

extraño y á los de otro extraño, sin especificar sus nombres, y los hijos estaban nacidos al tiempo de la institucion, se entienden instