in cap. fin. de
præsumptio. & ibi Innocen. & Abb.
Y assi se concluye, que el contador que se
nombra para hazer estas cuentas, no pue-
de ser recusado ni remouido, aunque sea
hermano, primo, o cuñado, o pariente en
qualquier grado de afinidad o consangui-
nidad de alguna de las partes, ora aya es-
ta causa al principio, ora sobrevenga ratio-
nibus supradictis: Lo qual se ha de en-
tender y limitar, que proceda quanto à
los

los contadores que se toman para hazer las cuentas de los tutores ò curadores, ò mayordomos de yglesias, ò hospitales, ò compañías, ò otras personas semejantes, porque estos no pueden pronunciar ni sentenciar, sino dar sus pareceres y remitirlo al juez para que determine y sentencie, vt habet in l. instar de iure fil. libr. 10. Pero no aura lugar en los contadores partidores, que son nombrados por las partes para hazer particion de los bienes de algun defunto, porque estos tienen jurisdiccion para pronunciar y hazer las adjudicaciones de los bienes hereditarios, y podran en esto agrauiar à las partes, vt in l. Meuius, §. arbiter, ff. famil. hercis. & in l. Meuius, §. arbiter, & in l. in iudicio familię hercis. eod. tit. de quolatus infra dicetur in cap. 5. tertię partis, ideò possunt recusari ex iustis causis à iure expressis, vt supra diximus.*

¶ Sed quia supradiximus de officio, & potestate arbitrorum, qui ad diuisionem hæreditatis dati sunt nunc incidenter quæritur de officio, & potestate arbitrorum, qui ad rationem & calculationem faciendam dari solent, qui vulgo contadores appellantur. Si podran estos contadores hecha la cuenta y alcance que hazen contra los tutores ò curadores, ò otras personas que administran bienes ajenos, que son obligados à dar cuentas, condenar en los alcances que hizieren, ò en alguna cosa mas por los intereses de aquella summa en que son alcançados los tutores, ò administradores de bienes ajenos. Vt quotidie facere solēt in tutoribus, & curatoribus, & similibus personis, qui aliena negotia administrant, & videtur quod hoc facere possint, excusis rationibus in reliquis tutorem, vel administratorem condemnare, vt in l. si cui libertas, ff. de cõdi. & demonstr. & in l. cum fideicommissum, ff. de confess. vbi notant Doctores post glos. & in l. vix certis, ff. de iudi. item videtur, quod non solum in reliquis, sed in vsuris reliquorum, vel etiam hodie (vt quidam putant in interesse vel accessionibus) licitis secundum regionis consuetudinem cõdem

nari debeat tutor, vt in l. tutor qui re-pertorium, §. si post, ff. de administra. tuto. & in l. 1. C. de vsur. pupil. & l. qui sine, §. sed quas, ff. de nego. gest. & l. at qui natura, §. non tantum eod. tit. & in l. si vero non remunerandi, §. si mihi, & §. vsuras, ff. manda. notat late Bart. Paul. & Iass. in l. Diui. ff. ad legem falcidiam, vbi concludunt, quod licet hodie tutores, vel curatores non possint condemnari in vsuris, quia prohibita sunt iure canonico tamen, vbi lege ciuili tutores, vel curatores condemnari debeant in vsuris sunt hodie cõdemnandi in interesse, vel accessionibus licitis, quæ in prouincia frequentantur, & exigi ex pecunia licite poterunt, quod etiam tenet Bald. in l. 1. C. de condictio. indebi. quos refert, & sequitur Pala. Rub. in repetitione c. §. 7. fol. 109. & Couarru. in cap. 2. lib. 3. varia. resolut. in princip. imo non solum ad vsuras, vel interesse licitum tenentur tutores, & curatores (vt supra diximus) sed etiam ad vsuras vsurarum quas receperunt ex bonis quæ administrant pupilli, vel adulti, parui enim refert vtrum sortem pupillarem an vsuras exactas in vsus suos conuerterint, vt ait Iurisconsultus in l. tutor qui reperto. §. si quas vsuras, ff. de administ. tuto. idem probat tex. vbi hoc notant Doctores in l. idemque, §. 1. in fin. ff. mandati. En igitur vbi videtur probari per dicta iura, quod isti arbitri calculatores, qui vulgo contadores appellantur possint condemnationem facere non solum reliquorum sortis principalis, sed etiam in vsuris vel interesse, & accessionibus licitis atque etiam in vsuris vsurarũ. Sed quia hæc conclusio non est absolute vera, sed distinctionem recipit, ad quæstionem propositam sic respondeo. *Que est os contadores, que se nombran para hazer algunas cuentas, regulariter, no tienen jurisdiccion para condenar à la parte que fuere alcançada en ellas, sino solamente para hazer las cuentas para que fueron nombrados, y declarar el alcance que haze la una parte a la otra, pero no condemnar en*

el alcance, ni hazer cargo à los tutores, ni curadores de las vsuras, ni interesses del dinero que retuieron, y no emplearon en renta ò bienes rayzes, como lo hazen muchos contadores de hecho, por que todo esto, y la condemnacion, han de remitir al juez. Casus est vbi not. Doctores, & glos. in l. instar, C. de iure filic. lib. 10. tradit late Castillo in tractatu rationū quem scripsit in l. 27. de Toro, in versic. quarto an isti calculatores, vbi testatur hoc sæpe vidisse ita iudicatum, & reuocata multa iudicia arbitratorum calculatorum, qui super his condemnationes aliquas fecerunt quod est verum. Saluo si el juez les dio comission, y les delegò aquel articulo para que conociesen y juzgassen sobre aquellas cuetas, & ita intelligit illum tex. glos. in dicta l. si cui libertas, ff. de condit. & demonstrat. in verbo, arbitrium, & glos. in l. cum fideicommissum, in verbo, arbiter, & in glos. fin. quas sequitur ibi Bart. Pau. & communiter omnes Scribentes, ff. de confess.

¶ Ex quibus infertur quod à tali sententia, vel cõdemnatione facta ab istis arbitris calculatoribus non sit necesse appellare, nisi iudex iudicium suum confirmet, & ita communiter seruatur, ex quo sequitur, quod nec cõdensatione vsurarū facere possint prædicti calculatores, & multo minus cõdènari in vsuris vsurarum, vel in vsuris ex fructibus prædiorum minorū.

¶ Pero pongamos que los contadores hizieron de hecho estas condenaciones, an si de las alcances de la suerte principal, como de las vsuras ò interesses licitos que se acostubran llevar en aquella tierra y prouincia, de los dineros que se dan à censo, y tributo à razon de catorze mil el millar. Vt plerique faciunt. O dan sus pareceres sobre ello, que hazen a aquellos alcances contra los tutores ò curadores, an si de lo principal como de los interesses, si el juez sera obligado de justicia, confirmar aquellos pareceres ò sententia de los contadores, y condenar à los tutores ò curadores en los interesses licitos que puaie

ran ganar aquellos dineros del menor si se huieran empleado en censos à razon de catorze mil el millar, que es el interes se y ceso que mas se vsa en estos Reynos, ò en la estimacion de los frutos, y valor de los que pudieran auer rentado los bienes rayzes que pudieran auer comprado con los dineros del menor. Respondeo, que el tutor ò curador que no empleò en bienes rayzes, ò censos, los dineros del menor y los conuirtio en sus propios vsos y aprouechamientos, es obligado à pagar al menor las vsuras, o interesses mayores y mas graues que se pueden llevar, segun las leyes, que es à razan de catorze mil el millar, que es lo que mas se puede llevar oy segun las leyes destes Reynos. Hoc probatur in dict. l. tutor, qui repertorium, §. si post depositionem in fin. versic. sed quas vsuras, ff. de administratio. tutor. & in l. 1. C. de vsu. pupi. Y lo mismo sera y se entienda de los dineros que el tutor huviere recebido del menor de los frutos y rentas de su hacienda en cada vnaño, vt in dicta l. tutor qui repertorium, §. si post depositionem, versic. sed quas vsuras, ff. de administra. tuto. & l. idem que, §. 1. ff. mandati. Pero esto se ha de entender y limitar quando estuiesse legitimamente prouado, y conuenido el tutor, ò curador que conuirtio en sus propios vsos y aprouechamientos, los dineros del menor, y no de otra manera. Quia non eo ipso, quod tutor pecuniam pupillarē non fænerauit, vel deposuit, aut non collocauit in emptionem prædiorum censendū est in vsus suos conuertisse, sed requiritur quod hoc legitime probetur, vt in d. l. tutor qui repertorium, §. si post, versic. pecunię, & versic. cæterum, ff. de adminis. tuto. cuius verba sunt, cæterum non utique qui non fænerauit, vel non deposuit in vsus suos conuertit, & ita Diuus Seuerus decreuit, docere igitur debet in vsus suos pecuniam vertisse. De lo qual se concluye, que los contadores que condenan, ò hazen cargo à los tutores de los reditos o interesses que pudieran auer rentado los dineros del menor, à razon de catorze mil

el millar, ansí de la suerte principal, como del valor de los frutos de cada un año, hazen mal, y no lo puede hazer de derecho, no constando legitimamente por prouanças bastantes que estos dineros los conuirtieron en sus propios usos: lo qual se ha de prouar y aueriguar ante el juez oydas sobre ello las partes, vt probatur in dicto §. si post, vbi glo. & Doctores, & ideo debent prædicti arbitri calculatores examen huius articuli ad iudicem remittere, vt causa cognita super hoc pronunciet, vel statuatur quod faciendum sit.

30 ¶ Pero ha se de aduertir y limitar lo arriba dicho, que aunque no se prouene q̄ el tutor o curador conuirtio en sus usos y aprouechamientos los dineros del menor: pero si el confieffa, ò se le haze cargo que recibió los dineros del menor, assi de la suerte principal, como de los reditos, o de los frutos de los bienes del menor, y no los ha empleado y colocado en bienes rayzes, o censos para el menor, bien le puede hazer cargo los contadores, de los intereses ò reditos moderados que pudieran re-
31 tar aquellos dineros del menor que retuuo en su poder el tutor, segun la mas moderada usura, ò interesse que suelen rentar y llevar los dineros en aquella tierra, à que llama el derecho usura pupillar, que seria à razon de veynte mil el millar, poco mas, ò menos, que son los reditos y tributos mas leues que suelen llevar en estos Reynos. Quod probatur ex dicta l. tutor qui repertorium, §. si post depositionem, versic. si deponi, & versic. residuarum autem summarum, & versic. ex cæteris causis, ff. de administra. tutor. cuius verba sunt ex cæteris causis secundum morem prouinciæ præstabit usuras, aut quincunces, aut trientes, aut si quæ aliæ leuiore in prouincia frequentantur.

¶ Ecce ergo textum notabilem, qui hanc differentiam fecit in condemnatione usurarum quas dependere pupillo tutorem oportet, nam si in usus suos conuertit pecuniam pupillarem si probatum hoc fuerit tenetur

bitur ad usuras legitimās, hoc est ad grauiore, quæ secundum legem permissæ sunt si vero non conuertit in suos, aut non constat conuertisse, sed retinuisse, tenebitur ad usuras pupillares, id est ad leuiore, quæ in prouincia frequentantur, requiritur ergo super hoc causæ cognitio, vt secundum distinctionem prædictæ legis pronuncietur.

Tertius casus est. Sino costasse que el tutor ò curador huuiesse recibido y cobrado los dineros del menor, aunque se le ouiesse hecho cargo dellos, como si tuuiesse alguna parte de su hacienda el menor en deudas, y las dexo de cobrar el tutor siendo los plazos passados por su negligencia, o dexò de de cobrar los reditos de algunos censos que tenia el menor, o dexò de vender algunos bienes muebles de los que era obligado à vender y hazer las dineros para el menor, y no lo hizo, o en otra manera semejante destas, en tal caso parece q̄ el tutor no seria obligado à pagar reditos, è interesses deste dinero que no cobro, sino solamente al daño, si se perdieron las deudas, o alguna dellas por no cobrarlas en tiempo, y al peligro, y deterioracion de los bienes muebles q̄ dexò de vender. Vt colligitur ex l. tutor qui repertorium, §. si tutor cessauerit, & in §. si post depositionem in fin. versic. si quas usuras exactas, ff. de administ. tutor. vbi requirit ad hoc quod tutor teneatur ad usuras usurarum, quod usuræ debitæ sint exactæ, & conuersæ in patrimonium tutoris, & idem probatur ex lege idēque, §. i. & ibi not. glos. in verbo, usuras, ff. mandati. Id circo prædicti arbitri, qui ad rationem, vel calculationem faciendam dati sunt cauti esse debent in declarationibus quas super his faciunt, & iudices, qui eorum iudicia sequuntur, vt distinctionem supra positam obseruent alias in multos errores incident.

32 ¶ Est tamen aduertendum, quod supradicta, aliquas limitationes recipiunt, primo enim limitari debent, & intelligi. Quando el menor no tuuiesse dine.

dineros de su patrimonio, que fuesen en alguna cantidad notable, para que se pudiesen emplear en censos, o bienes rayzes que rentassen para el menor, ò los reditos de su hazienda fuesen tan pocos los que cobrasen despues de hecha la costa de los alimentos, ò otras cosas necessarias para la administracion de la hazienda del menor, que no ouiesse cantidad notable para emplearla en comprar bienes rayzes, o censos, que entonces no seria el tutor obligado, aunque los retuuiesse en si à pagar reditos, o interesses dellos. Hoc tenet gloss. notabilis, in verbo, prædiorum in l. nisi, C. de administ. tutor. & pro ea est textus expressus, vbi notant Doctores in l. ita autem, in princip. ff. de administ. tuto.

33 ¶ Secundo limitantur prædicta, vt procedant in casibus quibus tutor, vel curator tenetur fænorî dare pecuniã pupillarem, vel in emptione prædiorum collocare, non enim semper ad hoc tenetur, nã quando pupillus, vel minor habet prædia ex quibus fructibus possit commode alimentari non tenetur præcise expendere pecuniam pupillarem, & in emptionem prædiorum collocare, vel eam fænorî dare sicut de iure veteri tenebatur, sed est in arbitrio eius, eam conseruare pupillo, vel collocare in emptionem prædiorum, vt iure nouissimo est statutum, vt habetur in authent. nouissima, C. de administratione tutorum, vbi hoc not. Cius Bald. & Salicetus, & communiter omnes Scribentes quo casu tutor non tenebitur ad vsuras, nec interesse pecuniæ: quã non collocauit in emptionem prædiorum, nec fænorî dedit, sed eam conseruauit ipsi pupillo, vt maior factus possit eam collocare ad libitum voluntatis.

34 ¶ Tertio prædicta puto limitanda. Quando el tutor ò curador à quiẽ los dichos cõtadores tomarẽ cuẽta, fuesse viuo, pero si fuesse muerto, y la cuẽta de su administraciõ se tomasse à sus herederos, en tal caso no podriã ser cõãenados de la culpa del tutor, ò curador que no ouiesse empleado

en censos, o bienes rayzes, los dineros del menor, salvo si lo ouiesse dexado de hazer por dolo, o lata culpa, q̄ fuesse muy notoria y notable, porque de leui culpa tutoris non tenentur hæredes eius, vt in l. fin. C. de in litem iur. & l. i. C. de hered. quod est valde notandum.

* * Vltorius quæritur. Si el alcance q̄ hizieren los contadores contra alguna de las partes, si traera execucion aparejada, y si podra executarse contra los tutores o curadores: o las partes contra quien fue fecho. Respondeo, q̄ si el alcance fue hecho por las partes, y aprouado y mandado guardar por la justicia por su sententia, de la qual no fue apelado, cosa llana es que se puede executar como sententia passada en cosa juzgada. Etiam si sententia sit iniusta propter autoritatem rei iudicatae, est casus expressus in l. cum putarem, ff. fam. hercis. vbi not. Doctores. Pero sino ay sententia ni aprouacion de juez, si las partes consintieron las dichas cuentas en todo lo contenido en ellas, y en el alcance y no reclamaron, tambien se podra executar el dicho alcance y resoluciõ de las dichas cuentas en todo lo contenido en ellas, como se ayan hecho ante escriuano publico, ò por escritura priuada, si està reconocida por las partes como los otros reconocimientos, reconocidos conforme à la ley de Toledo, que es ley 5. tit. 21. libr. 4. Recop. pero sino estan las cuentas consentidas por las partes, ni consentido el alcance, sino que las partes se agrauaron y apelaron dello, en tal caso no se podra executar hasta que se acabe el pleyto de la apelacion, y agrauio de las dichas cuentas en todas instancias, pues no ay sententia passada en cosa juzgada, ni consentida, ni recado cierto que trayga execucion aparejada: lo qual se deue entender y limitar, salvo si las cuentas se hizieron por executoria y sententia que procedio primero, por la qual se mandò, que las partes nombrassen contadores para hazer las cuentas, y en caso de discordia se nõbrasse tercero, y lo que estos tres, o la mayor parte dellos hiziere, se cumpla, y execute, vt quotidie fieri solet, en tal caso se executara y trae-

3 traera execucion aparejada lo que los dos contadores conformeshuieren fecho, aunque la parte apele dello. Non ex virtute rationum, vel calculationis factæ ab arbitris, vel calculatoribus, sed virtute sententiæ, vel executoriæ præcedentis, quæ hoc ita seruari iussit, sed hodie etiam cessante prædicta executoria. Atento lo dispuesto por la nueva prematica del año de 1585. se puede executar, y trae execucion aparejada el alcãce fecho por los contadores conformes, anriendole confirmado el juez por su sentencia, sin embargo de apelacion, dando la parte que pide la execucion dello, las fianças que manda la dicha prematica.

¶ Item, quod dictum est ampliatur. Que la justicia pueda proceder à execucion de los alcances que se hizieren por los contadores, ò por las partes con la justicia, aunque no aya consentimiento del reo que fue alcançado, ni aya contadores conformes que hagan el dicho alcance, si las cuentas se tomaron por la justicia al mayordomo del Concejo que fue alcançado en alguna cantidad de pan, ò dineros, ò otra qualquier cosa tocante à los propios del concejo, porque en tal caso, aunque el mayordomo apele, se ha de executar el alcance contra el fecho, vt habetur & expresse cautum est in l. 32. titul. 6. lib. 3. Recopil. ibi. Executados los alcances, lo qual se ha de limitar, salvo si el mayordomo del concejo huiesse dado, ò mal gastado alguna cosa de los propios del concejo à algun Regidor, ò Alcalde, ò por su mãdado dellos, ò por no ser biẽ gastado, el juez condenasse al mayordomo à que lo pagasse y boluiesse de sus bienes à los propios del concejo, y le hiziesse alcance dello, en tal caso no se podria executar el dicho alcance y sentencia, por razon q̄ el mayordomo tuuo buena fee en dar y gastar aquellas partidas que libraron y mandaron pagar los oficiales del concejo, pues el no lo deve ni lo tiene retenido como los demas maravedis de los propios en que fue alcançado, y desto se dan prouisiones y cartas acordadas que assi lo mandan y declaran en el Consejo Real. Quas ego

sæpe vidi & obseruaui, quod etiã procedere existimo, en los otros mayordomos de yglesias y hospitales, vt tenet Bar. & alij in auth. de sancti. episc. §. œconomos, collat. 9. & idem seruandũ est ex dispositione dictæ pragmaticæ del año de 1585. en los mayordomos de los positos de los concejos. In quorum absentia possunt rationes, seu calculationes fieri, text. in l. 2. §. quod si de frumenta ria, ff. de adminis. de rerum ad ciui. pertinenten.

- 1 **A**N in hoc iudicio familia herciscunda, vel communi diuidũdo plenaria procedendum sit, vel summam.
- 2 Regulariter tenetur iudex in omnibus causis via ordinaria cum plena causa cognitione procedere, nisi in casibus ubi specialiter in iure cautum reperitur, quod summam iudex procedat.
- 3 Casus in quibus iudex simpliciter, & de plano procedere debet numerantur.
- 4 Quando haeres negat actorem cohæredem esse, non potest agi actione familia herciscunda, vel communi diuisi. sed agendum est via ordinaria petitione hereditatis.
- 5 Quando haeres confitetur actorem esse cohæredem, qui diuisionem hereditatis petit in causa diuisionis procedere debet iudex, & quid iudex facere debeat in tali casu ibidem.
- 6 Si aestimatores rerum appreciauerint res diuidẽdas pluris vel minoris, quã valeant, & pars grauata super hoc iudicẽ adierit, an summam super hoc cognoscere, ac procedere debet.
- 7 Si vnus ex arbitris recusetur ex iusta causa superuenienti debet iudex super hoc summam procedere, & pronunciare.
- 8 Si vnus ex cohæredibus dicat rem inuẽtam in bonis, vel hereditate defuncti suam esse, ideo non debere poni in inventario, vel in apprecio bonorum summam de hoc cognoscere debet iudex.
- 9 In causis summarijs incidentibus in iudicio

- dicio diuisionis non tenetur iudex appellacioni deferre, sed ea non obstante ad ulteriora procedere debet.
- 10 Iudex qui de diuidenda hereditate cognoscit non potest cognoscere de debito ab uno ex coheredibus ipsi defuncto ante mortem eius, secus si post eius mortem debitum sit hereditati eius.
- 11 Praelegata facta uni ex filiis, vel coheredibus veniunt in hoc iudicio diuisionario.
- 12 Centum legata uni ex filiis eo quod frater alia centum substulit ex bonis patris ea haberet debet, etiam si falsa causa fuerit, nec subtraxerit predicta centum, dum tamen illa centum non excedant quintum & tertium bonorum patris.
- 13 Declaratur & limitatur text. in l. rationes, C. de probatio.
- 14 Si testator iussit quod bona sua non diuidantur inter heredes, an valeat talis dispositio.
- 15 Si unus ex coheredibus sit absens an alij praesentes possint diuidere hereditatem.
- 16 Vno ex coheredibus absente potest iudex ad diuisionem bonorum communium procedere ipso prius citato, & defensore dato.
- 17 Curator bonis dari non potest nisi prius absens citetur, licet iure regio hodie aliter sit decisum.
- 18 An valeat diuisio bonorum facta uno ex coheredibus non citato quoad ceteros praesentes, vel de nouo fieri debeat quoad omnes.
- 19 Si coheres praesens non possideat partem coheredis absentis sibi datam ab arbitris, quia eam vendidit, vel perempta sit an teneatur reddere coheredi absentis veram aestimationem eius, vel sufficiat rem tradere deterioratam, vel forte consumptam.
- 20 Coheres absens potest si velit petere precium partis suae a coheredibus vendita, quia in vniuersalibus precium succedit loco rei.
- 21 An coheres absens possit partem suam

a coherede bona fide alienatam a possessore vindicare.

- 22 Bone fidei possessore alienante partem hereditatis coheredis absentis non tenetur reddere coheredi absentis ultra precium quod in re suam utiliter versum est.
- 23 Coheres absens cuius pars a coherede bona fidei possessore vendita est non potest a possessore rem vindicare, etiam si minori precio vendita est quam valeat.
- 23 Si emptor regressum habeat contra venditorem de euictione.
- 24 Coheredibus mala fide partem absentis coheredis alienantibus, qui rem cum fructibus absentis coheredi restituere tenentur an teneantur restituere fructus in specie, vel aestimationem eorum
- 25 Heredes mariti, licet multi sint vni solum arbitrum ad diuidendum bona communia cum uxore nominare debent uxor vero alium.

QUOMODO, VEL ORDINE, in partitionibus procedatur per iuricem.

CAP. V.



Explicito tractatu de inuentario, & eius effectu, & apprecio rerum in inuentario descriptarum, dictoque de personis arbitrorum, quae vulgo cotadores appellatur, nunc videndum est, qualiter & quomodo iudex in partitionibus procedere debeat, & primo quaeritur.

1 Si el juez ha de proceder en la causa de particion ordinariamente como en todos los otros pleytos, o si ha de proceder breue y sumariamente, quitando y repeliendo todas las excepciones frustratorias, y dilaciones de malicia, que se suelen poner por las partes por alargar los pleytos. Et videtur quod hoc iudicium familiae heriscundae, vel communi diuidendo ordinarium sit, sicut cetera iudicia ordinaria, nam in eo

non reperitur, quod summarie procedatur, causæ enim summariæ, in quibus summarie procedendum est, numerantur per glos. & Doctores in l. 3. §. sciendum, ff. ad exhibend. & in Clementi. dispendiosam de iudicijs, per Bart. in extrauaganti ad reprimendum in glos. summarie quomodo in læsæ maiestatis cri. proceda. libr. 12. cum ergo non sit hoc iudicium de numeratis, ibi nec in iure reperiatur, quod in eo summatim procedatur, videtur dicendum quod in eo via ordinaria procedendum sit, nam regulariter in omnibus causis iudices debent plenarie cognoscere, & procedere, nõ summarie nisi vbi lege cauetur, vt in l. iudices, C. de iudic. vbi notant Doctores post glos. & in dicta l. 3. §. sciendum, ff. ad exhiben. Sed his non obstantibus puto sic distinguendum esse. *O el reo contra quien se pone la demanda, ò se pide particion de la herencia, ò cosa comun la niega, y dize, que el aõtor no es heredero, ni tiene parte en la herencia de que se pide particion, en este caso no ay duda, sino que se hade proceder ordinariamente, y no ha de ser oydo el aõtor sobre esta accion y juyzio, familię herciscundæ, sobre la diuision de la herencia, sino que ha de intentar y pedir primero la petition de herencia via ordinaria, y declarado por heredero, en parte entonces podra intentar y seguir el juyzio diuisorio, famil. hercisc. vel communi diuidundo, casus est expressus vbi notant Doctores in l. 1. ff. fam. hercisc. quam ad alium propositum adduximus supra capit. 1. primæ partis huius tractat. Pero si el reo contra quien se pone la demanda no la niega, sino que confiesa ser coheredero el aõtor que pide la particion, en tal caso el juez ha de mandar à las partes, que cada vno de los coherederos nombre por su parte vn contador arbitro que haga la particion, vt in l. hac edictali, §. his illud, C. de secund. nupt. y señalarles tiempo y lugar, en que la hagan, y junten cada vna de las partes su contador cada dia à la hora y lugar que el juez le señala*

re, y no viniendo à la dicha hora y lugar, que los presentes que vinieren nombrados por las otras partes la hagan, y procedan en ella, apercibiendoles que valdra lo que hizieren, y les parara tanto per juyzio como si por todos los nombrados se hiziesse. Hic est stylus, & practica procedendi in iudicijs diuisorijs, quæ communiter seruatur & recte, nam in eos qui confitentur nullæ sunt partes iudicis ad pronuntiandum, nam confessos in iure pro iudicatis haberi placet, vt in l. vnica, C. de confessis, & in l. si debitori, ff. de iudici. cum concordan. cum ergo sit iam res iudicata, vel proiudicata habeatur quantum ad iudicium principale diuisorium, cetera in quæ exequutione sententiæ incidunt, vel emergunt summatim expediri debent, vt in l. à Diuo Pio, §. si super rebus, ff. de re iudica. & sic erit vnus casus ex numeratis per gloss. in dicta l. 3. §. sciendum, ff. ad exhibend. vbi gloss. allegat dictum textum, in quo casu dicit summatim esse procedendum sicut in cæteris per gloss. numeratis, & idem tenet Bart. in extrau. ad reprimendum superius allegata in glo. super verbo summariæ circa medium in versicul. si vero causa principalis, vbi magistraliter loquitur, & in effectu concludit tradens regulam generalem, quod quando causa principalis non est summaria, sed requirit plenam cognitionem causæ, tunc de emergentibus & incidentibus debet iudex summatim cognoscere, & procedere, quando causa principalis non perditur, siue quis vincat, siue vincatur in eis. *Y ansi se concluye, que en todos los articulos incidentes, ò emergentes del negocio principal antes que el juez pronuncie la sentencia definitiva sobre la particion, ha de proceder en ellos summariamente, de lo qual se insiere y sacan muchos notables efectos. Vt ostenditur in sequentibus.*

¶ Lo primero, que si los contadores, ò apreciadores de los bienes del inuentario,

tario, tassaren alguna cosa en mucho mas, ò en mucho menos de lo que valiesse, y vn de los coherederos temiendose no se la adjudiquen à el en aquel precio subido en que la tassan mas de lo que vale, se agrauiasse dello, y pidiesse al juez, que auida informacion dello, citadas las otras partes la mandasse tassar à otras personas en el justo precio que vale, el juez sera obligado a hazerlo ansi procediendo en ello sumariamente sin dar lugar à dilaciones, ò si le pareciere podra el mismo juez declarar el precio justo que vale, conforme à la informacion que se les diere por las partes, y mandar, que en aquel precio se cargue y ponga en la particion. Secundum quod melius, & æquius sibi videbitur, cum totum hoc iudicium diuisionis pendeat ex arbitrio suo, vt supra diximus. Y lo mismo sera quando se tassare y apreciare en mucho menos de lo que vale, temiendose el heredero, que se haze por darla al otro coheredero, y adjudicarsela en menos de lo que vale, maxime, si el heredero fuesse mejorado en ella por el padre ò la madre, y porque cupiesse el tercio y quinto la apreciassen en menos de lo que vale, ò por otras muchas causas que podrian suceder. En estos casos deue el juez proceder en ellos sumariamente, y determinarlos sin dar lugar à dilaciones de malicia, pues este iuzio summario no perjudica al principal, y si perjudica en algun articulo, puta in dicta taxatione, vel apprecio non præiudicabit, si postea agatur via ordinaria, vt in dict. l. à Di no Pio, §. si super rebus, ff. de re iudic. & in capi. veniens. El segundo, de testi. vbi notat Abba. & Anton. & omnes Scribentes, & Bart. in l. 2. §. 1. num. 5. ff. vi bonorum rapt. quod ius quilibet parti iudex in sententia sua referuare debet quando plenarie de hoc non cognouit, sed melius & facilius faciet si data informatione de grauamine facto in dictis precijs, vel æstimationibus, iufferit alios taxatores nominari ab ipsis partibus, qui iterum reuideant, & faciant appricium

dictorum bonorum super quibus additus est, per quærellam partis grauata, cum hac via facilius, & æquius expediatur negotium illius articuli, per taxatores ab vtraque parte nominatos, vt in allegata, l. ad officium, C. commu. diuidun. & l. 10. titul. 5. partita 6.

7 ¶ Similiter. Si alguna de las partes recusassen alguno de los contadores partidores de los nombrados por las partes, despues que huieren comenzado à conocer del negocio, que lo pueden hazer, vt supra diximus, por alguna justa causa, deue proceder en ello para recibir la informacion de las partes sumariamente, y pronunciar lo que hallare por justicia breue y sumariamente sin dar lugar à dilaciones.

8 ¶ Similiter. Si alguna de las partes dixesse, que algunos de los bienes del inuentario son suyos propios, y que los auia prestado al defuncto, de cuya herencia se trata, y pidiesse al juez que no se apreciassen ni pusiesen por inuentario, deue conocer desto sumariamente, oydas y citadas las partes, y si pareciere ser assi, mandara que no se pongan en el inuentario, ò se quiten del, y no se aprecien: pero si sobre ello huviere alguna duda, vel res requirat altiozem indaginem reseruabit hoc in iudicium directum ordinarium, vt in l. 3. §. ibidem, ff. ad exhibendum, & in l. ille à quo, §. si de testamento, ff. ad Trebell. & quæ ibi notant Doctores, & idem erit faciendum in similibus quæstionibus incidentibus in hoc iudicium. Sed dubitatur. Si en estos casos de que el juez conociere sumariamente, como dicho es, por ser incidentes, ò emergentes del negocio principal, si sera obligado à otorgar apelacion. Respondeo, que no la deue otorgar el juez: lo vno, por ser de auto interlocutorio antes de la difinitiuu, vt in l. ante sententiæ, ff. de appellationibus, & in capit. non solum, de appellation. libro 6.

¶ Lo segundo, porque supuesto que el juez ha de proceder en estos negocios incidentes, ò emergentes, del negocio principal, summarie, como esta dicho en los negocios summarios, no se han de recibir apelaciones frivolas y dilatorias. Vt in Clementina sape, de verbo. signific. iuncto capit. cum appellationibus frivolis, de appella. lib. 6. quod habet rationem, & manifestam equitatem, nam si quævis appellatio suspenderet officium, & iurisdictionem iudicis à quo appellatur, de quolibet articulo incidenti interposita poenæ immortales, & sine fine esset huiusmodi lites, & iudicia diuisoria, vbi multæ quæstiones incidenter emergunt, quas necesse habet iudex dirimere, & super eis pronuntiare, nam de qua recognouerit iudex, de ea quoque pronuntiare cogendus erit, vt in l. de qua re, ff. iudic. ideò ante diffinitiuam sententiam, non debet iudex appellationibus huiusmodi deferre, sed nihilominus ad ulteriora procedere debet quousque causa diuisionis sine debito terminetur.

¶ Incidenter quero de notabili, & quotidiana quæstione, quæ frequenter contingit in huiusmodi iudicijs diuisorijs, à nemine tractata quem ego viderim quæ talis est. Pongamos que el padre ò madre en su testamento mandò que su hyo, ò hija menor tomasse del monton de la hazienda ciento ò dozientos ducados por otros tantos que dize auer dado à su hijo mayor en su vida para pagar sus deudas, ò en donacion, propter nuptias, ò para librarle ò sacarle de la carcel por algun delicto, ò porq dize que el hyo mayor se los tomò de su arca contra su voluntad, vt est casus expressus, qui hanc speciem ponit ad literam. in l. demonstratio. falsa, §. quod autem, & in l. si ita legatum sit, ff. de condit. & demonstratio. El hyo niega auer recibido cosa alguna de su padre, ni auer se lo tomado de su arca como el declaró en su testamento, ò pongamos que el padre, ò la madre, no declaró nada desto en su testamento, pero los coherederos quieren prouarlo, y piden al

juez y contadores, que se lo mande recibir en cuenta de su parte, quid iuris erit in omnibus his casibus, ex quibus plura dubia resultant? ideò sygillatim de vno quoque tractare oportet, & primo videndum est, si el juez que conoce de la particion, puede conocer y pronunciar en este articulo. Respondeo, q los coherederos no pueden oponer ni contradecir al cõpañero y coheredero, la parte q pide de su herencia por deuda, que se pretenda q el deuia al defunto, saluo por deuda q se deuiesse à la misma herencia despues de muerto el difunto, de cuya herencia se trata, como si huuiesse hecho algun daño en los bienes de la herencia, ò si ouiesse tomado y lleuado para si alguna parte dellos, pero de lo que el deuiesse al defunto antes que el finasse no viene en este juyzio de particion, maxime, si el heredero lo negasse. Casus est in l. & puto, §. 1. ff. famil. herciscun. vbi not. glos. & Doctores, & in l. damno commisso, & l. his consequenter, §. sed an in familia, ff. eod. tit. & in l. aduersus cohæredes, C. eod. tit. Tan si el juez que conoce de la particion, no se ha de estender à cononer de semejantes pretensiones, y contiendas, porque no tocã à la particion, y juyzio diuisorio de que se trata. Et requirunt altiorem indagine, ideò ad iudicium directum, & ordinarium remitti debent.

¶ En quãto al otro caso, que es mas dubitable quando el padre ò la madre mandaron que el hyo menor tomasse del monton de la herencia ciento que su hyo mayor le auia tomado, y lleuado de su casa, dubitatur primo, si el hyo lo negasse, que no auia tomado ni lleuado à su padre los cien ducados que el dixo en su testamento, si el juez que conoce de la particion, interponere se debeat ad cognoscendum de veritate huius rei, y pronunciar sobre ello, como sea cosa que no se hizo este daño en la herencia despues de la muerte del defunto, sino antes, por lo qual regulariter, no vienen estas cosas en este juyzio, familiae herciscundæ, vt diximus in quæstione supra proxima.

¶ Lo segundo, si en caso que el juez q̄ conoce de la particion, puede conocer desta causa, incidenter, si mandara pagar à este menor el legado de los ciento que le mandò tomar su padre del cuerpo de la hacienda, ò que lo tome el mayor en cuenta de su parte, no constando ni prouandose auerlos tomado à su padre. Quanto à la primera duda. Respondeo, que el juez q̄ conoce de la particion, puede conocer y pronunciar deste legado que el padre hizo à su hijo, mandando que tomasse ciento del monton de la hacienda: porque aunque no pudiera conocer dello en este juyzio de particion, si solamente declara el padre, que el hijo mayor se los deuia, porque se los auia tomado de su arca, por auer hecho este daño y esta deuda antes de la muerte del testador, y no à la herencia, como està dicho arriba, per legē, & puto, ff. famil. her. ciscun. Pero porque en este caso el testador passò adelante haciendo legado al hyo menor de otros ciento, como los que le auia tomado el hijo mayor, puede el juez q̄ conoce de la particion, conocer y juzgar si ha de llevar el hijo este legado: porque los prelegados que el padre haze al hijo, ò heredero, vienen en este juyzio diuisorio. Vt in l. si qua, C. famil. her. ciscun. & l. si ita legatum, & l. inter cohæredes, §. i. & l. rē pignori & l. si filia, §. Papinianus, ff. eod. tit.

¶ Pero ha se de aduertir, q̄ aũq̄ el juez q̄ conoce deste juyzio de la particion, pueda conocer deste legado si le lievara este legatario: pero no le oyrà sobre la contradiccion q̄ hiziere el hermano, diziendo, que el no tomó à su padre los ciento que el declarò en su testamento que le auia tomado: porque aunque no sea verdad que los aya tomado vale el legado. Quia falsa causa non vitiat legatum, sed vitiat, vt in l. demonstratio, §. quod autem, ff. de condi. & demonstrat. & in dicta l. si ita legatum, eod. tit. quam ita intelligunt, & declarant ibi Doctores post gl. in verbo, causa. Item, & aila ratione, videlicet, quia non debet in his iudicijs admitti exceptio, quam proponere excipientis non interest, vt in l. ille à

quo, §. si de testamento, ff. ad Trebel. Cum ergo legatum hoc modo factū valeat, etsi ea causa sit falsa (vt supra diximus) non debet iudex admittere talem exceptionem, nec probationem alteri fratri inficianti se illa centum subtulisse patri. Lo qual se ha de entender y limitar, saluo si el padre, procederet vltterius, diziendo, que manda al hijo menor, que tome del monton de la hacienda ciento, porque el hijo mayor le tomó ciento de su arca, y quiere que toda via el hijo mayor los buelua al monton de la hacienda, porque en tal caso, audiendus est, & admittenda eius exceptio, si probare velit, se non subtulisse illa centum, sed alterum fratrem, vel famulum forte, vel mercenarium patris, cum distinctione tamen de qua dicemus infra quæstione proxima, aut illa centum excedunt quintum & tertium, vel non. Quanto à la segunda duda si valdra este legado de ciento que el padre hizo à su hijo, sic distinguendum est, ò tratamos del valor del legado, respecto de auer sido la causa falsa, porque el hijo mayor no tomó al padre los ciento que el declarò en su testamento, y en esto no ay duda, sino que vale el legado que hizo al hijo menor, aunque sea la causa falsa de auerle tomado el hijo mayor los otros ciento de su casa y arca, porque el legado se deue y vale, aunque sea la causa falsa porque se hizo, vt diximus in præcedenti quæstione, ò tratamos si valdra el legado si no cupiessa en el quinto y tercio de los bienes del defunto, y en tal caso no valdra el legado si fuesse hecho à extraño en mas de lo que cupiessa en el quinto: pero si fuesse hecho al hijo, como aqui se ha dicho, valdra en quanto cupiere en el quinto, y en el tercio, porque en aquello puede mejorar el padre à vno de sus hijos conforme à las leyes del fuero, y de Toro, quæ vulgares sunt. Y ansi se ha de entender y limitar, dicta lex, si ita legatum, & l. demonstratio falsa, §. quod autem, de conditio. & demonstratio. La tercera duda es, si el padre, ò la madre no dixessen en su testamento q̄

el hijo menor tomasse del monton de la hacienda ciento, por otros ciento que le tomó de su arca el hijo mayor, sino que solamente declarasse que su hijo mayor le lleuó y tomó ciento de su casa, ó que el se los dio para pagar sus deudas, ó sacarle de la carcel, ó que se los dio en donacion, propter nuptias, quando se caso el hyo, y manda que se le cuenten en su parte: pero no dize, ni manda al otro hyo otros tantos como en el primero caso se hizo y dixo. Hic dubitatur, si el hyo niega no auerlos recibido, y no se prouasse por los coherederos lo contrario, ni q se los dio el padre, como el lo declara en el testamēto, en tal caso parece q no se ha de estar à la declaraciō q hizo el padre, ó la madre en el testamēto en perjuizio de tercero, no prouándose, y lo mismo seria si dixesse auer dado à vna hija endote ciento, y à otra dozientos, sino se prouasse, por que negandolo los hijos no serian obligados à traerlo à colacion y particion, por no auer prouança. Quia non est standum affectioni, vel confessioni patris factæ in testamento in præiudicium filiorum, vel alterius, vt in l. rationes, C. de probatio, vbi not. DD. & in l. cū quis decedens, §. codicillis, ff. de legatis 3. & in l. qui testamentum facieuat, ff. de probatio. & in authent. quod obtinet, C. eod. tit. Pero esto se ha de entender, y limitar desta manera, que si el padre en la declaracion que hizo, diciendo, que auia dado à su hijo, ó hija, tanta quantidad en dote, ó en donaciō, propter nuptias, no passasse adelante disponiendo otra cosa, entonces, aura lugar la conclusion arriba dicha, que no se ha de estar à la declaracion que el padre hizo en su testamento en perjuizio del hijo, ó hija, diciendo, que le auia dado tal cosa, ó tanta quantidad en dote y casamiento, no prouandolo los herederos: pero si passasse adelante, mandando, que por quanto el auia dado à su hijo, ó hija, la dicha quantidad, que quiere y manda q lo trayga à colacion, ó se le quente en su legitima, tunc enim aliud erit, y se ha de distinguir, hoc modo, ó el padre, ó madre que hizo la dicha declaracion, auia dado, ó mejorado à otros sus hi-

jos en el tercio y quinto de sus bienes, en tal caso sera lo mismo que en el caso supra proximo, que no valdra la dicha declaracion por el hecha en perjuizio del hijo, sino lo prueua: pero si no ha hecho la dicha mejora, en tal caso valdra la dicha declaracion que haze, de auer dado la dicha quantidad à su hijo, aunque no se prueue, poniendo la dicha clausula en su disposicion, que manda que lo trayga à colacion, ó que se le quente en su legitima, como no exceda del tercio y quinto aquella quantidad que le manda contar ó traer à colacion. Ea ratione quia pater potest grauare filium in tertio & quinto bonorum suorum, quæ reliquit tempore mortis, dum tamen non relinquat, nec donet illud tertium extraneo, sed disponat de eo inter liberos, vt in l. 9. titul. 5. lib. 3. fori, approbata per leges Tauri. Cum ergo testator in hac sua declaratione & dispositione disponat inter liberos suos, bene valet dicta dispositio, & grauamen alterius filij vsque ad tertium & quintum, nec interest verum sit, siue falsum, se dedisse filio illa centum, vel quantitatem, quam dixit dedisse in suo testamento, quia cum quantitas certa posita sit in testamento, valet iure legati, vel fideicommissi facti in fauorem aliorum filiorum, vt de portione illorum illa non deducantur, sed imputet alius filius in legitima, vt in dicta l. demonstra. falsa, §. quamuis, ff. de condi. & demonstrati. & in l. Lutius, §. Sempronie de legatis 3. & expressius in §. sed si vxori maritus instit. deleg. cuius verba sunt, sed si vxori maritus dotem legauerint valet legatum, quia plenius est legatum quam de dote actio, sed si quam non acceperit dotem legauerit diui Seuerus, & Antonius rescripserunt siquidem simpliciter legauerit inutile esse legatum, si vero certa pecunia, vel certum corpus, vel instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt valere legatum, en

en igitur vbi legatum valet quando certa quantitas, vel species demonstratur, etiamsi falsa sit causa legandi ex quibus infertur noua, & notabilis limitatio ad dictam legem rationes, C. de probatio. & ea quæ ibi tradunt Doctores, & in dicta l. cum quis decedens, §. codicillis. & in l. qui testamentum faciebat, ff. de probatio. vbi habetur, quod ea quæ testator declarauit in testamento sibi deberi non valent, nec præiudicant debitoribus, nisi probentur, si tamen testator super his disposuit iubens ea reddi, vel imputari, in partem hæreditatis suæ in personis quas potuit grauari, vt in hæredibus, quod valebit talis declaratio, vel dispositio etiam si non probentur in præiudiciũ tertij quod est valde notandum, & mēti tenendum.

¶ Pero pongamos que lo que el testador declara auer dado à su hyo, y lo manda traer à colacion, fuesse tan gran cantidad, que excediesse el tercio y quinto, ò que tuuiesse hecha mejora de tercio y quinto à otro hijo, de tal manera, que no pudiesse mejorar à otro, en tal caso si el hijo negasse auer recibido aquella cantidad, en lo que excediesse el tercio y quinto, se ha de conocer dello en este iuyzio de la particion sumariamente, y recibir à prueua dello à las partes con vn breue termino, remitiendo la prueua al juez los contadores, ò mandar que den informacion dello las partes, y segun lo que prouaren determinara este articulo, vt colligitur ex supradictis.

¶ Item quæritur. Si el testador mandò en su testamento que sus bienes no los partiessen, ni diuiesen sus herederos, si el juez admitira esta excepcion contra el coheredero que pide la particion, ò si admitida pronunciara por ella, mandandola guardar. Respondeo, que si el testador mandò en su testamento que no pudiesen sus herederos partir ni diuidir sus bienes que vale, y se ha de guardar su disposicio, vt tenet glos. & Doctores, in l. fin. C. communi diuid. & Bart. quem cæteri sequuntur in l. si conuenerit, ff. pro So

cio, vbi est tex. expressus, & in l. idemque, §. fin. eod. titul. Por lo qual el juez ha de admitir esta excepcion, maxime cū ex ipso testamento coniter, nec opus sit aliqua probatione, nec dilatione. Pero si el coheredero que pide la particion, dixesse y alegasse, que su coheredero le es muy odioso, rixoso, y molesto, ò alguna otra causa justa, entonces deue el juez conocer destas causas breue, y summaria-mente. Vt supra diximus de alijs quæstionibus incidentibus. Y segun lo que se prouare pronunciara, y mandara lo que se deue hazer de justicia en este articulo, sed in legitima credo, quod tale graua- men pater non possit imponere, sed ipso iure reijciatur, vt in l. quoniam in priqribus, C. de inoffici. testamen. in alijs autem bonis hæreditarijs valebit talis dispositio patris.

¶ Item quæro, si vno de los coherederos est à ausente, si los presentes podran hazer la particion sin el, y si el juez que conoce de la causa podra mandar, y apremiar à los presentes, que la hagan, y si se hiziere la particion, si parara algun perjuicio al ausente quando viniere contra ella, ò si valdra quanto à los presentes, ò si se reuocara in totum, y que remedio, ò diligencia se podra tener para que valga la particion estando el vn heredero, ò algunos dellos ausentes, & quid index facere debeat in hoc articulo. Respondeo. Que si el vn coheredero, ò alguno dellos pidieren particion de los bienes del difunto, y por la peticion de los presentes, ò por el testamento consta, que ay otros coherederos, à todos les deue mandar dar traslado, y termino en que digan contra lo que piden los presentes, pues se trata de super iuyzio. Vt in l. de vno quoque, ff. de re iudic. & in l. nam ita Diuus, ff. de adoptio. cum concordant. O mandarles à todos, que nombre cada vno su contador por su parte que haga la dicha particion dentro de vn breue termino, ò parezca à dar razon porque no lo deua hazer, que es lo mismo que citarles, porque el mandamiento que el juez da con audiencia se conuierde en

simple citacion, y no obra mas que citacio, vt tenet Bald. & Salic. in l. i. C. comminationes vel Episco. y no pareciendo estar citado el ausente, no procedera en la causa hasta que se cite, porque ad officium iudicis pertinet sustantare litē, & processum, vt in authen. offeratur, C. de litis contes. vbi notant Doctores, & in §. i. insti. de offi. iudi. Bar. & moderni in l. 4 §. hoc autem iudicium, ff. de damno infecto, l. ædiles etiam, §. sciendum, ff. de ædili. edicto. tunc enim poterit iudex ad petitionē cohæredum præsentium, mandar citar el ausente, y sino pareciesse ni se hallasse en la tierra, ni se esperasse venir de proximo, entonces constando por informació dello le podra mandar proueer de vn curador, ò defensor à sus bienes, con el qual se podran hazer los actos de la particion, vt in l. i. & per totum, C. & ff. de cura. bon. dan. vñ tamē est aduertendum.

17 Que para que vala lo que este curador del ausente hiziere, se requiere que primero se cite, ad domum, y por sus editos, porque alias non potest dari defensor bonis absentis, vt ei præiudicium fiat secundum Bald. in rubric. C. de successione. edic. & Salicet. in dicta l. cohæredibus, C. de fami. hercis. qui ponit hanc practicam diuidendi contra absentē, licet hoc malè seruetur in practica, solent enim iudices habita prius cognitione, vel informatione de absentia prouidere bonis absentis curatorem, sine aliqua citacione, quod credo verius esse & sufficere attenta, l. par. in tit. 2. par. 3. l. 12. quæ super hoc disponit.

¶ Pero pongamos que los cohærederos presentes no hazen mencion del ausente, porque le tienen por muerto, ò por otras causas, ni presentan el testamento, por el qual podria parecer como es heredero, ò no le ay, porque el difunto murio, abintestato, y ansi se hizo la particion sin el ausente, y sin citarle, este es caso claro que no vale la particion, ni le perjudicò al ausente, vt in l. cohæredibus, C. famil. here. & in l. 2. ff. eod. tit. sed dubitatur,

si ya que no vale la particion en perjuizio del ausente, si valdra quanto à los presentes, de tal manera, que dandole su parte cada vno de los presentes que hizierò la particion, puta la quarta parte, pro indiuiso de lo que possce cada vno si erã quatro herederos, ò la quinta, si eran cinco, & sic de singulis, quedara en todo lo demas firme la particion hecha en ausencia del vno, ò se boluera à hazer toda de nuevo como inualida, quod esset maximi effectus si ita esset, nam possset vnus ex cohæredibus præsentibus petere, vt ceteretur tota diuisio, quæ facta est vno absente, quia sentit se grauatum, non à iudice, nec ab arbitris, qui eam fecerunt, sed melioramentis factis in rebus hæreditarijs, quæ audi dicatæ sunt alijs cohæredibus: quia cursu temporis multo plus valent hodie quam olim tempore quo facta fuit diuisio, vel fortes sentit grauamē ex eo quod animalia, quæ sibi adiudicata sunt mortalitate perierint, vel ex alijs causis. Respondeo, que la particion hecha en ausencia del vno de los cohærederos, no vale en perjuizio del ausente, pero quanto à los presentes que la hizieron y consintieron en ella, sera valida, y se cumplira con el ausente con dalle y entregalle cada vno de los presentes que hizieron la particion su parte que le pertenece, pro indiuiso: ita colligitur ex illo tex. in dicta l. cohæredibus, ibi iuri absentis, & ignoratis minime, derogari, & ibi acpro indiuiso portionem eam quæ in initio ipsius fuit in omnibus communibus rebus eum retinere certissimum est, vnde portitionē tuam cum redditibus arbitrio familiæ herciscudæ percipere potest, hoc etiam tenet expresse gloss. in verbo pauciores, in l. 2. in fin. ff. famil. herciscun. cum qua transeunt ibi Bart. & Albe. & omnes Scribentes.

19 ¶ Sed quid si vnus ex cohæredibus, de los presentes que hizieron la particion no possce la parte que le cupo, porque, fortassis, la vendio luego, porque erã ganados, trigo, ò otras cosas muebles, las quales

quales murieron, ò se han consumido, ò se vendieron en baxos precios, y agora valen mucho mas, si sera obligado este coheredero presente que recibio su parte de la dicha herencia con la del ausente, à pagar la estimacion de lo que toca al ausente, ò si sera libre no possedyéndola, ò auiedo se muerto, ò consumido, ò si la vendio en baxos precios, si cumplira con pagar à rata la parte del ausente que recibio, ò si sera obligado à pagar lo que mas agora vale, ò si es vna, y no consumida, y la tiene otro tercero en baxo precio, porque se la vendio el coheredero presente por cosa suya, si la prodrá pedir al possedor, ora sea mueble, ò rayz, valiendo mucho mas agora. Videamus de his omnibus, quid iuris sit, in vno quoque casu, quia contingibile est, & maxime effectus.

20 ¶ Respondeo. Que si este heredero que está ausente, quisiere recibir el precio porque fue vendida su parte, que tiene derecho para pedillo, y cobrallo del coheredero presente que vendio su parte de la dicha herencia juntamente con la suya, y de cada vno de los presentes que la huviere vendido, porque aunque parece que no le compete à este heredero ausente accion para cobrar el precio de su parte que tenia en la cosa, ò herencia que le fue vendida sin su voluntad, y que el vendedor es libre, porque no posee ni dexò de poseer por su dolo. Quod est generale in omnibus actionibus realibus, vt in §. omnium, institut. de action. vbi notant Doctores, & in l. regulariter, ff. de petit. hære. & in l. i. ff. de alienatio, iudicij mut. causa facta, & in l. mater tua, C. de reivendi. sed in petitione hæreditatis contrarium est, quia iudicium est vniuersale in quo precium succedit loco rei, l. si & rem, & precium, ff. de pet. hæred. & in l. item veniunt, §. præter hæc, & §. cæterum, ff. eodem tit. Pero sino quisiesse recibir el precio que se hizo, y procedio de su parte porque se vendio en baxo precio, ò porque era rayz lo que se vendia, y quiere su parte con los fructos, tunc distinguendū est. O este coheredero que vendio su par-

te juntamente con la que le pertenecia al coheredero ausente, era possedor de buena fee, vel erat malæ fidei possessor, quod ex multis iustis causis effici potest, vt sit bonæ fidei possessor alienæ hæreditatis absentis, exempli gratia, ponamus, quehuuo fama que este coheredero ausente era muerto, y passaron muchos años que estuuò ausente, y fuera del Reyno, en partes muy lexos, de tal manera, que communiter, se tenia por muerto. Vt habetur in l. fin. ff. de hæred. institut. vbi est casus expressus, en tal caso no podra este coheredero ausente, pedir su parte que le fue vendida, al possedor q̄ la tiene, ora sea vendido en el justo precio que valia, ò en el menor. Ne præiudicium fiat bonæ fidei possessori, qui eam vendidit si de euictione conueniatur venditor re euicta à vero heredero. Si vero malæ fidei possessor est cohæres præsens, qui rem alienam distraxit cohæredis absentis puta, quia sciebat viuere cohæredem absentem, vel alias. En tal caso tendra eleccion el coheredero ausente, de tomar el precio porque fue vendida su parte, y à cobrarlo del coheredero que la vendio, ò pedir al mismo que la vendio. Quia dolo desij possidere, la misma cosa que le pertenece con los frutos, como si la possyera, ò pedirla al tercero possedor. Ipsam rem cū fructibus, como el mas quisiere. Hæc notabilis distinctio summitur, ex lege item veniunt, §. præter hæc, versi. itē eos, & versic. eos autem, & in §. cæterum, ff. de peti. hæred. & in l. si possessor, §. restituere, & l. si & rē & precium, & l. sed etsi lege, §. i. & §. proinde, & in §. consuluit, & in §. item si rem distraxit. El segundo, ff. de petit. hæred. Lo qual en tanto es verdad, y procede que el bonæ fidei possedor de la herencia agens, si la vendio con buena fee, ò alguna cosa della creyendo que era toda suya, no es obligado à pagar al heredero vero cuya era la herencia, mas del precio porq̄ la vendio, aunq̄ sea menos de lo que valia, y si la vendio en menos precio, y aquel precio se ouiesse perdido, ò lo ouiesse empleado en otra cosa, y

aquella se huviesse perdido sin culpa del
vendedor, que era poseedor de buena fee,
no sera obligado à restituyr al heredero
cuya parte vendio, mas de aquello que se
convirtio en su provecho, y se enriquecio
con ello, y sino se aprovecho dello, no sera
obligado à restituyr cosa alguna. Vt in l.

22 *utrum autem, ff. de peti. hære. vbi no-
tant Doctores, & in l. sed & si lege, §.
item si rem distraxit. El primero, eod.
tit. quod est maxime notandum, quia
sæpe contingit, & quilibet interroga-
tus fortasse diceret oppositum, nisi ca-
sum illius legis videret in d. l. sed et si
lege, §. item si rem distraxit. El segun-
do, de peti. hæred. cuius decisio pro-
cessit in favorem bonæ fidei possesso-
rum, quæ nimis dura videtur, vt hæres
absens, qui venit ad recuperandam
suam hæreditatem, quam bonæ fidei
possessor vendidit, vel aliquas res hæ-
reditarias modico precio, & illud for-
te consumptum sit, nec à venditore
refarciri potest, vt supra diximus, non
possit rem suam non præscriptam, nec
vscaptam vëdicare à possessore, qui
eam tenet, & rē suam sine facto, & cul-
pa sua perdat propter bonam fidem
venditoris contra regulam iuris, id
quod nostrum est sine facto nostro à
nobis auelli non potest, ff. de regul.
iur. sed ita lex scripta est, & habet ma-
gnam æquitatem si bene considere-
tur, vt per omnia habeatur bonæ fi-
dei possessor hæreditatis alienæ, ac si
dominus esset, dum tamen non efficia-
tur locupletior ex ea. De lo qual se in-
fiere, y concluye, que el vendedor de la he-
rencia del ausente que vende con buena
fee, aunque la vendiesse por menos de lo
que valia, no sera obligado à pagar al he-
redero ausente cuya era la herencia que
23 vendio, sino solamente lo que se convirtio
en su provecho. Y lo segundo, que aunque
la herècia, ò cosa hereditaria lo posea un
tercero que la comprò del, bonæ fidei,
poseedor, aya rentado mucho al compra-
dor, ò vala mucho mas de lo que recibio
por ella el vendedor, no la podra pedir ni
sacar el señor, y heredero à quien pertene*

cia la herècia, ò cosa hereditaria del posee-
dor q̄ la tiene cõprada, ni pedir los frutos
della, y los perdera el señor de la cosa here-
ditaria cuyos eran. Quod est mirabile,
hoc tamē intelligendū est cum mode-
ramine posito in dicto §. item si rem
distraxit. El segundo, quando emptor
hæreditatis regressum erat habiturus
de euictione contra vëditorem, quod
est regulare, aliud vero esset si non ha-
biturus erat regressum de euictione
contra venditorem puta, si venditor
ex pacto noluit teneri de euictione,
sed vt venditor suo periculo emeret,
ipse autem solum ad precium restituē-
dū teneretur, tunc poterit verus hæres
rem suam vendicare à possessore, cui
bonæ fidei possessor hæreditatis eam
vendiderat, vt colligitur ex illo textu
in dicto §. item si rem distraxit ibi, &
puto posse res vendicari, nisi emptor-
es regressum ad bonæ fidei possesso-
rem habeant.

¶ Sed ponamus. *Que los coherederos
presentes que hizieron la particion en au-
sencia del coheredero, huviesen mala
fee, sabiendo que su hermano, ò coherede-
ro era viuo: y hiziesen sin el la particion*
24 *Certum est, quod tenerentur ei resti-
tuere partem suam cum fructibus, vt
in dicta l. cohæredibus supra allegata,
nunc dubitatur, si han de boluer los fru-
tos en la misma especie, ò en la estimaciõ
dellos? Quod ex maximi effectus, como
si fuessen los frutos en trigo, vino, ò azey-
te, y al tiempo que los coherederos los co-
gieron y consumieron, valian à baxos pre-
cios, y agora valen à mucho mas, y parece
que seran obligados à boluerlos en la mis-
ma especie, lo vno por ser poseedores de
mala fee, que estan obligados a todos es-
tos daños. Y lo segundo, porque supuesto q̄
no hizieron los frutos suyos, claro està, q̄
lo han de restituyr, in specie, como los re-
cibieron. Quia id quod nostrum est si-
ne facto nostro à nobis auelli non po-
test, vt in l. id quod nostrum, ff. de re-
gul. iuris, sed hoc casu puto sic distin-
guendum, ò los frutos son estantes y no
consumidos, ò consumidos de proximo de*

un año, ò de dos, ò de tan poco tiempo que se pudierã conseruar hasta agora, y en tal caso, sine dubio, seran obligados à boluer estos frutos en la misma especie, aunque los ayã consumido, ò vendido en el justo precio que valian entonces, porque no pudieron venderlos ni consumirlos, porque cometieron hurto en ello. Vt in l. illud. ff. de peti. hæred. & in l. si possessor, §. fi. cod. tit. & in l. mala fide, C. de condit. ex lege. Pero si estuiesse mejor al heredero que pide, recebir el precio, lo puede hazer y elegir, ò pedirlos en la misma especie: saluo si los ouiesse vendido con alguna justa causa, como si fuesse para pagar las deudas de la herencia, que entonces no seran obligados à boluer mas del precio, como sea el precio justo que valian: pero si los frutos fuesen consumidos, ò vendidos mucho tiempo antes que el heredero ausente viniesse à pedirlos, de manera que no se podrian conseruar hasta entonces, y fue util y necessario venderlos, en este caso no seran obligados à pagar mas del precio porque fueron vendidos, aunque valian mucho mas. Hæc distinctio colligitur ex l. item veniunt, §. simili modo, & §. cæterum, & in l. si possessor, §. quod si post, & in §. fin. & in dicta l. illud, ff. de peti. hæred. & in l. eum qui, ff. de his quib. vt indign. hab. vbi not. Bart. & in l. & ex diuerso, §. fin. ff. de reuendicatione, licet non tam exacte nec in specie distinguat, sicut distinguitur in legibus supradictis de pet. hæredita. ff. vbi plenissime distinguitur, vt supra diximus. De lo qual se sigue que aunque estos coherederos presentes q̄ vendieron la herencia del ausente, la qual han de boluer con los frutos que son de tantos años, quæ verisimiliter, estan consumidos y gastados, porque no se podian conseruar tanto tiempo: que ora sean poseedores, male fidei, ora bonæ fidei, no seran obligados à pagar estos frutos in specie, sino la estimacion en que fueron vendidos, aunque al tiempo que se pidan valan mucho mas, quod est notabile, & contingibile. Y por el contrario, si valiesse mucho menos al tiempo q̄ se han de restituyr,

de lo que valieron los años que fueron vendidos, se han de pagar al precio que fueron vendidos, y no como de presente valen, aunque el reo los quiera restituyr, in specie, boluiendolos à comprar para pagarlos. Etiam si bonæ fidei possessor sit, quia non debet lucrifacere aliquid de re hereditaria, vt in l. si & rem, & precium in fine, ff. de petit. hæredit. quod est notabile, & contingibile, & maximi effectus, & potest extendi, & habere locum non solum in casibus supradictis, sed in omni possessore alienæ rei, siue conueniatur actione vniuersali petitionis hæreditatis, siue actione particulari reuendicationis, vt colligitur ex traditis per Bart. in dicta lege, & ex diuerso, §. fin. ff. de reuendicati. & in l. qui restitueret, eod. tit. vltius videndum est quid facere debeat iudex ex offic. suo. Despues que

25 uno de los coherederos presentes pidio particion: y los otros coherederos presentes se hallanaron, y confessaron q̄ el actor es su coheredero, nam vt supra diximus, ha de mãdar, q̄ cada uno de las partes nõ bre y elija un arbitro contador, ò partidõ para que hagan la particion: pero pongamos que muerto el marido sin hijos dexados ò ò tres hermanos por herederos, y de otro hermano muerto quedan dos ò tres sobrinos hijos del hermano difunto, y queda la muger viua, dubitatur, quantos cõtadores se han de nombrar, y quien ha de nombrarlos? Respondeo, que quanto à la particion que se ha de hazer con la muger, respectõ de los bienes ganados, y mejorados durante el matrimonio, todos los herederos han de nombrar solo un contador y la muger otro: porque todos los herederos representan una persona sola, que es el defuncto que los dexò por herederos, y ansi toãos ellos pretenden una misma cosa, que es el interresse de la hazienda repartido en uno, ò en muchos, y la otra es la muger, que pretende tanto como todos ellos juntos de su mitad de multiplicado, y ansi han de nombrar y igualmente un cõtador todos los herederos que representã la una parte, y la muger otro, que es la

otra

otra parte: pero acabada la particiõ con la muger y los herederos del marido, viniendo à partir los herederos entre si cada heredero nombrara su contador en esta manera: que si ay dos hermanos del marido defunto viuos, y de otro hermano muerto muchos hijos que tambien quedarõ por herederos, ex testamẽto, ò ab intestato, todos ellos nombraran vn contador, ò partidor, como vn heredero, y los otros hermanos viuos, cada vno el suyo, porque todos los hijos del hermano defunto representan la persona de su padre, que es vn heredero solo, y a si no nombraran mas de como vn heredero, como si su padre fuera viuo. Quia loco vnus hæredis habentur, vt in authentic. cessante, & in authentic. post fratres, C. de legit. hæred. & in §. cum filius, instit. de legit. hæredi. & habetur in l. hac edictal. §. i. C. de secund. nupt. vbi notant Doctores.

- 1 Arbitri ad diuidendum dati ante omnia debent ex officio iubere, vt partes exhibeant memoriales suos vnusquisque de prætensionibus suis, & quid facere debeant super positionibus & iuramentis, ibidem.
- 2 Quid facere debeant arbitri si aliqua pars ex cohæredibus dicat plura bona reliquisse defunctum quam scripta in inuentario reperiantur.
- 3 Quid sit mulier petet ab arbitris ne imputentur in parte sua, vel mariti vestes lugubres quas fecit pro marito suo.
- 4 Vestes lugubres quas hæredes mariti dederint uxori eius tenentur hæredibus reddere, si ad secunda vota transierit.
- 5 An hæredes viri teneantur alere uxorem interea quod dos non fuerit ei redita, nec paruo facta.
- 6 Si uxor pregnantis relinquatur, ali debet quousque pepererit de bonis mariti.
- 7 Mulier indistincte ali debet de bonis communibus, & his deficientibus de bonis viri, siue sit pregnantis, siue vacua

habeat, vel non habeat filios quousque dos sibi soluta fuerit.

- 8 Maritus non tenetur computare in sortem fructus pignoris data pro solutione dotis interea quod dos non soluat.
- 9 Arbitri debent ante omnia iubere, vt bona defuncti descripta in inuentario apprecientur, quia sine appraisibus impossibile est partitionem fieri.
- 10 Debita defuncto debent in inuentario poni, & census vel tributis, quæ debebantur vsque ad mortem defuncti, non quæ postea acquisita sunt hæredibus, & idem de fructibus bonorum mariti vel uxoris.
- 11 Si pater meliorauerit filium in tertio vel quinto bonorum non intelligitur melioratus in parte fructuum, qui ex bonis hereditarijs post mortem eius colliguntur, sed ad hæredes proportionibus hereditarijs pertinent.
- 12 Mulier si decesserit fructibus apparentibus expensis mariti partem dimidiã habere debet, etiam si maturi non sint, & dabitur hæredibus eius.
- 13 Mulier cui maritus legauit quintum bonorum suorum defuncto marito fructibus apparentibus in prædijs, vel iã maturis habebit dimidiã eorum iure societatis, & ex alia dimidia fructuum ad maritum, vel eius hæredis pertinentium habebit quintum iure legati.
- 14 Item mulier cui maritus quintum bonorum legauit si hæredes eius moram fecerint in soluendo prædicto legato habebit illud cum omnibus fructibus quinta partis bonorum etiam si multo tempore dilatetur partitio bonorum.
- 15 An hæredes mariti possint quintum bonorum, quod maritus legauit uxori soluere in pecunia, vel bonis mobilibus quæ fructus non producunt, vt excusentur à fructibus, & quando hoc facere possunt.
- 16 An sit innouatum aliquid super his fructibus ex quinta parte bonorum legata uxore per legem 20. de Toro, que

quæ hoc loco declaratur.

27 Si maritus legauit uxori, vel ali quintum bonorum in certo pradio, quod quintum faciebat, an omnes fructus illius pradij ad legatarium pertineant post mortem testatoris si multa alia legata pia fecit, quæ exire debent de quinto.

DE OFFICIO ARBITRORUM, qui vulgo contadores appellantur.

CAP. VI.



ISO de officio iudicis ordinarij, quod versatur in diuisione, seu partitione bonorū faciendā, nunc de officio arbitrorum ad diuisionem faciendam datorum videndum est, & primo quæro, quid si isti arbitri, qui vulgo contadores appellantur inter se discordent, ita vt dato tertio arbitratore per iudicem, adhuc omnes discordent, taliter vt non inueniantur duo eorū concordēs, vt quod maiori parti visum fuerit seruetur, sed quia superius de hoc visum est vbi de æstimatoribus bonorum in inuentario descriptorum diximus necessariū non est iterū de his tractare, sed quod ibi diximus hic repetitum, & responsum intelligendum est.

Secundo quæro. *Que deuen hazer los arbitros contadores despues que fuerē elegidos, y nombrados por las partes? Respondeo: Ante todas cosas deuen mandar à las partes, que dentro de vn breue termino den cada vno los memoriales de su derecho, y pretension que tienen cerca de los bienes, y herencia que se han de partir, y sino los dierē, que veran los memoriales que dierē las otras partes, y daran sus pareceres sobre ello, como por derecho hallaren, y lo mismo proueeran, y mandaran que exhiban ante ellos el inuentario de los bienes del defunto, sino està hecho, ò acabado, que lo hagan, y acaben dentro*

de vn breue termino, con apereibimien- to, &c. Hæc sunt quæ solent isti arbitri ex officio suo facere, nam sicut iudex ordinarius officio suo mercenario, quod deseruit actioni propositæ, tenetur acta, & litem ordinare, & copiam dare actorum, similiter isti arbitri delegati ad diuisionem faciendam hæc officio suo facere tenentur, & postquam inuentarium eis fuerit exhibitū. Y presentadas las peticiones, y memoriales de las partes de sus pretensiones, y de qualesquier otras peticiones que dierē las partes en perjuyzio de las otras, regulariter, han de mandar dar traslado dellas à las otras partes, salvo si se pidie re que juren y declaren algunas cosas tocantes à la dicha particion por via de posiciones, ò declaraciones, ò en otra qualquier manera, porque en tal caso no darà traslado desto, sino remitirlo han al juez con su parecer, que conuene que las partes declaren aquello que se les opone por la contraria, para que el juez los apremie à ello. Nam licet isti arbitri quodammodo delegati videantur ab ordinario, non tamen tam lata iurisdictione eis commissa videtur, vt hæc facere possint, imo si facere possent facile contemnerentur eorum iussa, ideò stylus hoc seruat, vt iudici referatur, cuius autoritate iudicia arbitrorum executioni mandentur, quæ practica sumitur, ex l. cum fideicommissum, in fine, ff. de confes. ibi: sed ex superiore casu ad prætorem remittere debent, vt absoluantur.

2 ¶ Tertio quæro. *Que deuen hazer los contadores si alguna de las partes dixere, que quedaron mas bienes del defunto al tiempo que murio, de los contenidos en el inuentario? Respondeo, que darà traslado à la otra parte, y mandará que den informacion dello ante el juez dentro de vn breue termino, ò daran por su parecer al juez que se deue recibir à prueva sobre ello dentro de vn breue termino, y lo mismo haran sobre otras qualesquier contiendas que ouiere entre las partes, que consistan en prouança: como si dixessen,*

sen, que una de las partes auia recebido tanta cantidad de los bienes del defunto en dote, ò donacion, propter nuptias, auiendo hijos, ò en otra manera, ò no auie dolos, que el marido, ò la muger auia dado durante el matrimonio, a algun pariente suyo alguna cantidad para casarle, ò para otro efecto: y el viuo, ò los herederos del muerto que no auian sacado nada, quieren sacar otros tantos del monton de la hazienda. Et alia multa quæ causæ cognitionem desiderant, & in his debent arbitri sententia sua declarare, & iudici referre, vt de his partes ad probationem admittat, vel summam testes vtrisque partis recipiat, vt secundum allegata, & probata causa, & articulus ille diffiniatur, vt latius de his diximus in præcedentibus.

3 ¶ Quarto quæro. Si la muger del defunto pide à los contadores que no se le quite en su parte que ha de auer de los bienes comunes ganados durante el matrimonio, ni en su dote, los vestidos de luto que hizo para su persona por la muerte del marido. An audienda sit, vel hanc impensam deducere debeat de bonis mariti? Respondeo, que los herederos del marido son obligados à dar à la muger los vestidos de luto ordinario, para que los trayga por su marido defunto, vt tenet expresse Alexan. in additio. ad Bart. in l. si ex re, §. fin. ff. de stipul. seruo. & idem Alexan. in l. si ususfructus, §. dos legata, ff. ad legem Falcid. dicunt tamen ibi Alex. Angel. & Ioan. de Imol. quod standum est consuetudini regionis, si verò transferit ad secundum matrimonium, quod reddere teneatur prædictas vestes hæredibus viri, & ita feruatur. Que si casare despues la muger ha de boluer estos lutos à los herederos del marido: como se haze en lo del lecho quotidiano, que lo ha de boluer à los herederos del marido, casandose despues otra vez. Vt in l. 6. tit. 6. lib. 3. fori, & idem tenet Montal. in glo. super dicta l. 6. tit. 6. lib. 3. fori, in gloss. 1. circa medium.

5 ¶ Quinto dubitatur. Si la muger pi-

dere à los contadores, que le descuenten de los bienes del inuentario, la costa que ha hecho en alimentarse despues de la muerte del marido, antes que se haga la particion, ni le ayan entregado su dote, quid de iure fieri debeat in hoc casu, y si los contadores le descuentan de los bienes del inuentario lo que ella ouiere gastado en alimentarse despues q̄ murio su marido, entretanto que no se haze, ni acaba la particion. Respondeo, que si quedan hyos de aquel matrimonio, todo lo consumido y diminuydo de los bienes del inuentario, se le descontará, auiendo lo gastado en alimentarse à si, y à los hijos de su marido, porque aunque la compañía sea deshecha de entre el marido, y la muger por la muerte del vno dellos, pero tacitamente es visto durar, ò auerse contraydo de nuevo con los herederos, estando toda via en ella como primero, comiendo, y gastando del monton de los bienes sin cuenta, ni razon dello, ni de que bienes se gasta. Argumento legis 1. & legum totius tituli, ff. de eo. qui pro tuto. nego. gessit, & ea maxima ratione, quia contractus societatis solo consensu contrahitur, sine verbis maxime inter simul habitantes, vt in l. perceptione, ff. de his, qui deiece. vel effude. & in §. 1. instit. de societa. notat Bald. in l. 1. C. qui testa. face. poss. & in l. 1. & 2. ff. de his, qui deiece. vel effude. & Ioannes Faber in dicto §. 1. instit. de societa. Bart. & Doctores in l. coire, ff. pro Socio. Pero sino tuuiesen hijos que se ouiesen alimentado juntamente con la muger, de los bienes hereditarios: entonces es mayor la duda, si se alimentará la muger de los bienes comunes que estan por partir entretanto que se haze la particion, y le entregan su dote, quo casu videtur dicendum, que si quedò preñada se ha de alimentar de los bienes del marido, y sino de los suyos propios, y no del marido. Text. est expressus in l. 1. §. mulier, & in l. curator ventris, ff. de ventre in possessio. mitten. cuius sunt verba, curator ventris alimenta mulieri statuere debet, nec ad rem pertinet an dotē habeat,

habeat, unde sustentare possit, quia videntur, quæ ita præstantur ipsi præstari, qui in vero est, hoc etiam, & clarius probat text. in dicta l. 1. §. mulier, eod. titu. cuius verba sunt, mulier autem in possessionem missa ea sola sine quibus se sustinere, & ad partum usque produci non possit sumere ex bonis debet, & in fine dictæ legis primæ, clarius probatur ibi: etsi sciens prudensque se pregnantem non esse consumpserit de suo, id eam consumpsisse labeo ait, en ergo text. qui aperte disponit, quod mulier non debet alimentari de bonis mariti defuncti, nisi pregnans sit, vel bona fide pro pregnante habeatur quousque certum sit eam non esse pregnantem, vt in l. sumptus, ff. eodem titu. Sed his non obstantibus crederem in hoc casu contrarium seruari. imo, *que la muger del defunto queda preñada, ò no, ò queden hijos de su marido, ò no queden, se aya de alimentar de los bienes comunes si los ouiere, y sino de los bienes del marido entretanto que se haze la particion, y se le entregan sus bienes dotales, ò lo que mas le perteneciere.* Et hoc ratio naturalis suadet, & iure probatur, & æquitate canonica fultur, text. in cap. salubriter de vsuris, vbi permittitur marito fructus pignoris pro dote dati non computare in sortem, donec dos sibi soluta fuerit, & licet ille tex. non habeat locum in vxore vidua interea quid dos sibi restitua-
 7
 8
 tur, vt communiter tenent ibi Doctores omnes tamen fatentur, quod possit vidua interea, quod dos sibi soluta fuerit ex qua se possit alimentare aliquid recipere ab hæredibus viri ultra sortem ratione damni emergentis vel lucri cessantis, propterea quod dos sibi non soluitur, imo quod ab hæredibus viri interim alimentari debeat, si non habeat alia bona, vnde se alat, cum per eam non stet, quo minus dos sibi restitua-
 tur, hoc expresse tenuit Ancharan. in regula peccati veniam, quæst. 4. de regul. iur. in 6. Pau. consil. 424. n. 7. volum. 2. Imola, & Alexan. in l. di-

uortio, num. 24. ff. solut. matrim. idem Alexand. conf. 63. colum. 2. lib. 4. quorum opinionem receptam esse testatur dominus Couarru. variar. resolut. cap. 1. libr. 3. num. 4. versic. Sexto hinc etiam constat, ad tex. in dicta l. 1. §. mulier, & l. curator ventris, potest responderi, quod alio casu loquuntur videlicet, quando mulier recuperauit dotem ab hæredibus viri, vel habebat patrimonium, vnde se possit alimentari, & est verum, quod in illis legibus non dicitur, nec constat quid ab hæredibus viri dos sua detinebatur, idcirco cum diuersa ratio militet in casu præmissio diuersum ius debet statui, si vero vxor dotem non haberet, nec bona communia quæ sita constante matrimonio, que reddi sibi deberent ab hæredibus viri, hoc casu crederem non deberi alimentari ab hæredibus mariti, cum cessent rationes prædictæ, nec habeat vxor aliquid commune cum hæredibus mariti, quod diuidi debeat, vt interim alatur, nisi pregnans sit (vt supra diximus.) Si verò bona communia indiuisa sint videtur adhuc durare societas, vt tenet Palac. Rub. in dicta §. 62. numer. 25.

* Sed incidenter quæro de notabili quæstione, quæ quotidie contingit. *Vna muger lleuò en dote dos, ò tres mil ducados, murio su marido, quedose en la administracion de los bienes que tenían, y cobró las deudas, y frutos, y rentas que se deuian à la hacienda del marido, y vendio lo mueble, mulas, bueyes, y ganados que quedaron en la herencia, y cobró, y recibio el precio dello, como si fuera señora, ò legitima administradora de todo ello. Venidos los herederos del marido que estauan ausentes, la muger pide que le paguen su dote: los quales dicen, que compense, y reciba en cuenta lo que ha cobrado de los bienes de la herencia de su marido, y que la resta se la quieren pagar. Replica la muger, que lo que ha cobrado lo ha gastado en sus alimentos despues que murio su marido, los quales eran obligados à darse los, maxime, si quedò preñada, vt diximus*

mus in præcedenti quæstione, hic insurgunt multæ quæstiones, & dubia notabilia. *Lo primero, si la muger, muerto el marido, quasi domina, vel gerens negotia hæredum mariti possit exigere debitores hæreditarios, vel emptores, vel conductores fructum, vel prædiorum hæreditatis. Lo segundo, si pudo vender lo mueble de la dicha herencia, bueyes, mulas, y ganados, y frutos de la herencia para pagarse de su dote. Lo tercero, si ya que lo ouiesse vendido, y cobrado, si será obligada de lo recibir en cuenta de su dote. Lo quarto, si en caso que la muger sea obligada à recibir lo que ha cobrado en cuenta de su dote, si sera obligada à recibirlo para en cuenta del principal de la dote, ò para en cuenta de los alimentos, ò de los censos corridos, ò del principal dellos que truxo al matrimonio, quoad primum, que pudo cobrar las deudas, y frutos, y rentas de las casas, y heredades, y vender lo mueble, y ganados de la dicha herencia para pagarse de su dote, y recibirlo todo en cuenta del, vt habetur in l. Titia, cum propter, ff. de solutio. qui videtur text. pro hac parte in omnibus supradictis, ex cuius text. serie, & doctrina in omnibus supradictis dubijs respondetur in fauorem mulieris. Lo primero parece que se colige, ex verbis tex. ibi, redditus exegit, donde se da à entender, que la muger pudo cobrar los reditos de los bienes, y herencia del marido: lo qual no es cierto, y se deue tener lo contrario, porque el texto no dize que la muger los pudo cobrar, sino que los cobró de hecho, porque solamente los pudo cobrar en dos casos. El vno es, quando el deudor se los pagò de su voluntad, pero por justicia, debitore contradicente, no los pudo cobrar del. Nam negotiorum gestor non potest exigere debita eius, cuius bona gerit, vel administrat. vt in l. soluendo, & in l. si pupilli, §. videamus, ff. de negot. gest. ibi: quoniam conueniendi eos in iudicio facultatem non habuerit quoniam nullam actionem intendere potuit, & hoc nisi mandatum habeat à domino, vel à lege,*

quia erat coniuncta persona, is qui negotia administravit, vt in l. si autem is, ff. eod. tit. *El segundo caso en que pueda la muger cobrar estos frutos, y rentas de los bienes del marido, es, si ella huuiesse arrendado estos bienes de su herencia despues del muerto: porque entonces, ex contractu suo sibi acquisiuit actionem maxime in prædijs vrbanis, quæ ex se fructus non producunt, text. notabilis in l. si vrbana prædia locauerit prædo. ff. de cond. inde. Y assi se concluye en este primero dubio, que la muger no pudo cobrar estos frutos, y renta, sino es en los dichos dos casos arriba dichos, y el text. in dicta lege Titia, no dize lo contrario, ni que los pudo cobrar, sino que los cobró, & non dicit in iudicio debitore contradicente. El segundo dubio parece que también lo determina, is text. in dicta l. Titia, in illis verbis, ibi, & mouentia distraxit. Donde parece que la muger vendió, y pudo vender los bienes muebles, y semouientes: à lo qual se responde lo mismo que en el articulo precedente, que no dize el texto que los pudo vender, sino que los vendió, y de derecho, nemo potest vendere rem alienam, sine mandato domini, vt in l. mater tua, C. de reuindic. & in l. Pomponius scribit, ff. de negot. gest. maxime in rebus mobilibus in quibus committitur furtum si quis eas vendiderit sine mandato domini, vt in l. rem alienam, vbi notant Doctores post glos. ff. de contrahend. emptione. Pero si el señor lo ratifica, vale la venta, vt in dicta lege Titia, ff. de solutio. & in allegata lege mater tua, C. de reuindic. Quanto al tercero dubio, si despues de auer vendido la muger estos frutos, y bienes muebles y semouientes, y cobrado el precio dello, sera obligada à recibirlo en cuenta de su dote, ò no parece, in hoc casu, que la muger no sera obligada à recibirlo en cuenta de su dote: porque si no valio la venta que ella hizo de estos bienes muebles, sine mandato hæredum mariti, y ellos pueden cobrar sus bienes que ella vendió sin su poder, no será obligada à compensarlo con su dote: porque non admit-*

admittitur compensatio speciei ad quantitatem, vt in l. fin. C. de compen. vbi notant Doctores, Bart. in l. diuortio. §. ob donatione, ff. solu. matri. abhuc tamen. Respondeo, que lamuger sera obligada à compensar con su dote lo que huuere vendido y cobrado, porque no se haze la compensacion con el trigo y frutos y bienes, muebles y semouientes que vendio, sino con el precio que dello se hizo. Quod fieri potest, vt notant Bart. & cæteri Scribentes, in dict. l. diuortio. §. ob donatione, ff. solut. matri. & hoc probat expresse I. C. in dicta l. Titia, ibi Marcellus respondit. Reputationē eius, quod proponeretur non iniquā videri. *Y no obsta dezir, q por auerse vendido los dichos bienes, sine mandato hæredum non alio, la venta y la muger es obligada al saneamiento, porque esto suple la aprouacion de los herederos del marido que tacita y expressamente lo aprueuan, pidiendo que la muger reciba el precio dello por cuenta de su dote, vt in allegata lege Titia, & mater tua, minus obstat, quod videatur contractus claudicare, nam hoc operatur à principio in mistio iniusta, cum mulier sine mandato domini res eius vendiderit quod non potuit facere, vt in l. Pomponius scribit. ro. ff. de nego. gest. ideo potest dominus, vel hæres si quod damnum ex ea re sequutum fuerit ab ea recuperare, lucrum vero dominum, vel hæredem absentem sequatur, vt in l. si negotia. r2. ff. de nego. gest. De lo qual se concluye, que si la muger vendio estos bienes, sine mandato, vel approbatione hæredum, y valian poco quando los vendio, que los pagara, ò tomara en cuenta como agora valen, aunque valan mucho mas caro que entonces, vt probant prædicta iura, quod est menti tenendum. *Y en quanto al quarto dubio digo, que sera obligada à recibir el precio destes bienes à cuenta de los alimentos y censos corridos de su dote, y lo restante, à cuenta del principal, vt habetur in dicta l. Titia.***

¶ Sexto quero. Quid facere debeāt

arbitri in princip. partitionis ad diuidendum bona defuncti cum vxore vel eius hæredibus. Respondeo, que ante todas cosas despues de hecho el inuentario, han de hazer apreciar los bienes del, quod communiter fit in partitionibus quia sine aprecijs difficilis esset partitio, vt in l. Meuius, §. fin. & l. seruorum, ff. famil. hercisc. quæ de his aprecijs loquuntur. *Y despues de hechos los aprecios por personas puestas por ambas partes, vt in l. hac edictali, §. i. C. de secun. nuptijs, han de poner por cuerpo de bienes en el inuentario todas las deudas, ò censos corridos que se deuen al defunto, y à la herencia hasta el dia que el murio, si no estuieren puestos en el inuentario, porque todo esto es herencia, y caudal del defunto, pero no se ha de poner todo lo corrido, de los censos que han corrido despues de su muerte, ò los frutos que huuieren rentado las heredades, porque aquellos no son bienes comunes del marido y muger, sino de los herederos del marido defunto, ò de la muger si eran suyos los censos, ò tierras, que los huuiesse heredado por suyos durante el matrimonio, ò en otra manera, porque por muerte del vno dellos, soluitur societas, cuius causa prædicti fructus, & redditus communicabantur. *Y lo segundo, porque aunque estos corridos de los censos no se ayan de diuidir, soluto matrimonio, entre el marido y la muger y sus herederos, saluo los corridos hasta el dia de la muerte: pero aunque para partir entre los hijos y herederos del defunto sean suyos estos censos corridos, ò frutos, de los bienes hereditarios despues de suelto el matrimonio por muerte del marido, ò la muger: pero no se ha de reputar por patrimonio y herencia del defunto, saluo los bienes que dexò al tiempo que murio con los frutos pendientes en las tierras y heredades: pero no los que despues de la muerte nacieron, y se cogieron, ò los censos que despues corrieron hasta el dia que se haze la particion, porque esto es patrimonio de los herederos, pero no de la herencia, vt in l. in quãtitate, & in**

I. in ratione legis falcidia 30. ff. ad legem falcid. & in l. in lege falcidia placuit, eo. tit. & in l. cum quaeritur, C. de inoffi. testam. De lo qual se infiere, que

muerto el marido, ò la muger, estos frutos que despues se cogieron, ò censos que despues se cogieron, ò censos que despues corrieron, no se han de partir con el que quedare viuo, ò con los herederos del muerto, sino que seran propios de aquel cuyos eran los censos, ò heredades. Y lo segundo, que si el padre ouiesse mejorado à vno de sus hijos en el tercio ò quinto de sus bienes, no lleuara parte de estos frutos en la mejora, sino que se partiran yguamente entre todos los herederos, quod est bene notandum. Pero esto se entiende con esta limitacion, que puesto caso que los frutos pendientes se entiendan ser patrimonio del defuncto, y se ayã de estimar lo que valen mas sus tierras, y heredades por razon de aquellos frutos pendientes, pero quanto à la muger ò el marido, suelto el matrimonio, si quedaron los frutos aparecidos en las heredades, aunq̃ no esten maduros para cogerse, ha de lleuar parte dellos como si fuesen maduros, ò cogidos durante el matrimonio el que quedare viuo, y los herederos del muerto, y se han de partir entre ellos poniendo la costa de cogelos de por medio, vt in l. 10. tit. 4. lib. 3. for. que notabilis est, & in vsu recepta, & itacõmuniter practicatur.

¶ Lo tercero, que se infiere es, que si el marido mandò à la muger el quinto de sus bienes (vt solet fieri) la muger no lleuara parte de los frutos de las tierras y bienes hereditarios que se hã cogido despues de la muerte del marido, hasta el dia que se haze la particion, saluo de los frutos del primero año que quedaron parecidos, como dicho es, que lleuara la mitad dellos poniendo la mitad de la costa de cogelos, como bienes multiplicados, y de la otra mitad que pertenece al marido, lleuara el quinto de los frutos del año primero, ratione legati, porque esto se reputa patrimonio y herencia del marido, lo qual se ha de entender de lo que podian valer aquellos frutos, como estauan al tiempo que el te-

stador murio, no despues de cogidos, vt in allegata lege, in lege falcidia placuit, & l. in quantitate, ff. ad legem falc. y

de los frutos de los años siguientes no lleuara la muger cosa alguna por razon de su quinto que le mandò el marido: pero esto se ha de entender con esta limitaciõ, que si la particion se dilatò algunos años que no se hizo, y en este tiempo se cogieron muchos frutos de las tierras y heredades del defunto, y la muger pidio à los coherederos del marido, que le entregassen su quinto que le mandò el marido de sus bienes, y ellos se lo dilatassen de entregar, y tuuiesse alguna mora ò tardança en ello, entonces se lo han de entregar con todos los frutos y rentas que esta quinta parte ouierẽ tado, aunque la particion estuuiesse sin hacerse, ò acabarse, muchos años, tex. est notabilis, quem ad hoc summe notant Doctores in l. si quis bonorum, ff. de legat. primo, Bar. Alber. & Paul. in l. nõ amplius, §. cum bonorum, ff. eod. tit. Lo qual se ha de entender de los bienes y herencia que dexò el marido: pero no de los frutos de los bienes hereditarios que son de los herederos, saluo si le dicisse el quinto en bienes rayzes, porque no tenia otros el defunto, porque desde entonces lleuara el quinto de los frutos que despues nacierõ, & ita coligitur ex d. l. si quis bonorũ deleg. 1. de quo latius infradicetur.

¶ Sed hoc incidenter quaero. Si los herederos del marido quisiesse pagar el quinto que mandò el marido à la muger en dineros, ò en bienes muebles apreciados de tal manera que no rentassen frutos algunos, ni la muger pudiesse lleuarlos, si lo podriã hazer. Esta questio est decisa de iure cõmuni in l. non amplius, §. cũ bonorũ, ff. deleg. 1. vbi statuitur, q̃ el heredero puede pagar en dineros la parte de bienes al legatario, ò pagarla in specie en algunos bienes estimados que hagan el quinto, ò la parte que por el testador le fue mandada al legatario, sed hodie per legẽ 20. Tauri, hoc est innouatum, por la qual està determinado, que quando el testador mejorare en el quinto de sus bienes à vno de sus hijos, ò decendientes,

ò à un extraño, no puede el heredero pagarle en dineros, sino que de necesidad lo ha de pagar en las mismas cosas, y bienes hereditarios, salvo sino se pudiesse comodamente diuidir: pero por la misma ley no se corrige lo que se determina, de iure cõ muni per dict. l. non amplius, §. cum bonorum, deleg. i. vbi statuitur, q̄ el heredero podra señalar el quinto, ò la parte de bienes q̄ el testador m̄do, quido m̄do in genere alguna parte de sus bienes en los bienes q̄ el quisiere de la dicha herencia, y así lo podria señalar en bienes muebles, ò en rayzes ò semovientes estimados hasta en la dicha cantidad, porque en esto queda, in correctum ius commune. Sed pulchrum dubium est, si el testador mandò à su muger, ò à un hijo, ò à un extraño, el quinto de sus bienes, si llevara el mejorado en el quinto todos los frutos q̄ ha rentado esta heredad, ò toda la heredad entera m̄te q̄ haze el quinto si jũtándose con ella los gastos del entierro y causas pias y graciosas, q̄ se han de sacar del quinto, montasse mucho mas q̄ el quinto, & videtur quod totũ legatum integrum habere debeat legatarius quintæ partis bonorum in illa re sibi assignata pro quinto, si non faciat vltra quintum, & omnes fructus qui ex ea collecti fuerint post mortẽ testatoris, nam dominium ipsius rei legatæ transit in legatarium à die mortis testatoris, vt in l. à Titio, ff. de furt. & in l. i. C. communia delegat. & in §. nostra institu. de legat. ex quo sequitur, quod fructus pertinent ad dominum ipsius rei legatæ, vt in l. & ex diuerso, §. vbi autem, ff. de rei vendi. & in l. herenius la i. ff. de vsur. nec obstat quod impensa funeris, & legata pia, & gratiosa deduci debeant de quinto, vt in l. 3. Tauri, l. 13. titul. 16. lib. 5. Recopil. nam illa soluet legatarius quintæ partis bonorum ex dicta re sibi legata, vel de suo, salua legitima filiorum quibus prædicta lex Tauri in hoc confulere voluit, sed nihilominus contrariam sententiam veridicam esse existimo, y que el mejorado en el quinto que le fue señalado en una heredad del de-

funto no llevara toda aquella heredad que le fue señalada en que ouiesse el quinto, si valia enteramente el quinto, porque del se han de sacar los gastos del entierro y mandas pias y graciosas, aunque el testador mande lo contrario, y no bastara que el mejorado en el quinto quiera pagar todo esto de sus bienes, sino que se ha de sacar del quinto, vt probat prædicta lex 30. Tauri, & melioratus in quinto habebit residuum in dicta re deductis expensis funeris, & legatis pijs, & gratiosis, ex quo sequitur quod de residuo habebit fructus illius rei non de tota re, quod est maximi effectus, porque si en los gastos del entierro y mandas pias y graciosas se consumio la mayor parte del quinto que le fue señalado en aquella heredad, no llevara el mejorado en el quinto mas de los frutos prorata de lo que quedare della.

- 1 **D**ebita que constante matrimonio contracta fuere, debent arbitri deducere ante omnia ex bonis defuncti mariti, vel uxoris non debita contracta ante matrimonium per unum eorum, sed ille solus qui ea contraxit soluere debet ex bonis suis.
- 2 Illatio que ex hoc insertur, quod errauerint iudices in sententia sua, in quodã exemplo partitionis hic inserto ex eo quod omnia debita mariti deduxerunt contracta ante matrimonium ex bonis communibus que reliquit tempore mortis.
- 3 Dos secundæ uxoris primo solui, & deduci debet quam dos primæ uxoris de bonis mariti defuncti si bona ipsa dotalia secundæ uxoris extant.
- 4 Deductis debitis contractis durante matrimonio ante omnia debent arbitri ex bonis defuncti communibus cum uxore deducere dotem quam tulit mulier.
- 5 Si maritus amiserit capitale suum, nõ liberatur ex eo a solutione dotis quam recepit, sed integram soluere tenetur uxoris heredibus.
- 6 Dotem in specie marito datam non est

matam non tenetur maritus uxori restituere si perierit, vel consumpta sit.

7 Si in matrimonio sint bona multiplicata, vel lucra etiam si dos in specie data consumpta fuerit mulier ex lucris habebit dotem precipuam in aestimatione, & idem erit de capitali viri eadem ratione ibidem.

8 Dotem etiam in aestimatam quam mulier marito dedit in specie, qua consistit in rebus mutualibus, qua pondere, numero, mensurave consistunt, si perditae, aut consumptae fuerint tenetur maritus reddere, etiam si aliqua lucra facta non fuerint in matrimonio.

9 Si mulier aliquam quantitatem tritici, vel olei inter alia marito dedit, qua multum precium valebat tempore datae dotis, soluto vero matrimonio multo minus valebant, sufficit marito reddere praedictam quantitatem in specie numero vel mensura, qua recepit, licet ipsa multo pluris eam vendiderit.

10 Sed si maritus tulit ad matrimonium praedictas res, qua in pondere numero, mensurave consistunt, non idem quod in uxore, sed si maritus aestimationem earum habebit si lucra sint in matrimonio facta, si vero lucra non fuerint, & praedictae res consumptae fuerint nihil pro eis habebit maritus.

11 Si maritus secum tulit ad matrimonium aliquas res qua consistunt in pondere, numero, vel mensura, non idem in pondere, vel mensura deducet soluto matrimonio, sed valorem quem habebant praedictae res eo tempore quo eas tulit ad matrimonium.

Ubi ratio diuersitatis.

12 Declaratur, & limitatur tex. legis res in dotem, ff. de iure doti.

13 Uxor deducere debet soluto matrimonio bona paraferalia, qua tulit ad matrimonium, etiam si lucra non sint, & maritus capitale suum amiserit.

14 Si mulier recepit bona paraferalia, & administravit ea, si perditae vel consumptae sint, maritus non tenebitur ea reddere, sed periculo uxoris pereunt, vel deteriorantur.

15 Arra data uxori, & dos ante omnia deduci debent de bonis communibus soluto matrimonio, quod intelligendum est si arra tradita fuerunt a viro tempore quo matrimonium contractum est, non vero deducetur si tradita uxori non fuerunt, sed promissa, tunc enim non deducetur de bonis communibus, qua maritus reliquit, sed maritus, vel eius heredes eas solvere debent de proprijs bonis suis.

16 Arra data, vel promissa uxori non debent excedere decimam partem bonorum mariti, alias non valent in excessu.

17 Si maritus non habet bona de quibus possit arras promittere, potest promittere de bonis, qua postea acquisierit.

18 Arra an valeat ultra decimam partem bonorum cum iuramento apposito a marito.

19 Arras non potest maritus dare vel promittere uxori intra decimam bonorum qua habeat, nisi prius deducantur debita, qua extenuant patrimonium eius.

20 Mulier qua transiit ad secundas nuptias non debet habere proprietatem arrarum, sed tantum usumfructum proprietate vero tenetur reseruare filijs primi matrimonij.

21 Si tempore quo maritus arras promissas habebat bona, ex quibus potuit arras promittere in decimam, postea vero tempore soluti matrimonij bona non habeat ex quibus possit arras dare an valebit promissio arrarum.

22 Taxatur opinio Roderi. Xuarcz, & Antonio Gom in promissione arrarum ex bonis qua quis bona fide possidebat si re vera erant aliena, & postea marito fuerint euicta.

23 Declaratur tex. in l. bonorum appellatione, ff. de verbo. signi.

24 Dominium ex possessione praesumitur quando agitur incidenter, non principaliter de dominio.

25 Arras an possit maritus dare vel promittere ex bonis maioratus, vel restitutioni subiectis, vel ex fructibus eorum.

26 Si heredes viri dicant non habuisse maritum

maritum, qui arras promissit tantam quantitatem in bonis, ut ex eis posset tantam quantitatem arrarum promittere, uxor uero contrarium dicat, uel heredes eius, quis eorum probare teneatur.

- 28 Marito uel eius heredibus non excipientibus quod arra promissa excedunt decimam insolidum debent condemnari, ut integras arras soluant etiam si excedant decimam.
- 29 Opinio Roderici X Suarez taxatur in eo quod asserit mulieri incumbere probare quod arra promissa sint intra decimam bonorum mariti.
- 30 Si maritus dotauerit uxorem ex proprijs bonis, an possit ultra decimam bonorum suorum dotem uxori dare.
- 31 Donatio remuneratoria non est prohibita inter virum & uxorem.
- 32 An arra possint dari uel promitti uxori uel uidua, quae secundo nupsit à marito suo.
- 33 An idem sit in iocalibus datis à marito uxori uel uidua, quae in uulgo uocantur Ioyas aeneas lucretur uxor uel uidua.
- 34 Arra non debetur uxori, licet eas promiserit maritus si eum fefellit mulier in dote promissa quod locum habet usque ad quantitatem arrarum.
- 35 An uxor possit eligere arras, & dimittere iocalia sibi à marito data postquam consumpta, uel deteriorata fuerint.
- 36 Arras simul cum iocalibus non potest lucrari mulier, sed eligere debet quod malit.
- 37 In iocalibus quae uulgo Ioyas appellantur non potest maritus donare uxori ultra octauam partem bonorum, quae recepit in dote.
- 38 Iocalia quae uulgo Ioyas appellantur, quando lucrabitur mulier, uel partem eorum.
- 39 Mariti capitale deducendum est ex bonis communibus, etiam si consumptum sit, uel animalia perierint si lucra sint facta in matrimonio.

QUALITER ARBITRI
procedere debeant in partitionibus
inter virum & uxorem.

CAP. VII.



ISO de officio arbitrorum qui uulgo contadores appellantur, & de his quae officio eorum incumbunt, nunc videamus quomodo

in partitionibus procedere debeant. Respondeo, que hecho el inventario y aprecio de los bienes que dexò el defunto, poniendo por cuerpo de bienes las deudas que se deuian al defunto (ut ante diximus) han de hazer cuerpo de bienes lo que monta toda la hazienda apreciada por los apreciadores puestos por las partes, y sumado todo el valor dello; han de sacar ante todas cosas las deudas liquidas, y ciertas que se hallaren que fuerò hechas durante el matrimonio, porque aquellas consumen las ganancias, y no ay ganancias hasta ser sacadas las deudas hechas durante la compañía, ut in l. omne æ alienum, ff. pro Socio, & l. Mutius cod. tit. y en esto se ha de aduertir mucho que del cuerpo de bienes que dexò el defunto al tiempo de su muerte no se han de sacar todas las deudas que dexò el defunto, sino solas las que se causaron durante el matrimonio, porque aunque sea verdad que todas las deudas que dexò el defunto al tiempo de su muerte se han de sacar de su patrimonio, y herencia, porque non est in bonis nisi quod super est deducto ære alieno, ut in l. subsignatum, ff. de uerborum signific. & in l. Princeps bona cod. tit. cum concordan. Pero esso se entienda quando se venga à hazer particion entre los herederos del defunto, pero no quando se trata de partir los bienes comunes de la compañía, ò del marido y muger, que es lo mismo, porque entonces no se han de sacar del patrimonio del defunto todas las deudas que el deuia, sino solamente

las hechas en la compañía durante el matrimonio: porque las hechas por el marido ò la muger, antes que se casassen, aquellas no se han de sacar del monton y cuerpo de hazienda de los bienes que quedaron quando murio el vno dellos, sino que se han de sacar, y pagar de la parte que le cupiere al marido, ò à la muger cuyas eran las deudas hechas antes del matrimonio, porque si se sacassen del monton y cuerpo de bienes que quedaron al tiempo que fue suelto el matrimonio, seguirseya que la muger ò el marido que no causò las dichas deudas durante el matrimonio pagaria la mitad dellas de la parte de sus ganancias y multiplicado durante el matrimonio, quod esset iniustum, & contra dictam legem omne æs alienum, ff. pro Socio, & l. 14. titul. 20. lib. 3. fori. De lo qual se infiere para vna question contingible, quam his diebus vidi in hoc Granatensi prætorio, quæ per appellationem venit ad dictum auditorium à sententia lata super quadam diuisione. Por el Licenciado Hermosilla, Alcalde mayor de la Ciudad de Ronda. Quæ talis est. Vna biuda muger segunda que fue de Andres Vela vezino de Ronda, ha muerto el dicho su marido, que tambien era biudo, y tenia hijos de otra muger, pidio particion de sus bienes: los contadores nombrados por las partes, y el dicho Alcalde mayor, mandaron que de los bienes del inuentario, y cuerpo de bienes que dexò el dicho Andres Vela, se sacasse y pagasse ante todas cosas la dote de la biuda muger segunda del dicho Andres Vela, y despues se sacasse el capital que el suso dicho auia traydo al dicho matrimonio, porque la muger no auia traydo mas que la dicha dote, y de lo restante se hiziesse dos partes y iguales, y la vna se diese à esta muger biuda por bienes mejorados en este matrimonio, y la otra lleuassen los herederos de su marido ansi mismo por bienes mejorados en este ultimo matrimonio, y que luego se pagasse à los hijos de la primera muger la dote de la primera, que auia recebido

el defunto de sus propios bienes y capital del marido: desto se apelò por los hijos de la primera muger, porque pretendian que ellos auian de ser pagados primero de la dote de su madre, que no la muger segunda de su dote, y por sententia de vsta y reuista se mandò ansi por tres Oydores de los mas doctos y graues desta Audiencia, y reuocaron la sententia del Alcalde mayor de Ronda, en quanto mandò pagar primero la dote desta biuda muger segunda del dicho Andres Vela, y mandaron, que de los dichos bienes del inuentario primero fuesse pagada, y se sacasse la dote de la primera muger, y luego la dote de la muger segunda. Quod quidem prima facie videbatur iustum, & ita visum fecit auditoribus, & aduocatis vtriusque partis in tantum quod dictam sententiam in gradu supplicationis confirmauerunt, vel quod peius est quod ab ea non fuit supplicatum. Lleuada la execucion, y hecha la particion conforme à ella, conocieron el error los contadores y Alcalde mayor de Ronda, porque hallaron que la biuda que litigaua, muger segunda del dicho Andres Vela, quedaua agrauada enduzietos mil marauedis, de quatrocientos que auia traydo en dote la primera muger con el dicho Andres Vela su marido, porque se los pagaron y sacaron de los bienes mejorados durante su matrimonio del monton y cuerpo de hazienda que auia dexado el dicho Andres Vela su marido quando murio: porque tomando y sacando dellas quatrocientos mil marauedis para pagar la dote de la primera muger, lleuauan la mitad, que son losduzielos mil marauedis de los bienes mejorados en este segundo matrimonio. Venido aqui el pleyto por apelacion, por parte de la biuda se dixerò agrauios contra la execucion y resolucion de cuentas que auian hecho los contadores y la justicia de Ronda, en cumplimiento de la dicha execucion, que en efeto no auia agrauios algunos, porque los contadores guardaron la forma y orden dada por la execucion, y los que la dieron y pronuncia-

nunciaron auian hecho el agrauio, y no los contadores ni el juez de Ronda, que auian pronunciado bien, y le reuocaron su sentencia. Nam appellandi vsus licet sit frequens, & necessarius quippe cum iniquitatem iudicantium, vel imperitiam corrigat, nonnumquam tamen contingit, vt bene latas sententias in peius reformat, vt ait Iurifconsultus, in l. i. in princip. ff. de appellatio. tandem cum ad me peruenisset dicta causa secundæ appellationis, & aduocatus essem dictæ viduæ, quæ vocatur Leonor Guerra, de iustitia eius, & grauamine, & illato per dictam exequutoriam priuatim auditores informauit, quod cum perpenderent per viam declarationis, in effectum reuocauerunt dictum grauamen. Mandaron que la biuda fuesse primero pagada, y se sacasse primero su dote que truxo à poder de su marido, y mitad de multiplicado en este segundo matrimonio de los bienes del inuentario que dexò el dicho Andres Vela defunõto, y hecha la particion con ella de la parte que cupiesse à los herederos del dicho Andres Vela, se pagasse la dote de la muger primera, & recte quidem, porque aunque sea verdad que la dote de la primer muger se aya de pagar primero, y preferirse al de la segunda muger, saluo en los bienes conocidos que huuiere estantes de la segunda dote, vt in l. asiduis, C. qui potiores in pign. habe. & que ibi notant Doctores, pero esso se entiende, y ha lugar, quando se contiene entre la muger segunda, y los coherederos de la primera sobre la dicha prelación, no auiedo dexado bienes el marido, de que poderse pagar ambas, porq̄ entonces se hade preferir y pagar la dote de la primera muger: pero quando el marido es rico, y dexa bienes para todo, y ay bienes mejorados en el segundo matrimonio, no ay que preferir ni pagar la primera dote, que en este iuzio diuisorio no se trata de prelación, sino de diuidir los bienes que dexò este defunõto, y partir las ganancias que huuo en este segundo matrimonio, quæ forte, no las bu-

uo en el primero, y seria injusto que esta muger segunda que trabajò y multiplicò la hazienda con su dote è industria viniessse à pagar de los mejores que se hizieren en su matrimonio, las deudas que el marido deuia antes que con ella se cassasse, id circo est benenotandum, & aduertendum, que no se saquen las deudas que el marido dexò al tiempo que murio, sino solamente las hechas durante el matrimonio, de cuyos bienes y ganancias, y diuisión dello se trata: pero esto se limita y entiende, quando la muger segunda, ò sus herederos aceptan las ganancias hechas en el segundo matrimonio: pero sino las aceptan, y se contentan con q̄ se le pague su dote, entonces auria lugar, y se podria hazer sin agrauio, que se saque primero la dote de la muger primera, y luego la dote de la segunda, porque cessa el inconueniente y agrauio arriba dicho, y de lo restante de los bienes que queda por herencia del marido se sacaran las otras deudas que deuie el marido hechas en el primero y segundo matrimonio, & item intelligi, & practicari debet prædicta lex fori, titul. de las deudas y pagas, in partitionibus faciendis, quod perpetuo est menti tenendum, licet primus modus diuidendique, primo deducatur dos secundæ vxoris securior sit, & multas quæstiones derimat.

4 ¶ Sacadas las deudas hechas durante el matrimonio, los contadores, del monton y cuerpo de bienes que quedaren, han de sacar, lo primero la dote de la muger, q̄ es el capital que ella truxo al matrimonio, porque el marido y sus herederos son obligados à selo boluer y restituyr, aya ganancias ò no las aya, aunque se aya perdido el capital que el marido truxo al matrimonio, porque el marido està obligado, actione personali ex stipulatu de dote reddenda, à restituyr la dote à la muger. Vt in l. vnica, §. i. & §. exactio. C. de rei vxor. actio. cum concordan. y lo mismo es en los bienes parafrenales, vt in l. fi. C. de pac. cõuen.

Y esta acción no se extingue, porque el marido ay perdido su capital, y los bienes y hacienda que metio en el matrimonio, vt in l. incendium, C. si certum petat. & in l. inter stipulantem, §. sacram, ff. de verbo. obligat. & in §. item is inst. quibus mo. re contrahitur obliga.

¶ Pero esto se limita, y entiende, quando la dote que recibio el marido fue en dineros, ò otros bienes apreciados de tal precio que hiziesse venta: pero si la dote fue in especie, y no en bienes apreciados, en tal caso si se ouiesse muerto ò consumido sin culpa del marido, no se le ha de sacar à la muger la dote, ni es el marido obligado à se la boluer ni pagar, sino que cumplira cõ entregar los bienes como estuuieren, vt in l. plerumque, ff. de iure doti. & in l. cū dotem, & in l. quotiens, C. eod. tit. & in l. æstimatæ, ff. solu. matri. Lo qual se entiende y limita quando la muger no aceptò las ganancias hechas durante su matrimonio, porque no las quiso, ò no las huuo, porque entonces se le pagara, y sacara su dote enteramente de los bienes del marido, quando fue en dineros, ò in genere alio, quod perire non potest, vt in dicta l. incendium, C. si certum petatur. Y si fue, in especie, ò en otras cosas sin precio, se le bolueran consumidas, ò gastadas, ò como estuuieren, ò ninguna cosa por ello, si fueren del todo consumidas sine culpa viri. Vt in dicta l. plerumque, ff. de iure doti. Pero si ay ganancias y bienes multiplicados durante el matrimonio, en tal caso, aunque los bienes dotales que la muger lleuò al matrimonio sin precio, se huuiessen consumido, ò deteriorado, se le ha de sacar el valor y estimacion que teman al tiempo que los truxo al matrimonio, del cuerpo de los bienes y ganancias q se hizieron durante el matrimonio, porque no se dice auer ganancias en la compañía, hasta sacar en salvo ante todas cosas los caudales que los compañeros traxeron, y metieron en la compañía, y lo mismo sera del capital que truxo el marido. Eadem ratione, vt in l. Mutius, ff. pro Socio, tenet expresse Montalius in l. 1. tit. 3. lib. 3. fori in glo. super verbo,

por medio, & ita dicit seruari in practica, idem tenet Rod. Xvarez in sua lectura eiusdem legis fori, & idem tenet Pala. Rub. in repe. rubric. §. 66. & ita seruatur & practicatur.

¶ Secundo fallit prædicta regula.

¶ Y la conclusion arriba dicha se limita y entiende quando la muger lleuò la dote inestimada, in speciebus, quæ non recipiunt functionem in genere suo, como es en bienes muebles, ò en ganados, ò en otras cosas semejantes, porque entonces si se perdieren, ò consumieren sin culpa del marido, se perdera à riesgo de la muger, y el marido no es obligado à pagarle la estimacion dellas, ni se le ha de sacar esta dote del capital y cuerpo de bienes que quedaron al tiempo que fue suelto el matrimonio, sino ouiesse bienes multiplicados durante el matrimonio (como dichos es.) Pero si la dote que la muger lleuò al matrimonio no estimada, fuesse trigo, vino, ò azeyte, ò en otras cosas, quæ in pondere numero mensurave consistunt, aunque fuessen apreciadas de precio que haga venta, no se pierden ni consumen à riesgo de la muger, sino del marido, text. est notabilis in l. res in dotem, ff. de iure doti. & in l. 21. tit. 11. par. 4. ex cuius decisione infertur, que si al tiempo que la muger se caso, dio à su marido en dote todos los bienes que tenia inestimados, entre los quales auia cantidad de trigo, ò cenada, vino, ò azeyte: lo qual valia muy caro al tiempo que lo dio en dote à ducado forte la fanega de trigo, y à dos ducados el arroba del azeyte, y al tiempo que fue suelto el matrimonio el trigo valia à cinco, ò seys reales la fanega, y el azeyte à ocho ò nueue reales, vt solet contingere, q no podra la muger pedir que su marido, ò sus herederos le paguen el trigo à ducado la fanega, como valia al tiempo que ella lo truxo al matrimonio, aunque el marido lo ouiesse vendido à este precio, sino q se ha de contentar con otra tanta cantidad de trigo como ella truxo al matrimonio, y lo mismo sera en las otras cosas mutuables, quæ recipiunt functionem in genere suo, y por el contrario, si

al tiempo que la muger se casò lleuò al matrimonio las cosas dichas que consisten en peso, cuenta, ò medida q̄ reciben el mismo aprouechamièto en su genero valian muy baratas al tiempo que se casò, y al tiempo q̄ fue suelto el matrimonio valian muy caras, exempli gratia, valia el trigo, quando se casaron à quatro ò cinco reales, y quando fue suelto el matrimonio, valia à ducado la fanega, ò à mas precio, sera obligado el marido, ò sus herederos, à boluelo, y pagarlo à la muger al precio que agora vale, quando fue suelto el matrimonio, quod est bene notandum, porque esto acontece muchas vezes entre labradores y personas que no tienen curso ni practica de estos negocios, sino que se casan cada vno con los bienes que tienen sin hazer aprecio alguno, mas de vn inuentario de lo que se trae el matrimonio, y de aquellos hazer carta de dote el marido, y el mismo inuentario haze el marido de los bienes que tenia quando se caso, & hoc frequenter contingit inter viduos si maritus ducit vxorem viduam vel è contra.

¶ Sed dubium est. Si sera lo mismo al contrario quando el marido se casa que tiene bienes muebles que consisten in pondere numero vel mensura, como suelen tener los biudos que se casan con mugeres moças ò biudas, si trayendo al matrimonio cantidad de trigo ò ceuada, vino ò azeyte, haziendo inuentario dello (vt solet fieri) suelto el matrimonio, si sus herederos sacaran del monton de la hazienda otra tãta cantidad, ò el valor ò estimaciõ dello que tenían quando se casaron, ò si se consumira à riesgo del marido como bienes suyos propios. Respondeo, que sino ay bienes mejorados en el matrimonio, sine dubio, los perdera el marido, y no sacara el ni sus herederos otra tanta cantidad, ni la estimacion dello, ratio diuersitatis ea est, que quando la muger lleva en dote estas cosas semejantes passa el señorio dellas en el marido, sicut in alijs rebus dotalibus, y el marido està obligado (vt supra diximus) à boluer y restituyr la dote à la muger, que se entiende en aquellas cosas que tienen funcion en su genero, que

buelua otra tantã cantidad, pero el marido no passa el señorio destas cosas que trae al matrimonio en la muger, sino que siempre se queda señor dellas como antes lo era, & semper res perit periculo domini, vt in l. pignus, C. de pigno. acti. & l. plerumque, ff. de iure doti. cum concordant. Y lo segundo, porque no es obligada la muger, como lo es el marido à boluerle los bienes que truxo al matrimonio à su marido, nulla enim lege mulier ad id obligatur, sicut obligatur maritus ad restituendum dotem, vel bona parafernalia vxori, vt in iuribus superius allegatis. Pero si ouiesse bienes multiplicados durante el matrimonio (como arriba diximos) ratione societatis, quæ videtur contracta inter maritum & vxorem propter quam lucra facta durante matrimonio inter eos diuiduntur secundum legem fori huius regni: En tal caso sacara el marido los bienes que truxo al matrimonio, ò la estimacion dellos primero que se partan las ganancias, como la muger saca la dote inestimada aùn que se aya perdido (vt supra diximus) aùn que sacado esto no queden bienes multiplicados, pues se han de sacar primero los capitales de entrambos.

¶ Sed pulchrum dubium est, en caso que el marido ò sus herederos ayan de sacar del monton y cuerpo de bienes que quedaron, suelto el matrimonio, los bienes que truxo al matrimonio, quæ consistunt in pondere numero vel mensura, auiedo bienes gananciales en el matrimonio (vt supra diximus) si sacaron otra tanta cantidad como truxo al matrimonio, ò la estimacion dello. Respondeo, que el marido, ò sus herederos sacaran el valor y estimacion de estos bienes que lleuò al matrimonio conforme al valor que tenían quando lo lleuò, argum. rex. in l. si tibi, ff. de usufr. earum rerum, quæ usufructu. & in d. l. res in dõtem, ff. de iure doti. y no otros tantos en su genero como se le pagan à la muger que lleuò estas cosas semejantes al matrimonio, y las dio en dote, ratio diuersitatis ex superscriptis colligi potest, porque la muger quando da en dõ

te al marido estas cosas semejantes, se las da para que sean suyas, y use dellas, y le passa el señorio dellas, lo que no es en el marido, porque no da estas cosas à la muger, ni le passa el señorio dellas, y gastandolas en la compañía y matrimonio, no es justo que si valian mil ducados mil fanegas de trigo, al tiempo que lo truxo al matrimonio, y tanto recibio de provecho la cõpañia, y perdio el marido en traerlo, porq̃ las pudiera vèder en tãto, q̃ se le bueluan suelto el matrimonio mil fanegas de trigo en el mismo genero, quæ sorte, no valè aora quinientos ducados auiedo puesto el mil en la compañía que valian las mil fanegas de trigo que el truxo al matrimonio. Y por el contrario, menos seria justo, que si el marido truxo al matrimonio mil fanegas de trigo, ò otra cosa semejante, que al tiempo del matrimonio valian à quatro ò cinco reales la fanega, que lleue aora otras tantas fanegas, in genere suo, que valen mil ducados, ò mas, pues no las gastò, ni passò el señorio dellas en la muger, ni la compañía recibio de provecho mas del valor q̃ entonces tenia el trigo que el truxo al matrimonio. Y la otra razon es, porque si mas vale agora el trigo que truxo el marido, de lo que valia al tiempo que lo truxo, esfa demasia se parte entre marido y muger por ganancia hecha en el matrimonio, y si vale menos agora de lo que valia al tiempo que lo truxo al matrimonio aquella mejora, y mas valor que tenia al tiempo que lo truxo, de lo que agora vale, lo gozaron y ganaron marido y muger y su compañía, y con el precio y valor dello, ganaron los bienes multiplicados que agora parten, y ansi ninguno dellos recibe agrauio. Tertia, & viua ratio huius diuersitatis est, quia etsi eadem species esset in obligatione, & vxo teneretur restituere viro illud frum^{entum}, vinum, & oleum quod tulit ad matrimonium, maritus tamen perempta illa specie, vel consumpta tenetur ad æstimationem eius, quam habebat eo tempore, quò consumpta, vel perempta est, non ad tantundem etiam si illa species consistat in rebus mutualibus, quæ recipiunt

functionem in genere suo, vt est textus expressus vbi not. Doctores in l. in re furtiua, ff. de conditio. fur. & in l. eũ qui, ff. de his qui, vt indig. tradit Bartol. eleganter in l. & ex diuerso, §. fin. ff. de reivendi. & in l. stipulationes nõ diuiduntur in 6. quæst. de verbo obli. idem Bar. & Paul. in l. diuortio. §. ob donationes, ff. solu. matri.

¶ Pero esto se ha de entender y limitar, vt procedat prædicta lex res in dotem, ff. de iure doti in casu quo loquitur, videlicet in rebus mutuabilibus in dotem datis: Pero sino fuesen dadas en dote, sino que la muger las huuo y heredò de sus padres ò parientes durante el matrimonio, ò alguno de sus parientes le hizo donacion dellas, y las truxo al matrimonio, en tal caso sera lo mismo en la muger, que diximos arriba en el marido, que la muger sacara del monton de la hazienda y cuerpo de bienes, la estimacion y valor que tenian aquel trigo, ò ceuada, vino, ò azeite que truxo al matrimonio la muger, ò otras cosas semejantes, quæ recipiunt functionem in genere suo, y no otra tanta cantidad, eisdem rationibus quas diximus in marito, quia cessante causa dotis non est maior ratio in vno quam in alio.

* Item se ha de entender y limitar lo que es à dicho, que sacadas las deudas hechas durante el matrimonio, de este cuerpo de bienes, se ha de sacar ante todas cosas la dote que la muger truxo al matrimonio, nam reperitur casus in quo, no se ha de sacar la dote de la muger del monton y cuerpo de bienes, sino que el marido se la pagara de sus propios bienes, como si la dote recibio en dineros, ò parte della, el padre del marido para pagar sus deudas, ò para casar otra hija, vt frequenter fieri solet, ò el mismo marido, para pagar las deudas que auia hecho antes que se casasse. Tunc enim, no auiedo traydo al matrimonio la dicha dote, ni auiendola gastado, ni consumido en sustentar las cargas del matrimonio para que se le dio, no es justo que se saque del cuerpo de bienes la dote que recibio el marido, porque se pagaria

ria tomando del monton para pagar à la muger su dote con su mitad de multiplicado, que es propia hazienda de la muger, y seria defraudada en esta mitad, pagando le su deuda con sus propios bienes, quod fieri non debet, sino que el marido pague esta dote que deue à su muger de sus propios bienes que le cupieren en la particion, non de comunibus, vt dicemus infra in quæstione proxima in hoc capite de arris promissis à marito sponsæ suæ quas non tradidit, sed tantum promissit eisdem rationibus.

¶ Sed quid erit si maritus non exigit totam dotem sibi promissam à patre mulieris. Et dexò de cobrar de su suegro de mil ducados, los quinientos, por no apretarle, y ponerle en necesidad, respecto de su muger, quod fieri solet, si la muger podra cobrar del marido toda la dote, ò solamente los quinientos ducados que cobrò de su padre: y en caso que aya de cobrar del marido todos los mil ducados, si los quinientos que dexò de cobrar del padre de su muger, si los sacara del monton, y cuerpo de bienes que quedaron al tiempo que murio el marido, ò de los bienes propios del marido? Respondeo. Que si el marido perdio parte de la dote que le fue prometida por el padre de la muger, por no apretarle, ni ponerle en necesidad: en este caso el marido no serà obligado à pagar à la muger mas de los quinientos ducados que cobrò de mil que el suegro le auia prometido en dote: y la muger no podra dar culpa al marido, porque esperò à su padre, & non extorlit integram dotem ab eo, text. est notabilis in l. si extraneus, titul. de iure dotium, qui etiam idem statuit in extraneo, qui sponte dotem promissit. Secus vero, si la prometio de necesidad, porque la muger pidio à su hermano, que era rico, y ella pobre, que la dotasse, vt fit quotidie in fratre possessore maioratus: el qual fue condenado à que dotasse à su hermana, y assi la dotò de necesidad, y no por gracia, ni por via de donacion: en tal caso serà obligado el marido à pagar enteramente su dote à la muger, aunque

el no la aya cobrado, vt habetur in dicta l. si extraneus, in principio, ff. de iure dotium. Et en este caso, quando el marido fuere obligado a pagar toda la dote à la muger, porque la dexò de cobrar por su culpa, dexiendola de cobrar del extraño q̄ la daua de necesidad, como està dicho, no se sacará del monton y cuerpo de bienes la dicha dote toda, ò la parte que dexò de cobrar por su culpa, sino que la pagara el marido à la muger de sus propios bienes, y seria agrauio si lo pagasse de los bienes comunes multiplicados que estan en el cuerpo de bienes, porque seria en efecto pagarle la mitad con sus propios bienes de la muger, vt supra diximus.

¶ Pero esto se ha de entender y limitar, saluo si el marido ouiesse tenido notable culpa y negligencia en cobrar la dote del extraño que la prometio, aunque fuesse de gracia, como si fuesse rico el que la prometio, y por esperar por ella muchos años, vino a ser pobre, y à no tener de que poder pagar al marido, en este caso sera obligado a pagar la dote à su muger, vt habetur in simili, in l. diuortio, ff. de negot. gest. y assi se colige del texto, in dicta l. si extraneus, ibi: parcendum est marito, qui eum non præcipitauerit ad solutionem, qui donauerat, non enim aptari posset illud verbum præcipitauerit, quod denotat in potentiã soluendi, si esset diues: si enim qui donauerat diues esset non posset dici quod maritus præcipitauerit eum ad solutionem, & ita intelligit glos. illum text. in verbo, non conuenerit, & probat tex. in l. Meuia, ff. solut. matrimon. vbi Doctores post gloss. & in l. ob res, §. fin. ff. de pact. dotalib. *

* ¶ Despues de sacadas las deudas hechas durante el matrimonio, y sacada la dote de la muger. Tertio loco, se han de sacar los bienes para frenales que la muger truxo al matrimonio, ò la estimacion dellos por la forma y orden que diximos arriba en el capitulo precedente, ora aya bienes multiplicados en el matrimonio, ora no los aya, porque el marido està obligado como administrador legitimo de la muger,

ger, y de sus bienes, à le boluer los bienes parafernales que con ella recibio, extra causam dotis, vt in l. de his, C. de donat. inter virum, & vxor. imo pro eis reddendis sunt tacite obligata omnia bona mariti, vt in l. fin. C. de pact. conuen. & in l. 17. tit. 11. part. 4. Pero esto se entiende, y limita, si los tales bienes fueron entregados al marido, y el los recibio, y administrò: pero si la muger los recibio, y administrò, vendiendolos, y arrendandolos de por sí, quod raro accidit, en tal caso no seria obligado el marido, ni sus herederos, à se los boluer, y restituyr si se ouiesse consumido, vt in l. de his, C. de dona. inter virum & vxorem, & in d. l. fin. C. de pactis conuent. vbi not. Doctores, & in l. 1. ff. soluto matri. vbi Alex. & Soc. tenet etiam Grego. in d. l. 17. tit. 11. par. 4. ex quo inferitur, que los contadores sacaran del cuerpo de bienes, los bienes parafernales que la muger truxo al matrimonio, ò la estimacion de ellos quando los recibio y administrò el marido, si estuuessen consumidos: pero si la muger recibio en sí la administracion de los dichos bienes, y los administrò ella sola, en tal caso no le sacaran la estimacion de ellos, aunque esten consumidos, como està dicho.

¶ Quarto loco, se han de sacar del dicho cuerpo de bienes que quedaron soluto matrimonio las arras que el marido dio à la muger al tiempo que se caso, porque esto es capital y bienes propios de la muger, vt in l. 1. & 2. tit. de las arras, lib. 3. fori. & l. 52. Tauri, que habetur, l. 4. tit. 2. lib. 5. Recopil. Lo qual se ha de entender con esta limitacion y declaracion, que si el marido dio luego quando se caso las dichas arras à la muger, y ella las metio y truxo al matrimonio, y se gastaron durante el matrimonio, entonces se han de sacar del cuerpo de bienes que quedaron comunes al tiempo de la muerte del marido ò la muger por capital de la muger, como se le ha de sacar la dote, y bienes parafernales, pero si las arras no le fueron dadas, sino prometidas, como se suele hazer, com

muniter, que el marido en la carta de dote que hazè la muger de lo que recibe con ella le promete de dar cierta cantidad de maravedis en arras, quando fuere suelto el matrimonio, en tal caso no se han de sacar las arras del monton de la hazienda, porque seria agrauio de la muger sacar de las ganancias hechas durante el matrimonio, en que ella tiene la mitad, la deuda de las arras que deue el marido, sino que hecha la particion de los bienes comunes del marido y de la muger, y partidas las ganancias sacado primero el capital de cada vno, de la parte que cupiere al marido, ò à sus herederos, de aquella se han de pagar à la muger las arras, ò à sus herederos, pues es deuda del marido propria, y no deuda comun hecha durante el matrimonio, en fauor y utilidad de la compania de ambos, vt dictum est in superioribus, pero si la muger no quisiese aceptar las ganancias hechas en el matrimonio, en tal caso bien se le podrian sacar las arras, y mandar los contadores que se le sacassen, y pagassen de los bienes que quedaron del marido al tiempo que murio, ò fue suelto el matrimonio, pues es deuda que el marido deue à la muger, y en este caso cessa el agrauio de pagarse las arras à la muger de sus propios bienes comunes y ganancias hechas durante el matrimonio, vt supra diximus.

¶ Pero esto se ha de limitar, con tanto que las arras no excedan de la decima parte de los bienes que el marido tenia al tiempo que se caso, conforme à la ley del fuero, titulo de las arras, l. 1. lib. 3. for. l. 2. tit. 2. lib. 5. Recop. porq si le diese mas del diezmo de sus bienes, no valdria, pero si el marido no tuuiesse bienes bastantes de que poder dar las dichas orras à su muger al tiempo que se caso, bien puede prometer arras à su muger de los bienes que adelante tuuiere, y valdran en el diezmo de los bienes que adelante tuuiere, y valdran en el diezmo de los bienes que adquiriere adelante, vt in l. 2. tit. 1. lib. 3. fori. quas leges ita limitat, & declarat ibi Montal. in glos. & Roder. Xua. in lectura

lectura super l. i. eiusdem tituli, in 2. quæstio. versic. circa hanc partem. De lo qual se infiere, que si el marido promettere cierta cantidad de arras à su muger, de los bienes que al presente tiene, ò adelante tuviere, como se suele poner comunmente en las escripturas de arras que prometen los maridos à sus mugeres quando se casan, valdran las arras, aunque no quepan en el diezmo de los bienes del marido que tenia al tiempo que se casò, si al tiempo que fue suelto el matrimonio, tenia bienes adquiridos durante el matrimonio, gananciales, ò hereditarios, ò en otra qualquiera manera, que el diezmo dellos monte y vala tanto como las dichas arras que prometio, y valdran, y las llevar à enteramente la muger, ò sus herederos, quod est bene notandum, quia communiter tenetur quod arræ promissæ à marito vxori, non valent ultra decimam partem bonorum mariti, quæ possidebat tempore matrimonij contracti.

* Sed quid erit. Si quando el marido prometio las arras à su muger, ò esposa, era pobre, y en la escriptura de la promessa de arras, no dixo que las prometia de los bienes que adel ante tuviessse, ni de los de presente, sed simpliciter promissit de bonis suis centum nomine arrarum, an valebit promissio in bonis postea quæsitis, vt de eis etiam habere debeat arras vsque ad decimam, hoc dubium est satis necessariũ, quia quotidie contingit, in quo videtur dicendum, que no vala la promessa de arras de los bienes que adquirio despues el marido, sino lo dixo en la promessa que hizo de las dichas arras: Quia in contractibus semper redigitur summa ad id quod minus est, & præsumitur quis quam minus poterit se grauare velle, vel hæredem suum, vt in l. semper in stipulatio. ff. de regu. iur. & in l. cum certum, ff. de triti. vino, oleo, quam legat. & in l. si quis à filio, §. i. ff. de legat. i. at cū in scriptura promissionis dictarum arrarum communiter dicatur, quod ad solutionem earum obligat promissor

omnia bona sua præsentia, & futura, & etiam si hoc non dicatur in obligatione omnium bonorum futura bona continentur, vt in l. fin. C. quæ res pign. obli. possunt, an ex hoc inducatur, quod voluerit ex futuris bonis arras dare, & videtur dicendum quod non, cum hoc proprius sit cautio præcedentis promissionis, seu obligationis, quæ ampliatio, seu extensio dictæ promissionis, & ista verba posita sint in executione, quæ non augent gratiam, seu præcedentem promissionem, ex Clementina r. de præbend. & quæ ibi notant Doctores. *

¶ Sed quid si maritus promissit arras ultra decimam cum iuramento, an valebit talis promissio? & videtur quod valeat, cum talis prohibitio legis tendat in fauorem mariti, ideò poterit ei renuntiare cum iuramento, vt sentit Bar. in l. si quis pro eo, ff. de fideiuss. quem sequuntur communiter Doctores, ibi, & in authentic. sacramenta puberum, C. si aduersus vendi. idem expresse firmat Palat. Rub. in repet. rub. §. 24. incipi. & circa illud, n. 4. fol. 14. Segura, Dida. Perez quos refert. Ant. de Padilla in authen. res que C. commun. delega. num. 29. Mench. de success. cre. §. 26. num. 43. Anton. Gom. 2. tom. cap. de rest. minor. num. 26. & in l. 50. Taur. num. 13. & in l. 69. num. 4. & sic est tenendum, licet nonnulli Doctores contrarium sentiant.

¶ Item se ha de limitar y entender la conclusion arriba dicha, que el marido puede hazer y prometer el diezmo de sus bienes en arras à su muger ò algunaheredad ò tierra que vala el diezmo de sus bienes con tanto, que primero se saquen de los bienes que tenia y possesya al tiempo que prometio, ò dio las dichas arras, las deudas q̄ entonces deuia. Nam bona dicuntur deducto ære alieno, l. subsignatum, ff. de verbo. sig. & l. mulier bona, ff. de iure dot. & ita in expresso tenet Rode. Xua rez, & Montal. in dicta l. i. tit. de las arras, lib. 3. for. & Anton. Gom. in l. 50. Tauri.

¶ Item

¶ *Item se ha de limitar, saluo si la mu-
ger à quien se dieron estas arras, ouiesse
passado à segundas bodas, y se huuiesse casa
do segunda vez, que entonces no se le han
de aplicar las arras en propiedad, sino
quoad vsumfructum, y la propiedad se
ha de apropiari y adjudicar à los hijos del
primer matrimonio, vt in l. fœminæ, C.
de secun. nup. vbi not. Doctores & An-
ton. Gom. in l. 16. de Toro. Sed quid si
tempore quo maritus arras promisit,
2 2 *tenia muchos bienes, en la decima de los
quales cabian las arras que prometio à su
muger, pero desde a pocos dias se los qui-
taron y sacaron de su poder, porque todos,
ò la mayor parte dellos, eran agenos, si val-
drian las dichas arras en todo, ò hasta en
la cantidad que caben en el diezmo de los
bienes que le quedaron, que eran verda-
deramente suyos? Respondeo, quod Ro-
de. Xua. in dicta l. 1. titu. de las arras, &
Anton. Gom. in l. 51. de Toro dicunt.
Que si el marido possesya aquellos bienes
por suyos con buena fee al tiempo que pro-
metio las arras à su muger, que valen las
arras que cupieron en el diezmo dellos al
tiempo que las prometio, aunque despues
parezca no ser suyos los dichos bienes, lo
qual quieren fundar, in l. bonorum ap-
pellatio. 49. ff. de verb. sign. quod mi-
hi durum videtur, & contra intentio-
nem prædictarum legum in d. l. 1. tit.
de las arras, & in l. sub signatum, de ver-
bo. sig. porque si es verdad que del patri-
monio del marido se han de sacar prime-
ro las deudas que deue, y lo que tiene age-
no, y lo restante se entiende que son sus bie-
nes, y de aquellos y no mas, puede dar el
diezmo en arras, no se compadece que va-
lan las arras de todos los bienes suyos y age-
nos que tenia al tiempo que las prometio,
porque los possesyesse por suyos con buena
fee, si in veritate eran agenos, & videtur
hæc conclusio cõtra casum expressum
& quæ ibi notant Doctores in l. 1. §. si
hæres percepto. ff. ad Trebel. vbi ha-
betur quod si hæres iussus sit hæredi-
tatem restituere alteri, retento sibi fun-
do qui quartam faciebat, si postea sibi
euincatur, vel speratur euinci posse,**

propter pignus, vel hypothecam ipsius
fundi quem testator obligauerat, æsti-
mari debet patrimonium verum de-
functi, & cauedum est hæredi de eui-
ctione illius fundi, vel saltem æstima-
ri debet totum patrimonium, & ille
fundus cum sua qualitate, & onere quã-
tum valeat minus, propter illud du-
bium euictionis, & reliquum iudicabi-
tur verum patrimonium defuncti, vel
illud minus iudicatur habere si postea
euincatur, & pendebit à futuro euen-
tu, quantam quantitatem potuit dare
nomine arrarum, qua ratione, & alijs
supradictis teneo pro constanti, que si
el marido prometio à su muger cierta quã-
tidad de arras, teniendo consideracion à
los bienes que entonces tenia y possesya bo-
na fide, por suyos, si despues pareciesse que
no eran suyos, como si viniesse algun her-
mano suyo, que era tenido por muerto, que
era heredero primero, llamado à los di-
chos bienes, y à el le quedassen tan pocos,
que no pudiesse dar tanta cantidad de ar-
ras como dio, ò prometio à su muger, que
no valdrian las arras mas q̄ en el diezmo
de lo que verãderamente eran sus bie-
nes y hazienda, & hoc ratio suadet, &
est consonum voluntati contrahentiũ,
& voluntati legum disponentium ne
maritus vltra decimam bonorum suo-
rum possit dare, vel promittere nomi-
ne arrarum vxori suæ, nec obstat illa
lex bonorum appellatione, ff. de ver-
bo. signi. quia illa intelligitur ciuilitè
ad alios effectus, puta si caueretur lege
municipali, vel statuto nequis possit
habere officia publica nisi habeat mil-
le in bonis, tunc enim cum illam quan-
tatem possideat quis bona fide etiã
si opponatur quod non iustis titulis il-
la bona possideat admittetur ad offi-
cia, quia sufficit illa possidere bona fi-
de, nam ex possessione præsumitur do-
minium quando de eo tractatur inci-
denter, vt habetur in l. quidam in suo,
ff. de conditio. instit. & ibi per Bartol.
& in l. si priusquam, ff. de openo. nunt.
in fin. & in l. sicuti, §. sed si quaratur,
ff. si serui. vendi. sed si agatur principa-
liter

liter de dominio, vel de bonis alicuius, illud vere, & plene probari debet, & ille textus in dicta l. bonorum appellatione procedit rebus sic stantibus, sed si postea illa bona euincantur non dicetur vir habuisse tantum in bonis, & hæc est vera mens, & intentio illius tex. & re vera non contradicit decisioni in dicta l. subsignatum, ff. de verbo. sign. & in dicta l. mulier bona, ff. de iure doti.

¶ Vltimus quæro. *Si el marido no tenia bienes libres, sino de mayorazgo, & sujetos à restitucion, y prometio arras à su muger, en que cantidad valdran? Respondeo, que se estimara lo que podra valer el usufructo y aprobechamiento de aquellos bienes, y en que se podr. auender y apreciar aquel dubio euentu por el tiempo de la vida del poseedor, vt in l. cum Titio, & l. si usufructus legatus, ff. ad legem falci. y de aquello podra dar las arras, & hoc expresse tenet Pala. Rub. in repet. rub. in §. 25. incipien. & procedit ista fol. 14. col. 3.*

¶ Incidenter quæro de alia notabili quæstione quæ frequenter versatur in iudicijs, & iudicio meo non est bene explicata per Doctores nostros quæ talis est. *El marido prometio en arras à su muger cierta cantidad que dize que es el diezmo de sus bienes, suelto el matrimonio, la muger pide sus arras que le fueron prometidas por su marido, sus herederos dizen, que no le pudo dar, ni prometer tanta cantidad de arras, porque no cabian en el diezmo de los bienes que entonces tenia. La muger replica, que si tenia bienes en cantidad que cabian en el diezmo de los bienes que entonces tenia, qual de las partes sera obligado à probar, ò la muger q. cabian en el diezmo, ò los herederos del marido q. no tenia bienes? hanc quæstionem tractat latissimo sermone Rode. Xua. in lectura legis primæ titul. de las arras, in 2. quæst. vbi resolutiue tenet post longam disputationem, quod mulieri incubat onus probandi valorem patrimonij mariti alias succumbet si non probauerit, & cum*

sequitur velut in transitu Anton. Gomez in l. 50. de Toro, nihil allegans præter eum, sed vereor ne dicta opinio vera sit, nam si bene considerentur rationes, & iura allegata per Roder. Xuares pro contraria parte ipsa confundunt opinionem suam, ait enim ipse & verum est quod glo. in l. si vero, §. 1. ff. qui satisda. cogan. in verbo, dubitet, quam sequitur ibi Barto. Pau. Alberic. & Angel. tenent quod paupertas, nec diuitiæ nunquam præsumuntur, sed qui fundatur in diuitijs, vel paupertatem debet illam qualitatem probare, vt obtineat, & hoc probatur expressius in tex. cui cõgruum responsum dari non potest in l. cum de lege falcidia. ff. de probat. Cuius verba sunt, cum de lege falcidia quæritur heredis probatio est locum habere legem falcidiam qui dum probare non potest merito condemnabitur, en ergo casum vbi allegas paupertatem, id est, hæreditatem non sufficere ad omnia legata integra soluenda debet probare, alias succumbet, nec obstat quod legatarij dicant hæreditatem esse locupletem, & sufficere ad omnia legata integra soluenda, & sic videntur se fundare in diuitijs id circo eas probare tenentur, quia legatarij fundatam habent actionem, & intentionem suam, per solum testamentum vbi legata sunt eis facta, nec aliud habent necesse probare, nec diuitias defuncti, nec hæreditatem locupletem, nec sufficientem ad omnia legata persoluenda, sed hæres qui dicit non sufficere probare debet, vt ibi statuitur quod euidenti ratione fundatur, nam cum legatarij habeant intentionem, & actionem fundatam ex solo testamento absque probatione diuitiarum vel facultatum hæreditatis (vt supra diximus) hæres qui excipit asserens non teneri ad integra legata soluenda, quia hæreditas nõ sufficit salua ratione legis falcidiæ probare debet cum exceptio sua fundetur in paupertate vel inopia hæreditatis, postquam autem ipse probauerit inopiam

-piam & legem falcidiam habere locū,
 tunc si legatarij replicent sufficientem
 esse hereditatem ad omnia legata per
 soluenda probare debent suam repli-
 cationem non ante, vt in l. i. exceptio-
 nibus, & l. i. ab ea parte, ff. de prob.
 quæ ponunt hanc practicam sic in pro-
 posito nostro mulier cum petit arras
 à marito sibi promissas fundatam ha-
 bet intentionem suam ex sola promif-
 sione arrarum instrumento earum of-
 tenso. Si hæredes viri dicant non suffi-
 cere patrimonium viri salua ratione ²⁸
 decimæ ad soluendas integras arras il-
 lud probare debent cum paupertas,
 vel inopia mariti, vel insufficientia pa-
 trimonij eius sit causa intentionis vel
 exceptionis, vt in allega. l. cum de le-
 ge falcidia, ff. de probatio. & l. ab ea
 parte, ff. de proba. nec enim vxor fun-
 datur in diuitijs mariti, sed maritus vel
 eius hæredes in paupertate, si vero hæ-
 redes probarent paupertatem, vel ino-
 piam mariti talemque arrarum promif-
 sionem excluderent, tunc vxor allega-
 re, & probare teneretur sufficiens ha-
 buisse patrimonium maritum ad inte-
 gras arras soluendas, salua ratione de-
 cimæ, idest, quod sint intra decimam
 patrimonij, hæc est intentio dictæ le-
 gis cum de lege falcidia & legis in ex-
 ceptionibus, & l. ab ea. ff. de probat.
 quibus responderi non potest pro cō-
 traria parte, & ita ipse idem Roder.
 Xuares sensit in loco supra citato, li-
 cet postea (& non recte iudicio meo)
 diuerterit à dicta opinione, asserens
 quod mulier fundatur in diuitijs pe-
 tens arras à marito promissas, & ideo
 probare tenetur non excedere deci-
 mam patrimonij, quod in dubitanter
 verum non puto, imo falsum euiden-
 ter apparet, non enim est maior ratio
 in legatarijs petentibus integra legata
 hærede excipiente non sufficere hæ-
 reditatem ad integra legata soluenda
 salua ratione legis falcidiæ, quod præ-
 dicta lege deciditur contra hæredem
 excipientem, & non probantem, quā
 in vxore petente integras arras hære-

de mariti excipientē non sufficere pa-
 trimonium mariti defuncti ad inte-
 gras arras soluendas salua ratione de-
 cimæ item si prædicta opinio Rode-
 Xua. esset vera sequeretur, quod si mu-
 lier peteret arras sibi promissas à ma-
 rito, & ostenderet instrumentum pro-
 missionis, si maritus nihil opponeret,
 nec exciperet, quod nihilominus ipsa
 succumberet, si non probaret mariti
 patrimonium sufficere ad integras ar-
 ras soluendas, & quod non excedunt
 decimam patrimonij eius, quod esset
 falsum, nam marito non excipiente de
 excessu arrarum, iudex non debet op-
 ponere, vel supplere dictam exceptio-
 nem, (cum sit facti) idcirco ipso mari-
 to non excipiente, vel eius hæredibus
 condemnari debent, ex quibus infer-
 tur quod vxor petens dictas arras non
 fundatur in diuitijs, marito non exci-
 piente de paupertate, vt ait Rode. sed
 maritus in paupertate, idcirco onere
 probationis suæ exceptionis grauatur,
 & ipse non probante succumbet, quod
 verissimum puto, & hoc idem sentit
 dominus Couarrub. varia. reso. cap. 6.
 num. 7. in fine, vbi suspectam sibi vide-
 ri dictam opinionem Roder. Xuares
 asseuerat. *Y ansi se concluye en este arti-
 culo, que si los herederos del marido no
 prouaren que no tenian bienes bastantes
 al tiempo que prometio las arras, al tiem-
 po que las pide la muger, que cupiessen en
 el diezmo de sus bienes, que le sacaran y
 pagaran los contadores partidores sus ar-
 ras enteramente à la muger, ò à sus here-
 deros, reprobata opinione Roder. Xua.*
 de qua miror cum ipse retorqueat di-
 ctam legem, cum de lege. contra eos,
 qui contrariam sententiam tenebant,
 dicentes quod mulier tenetur proba-
 re non excedere decimam quantitas
 arrarum, quæ promissa est, & dicit cō-
 tra eos esse casum inuitabilem dictā
 l. cum de lege falcidia, & quod ei con-
 grue responderi non potest, & verum
 dicit nam opinio glos. in dicta l. si ve-
 ro, §. i. ff. qui satisda. cogan. quod alle-
 gans paupertatem, vel diuitias cum sit
 causa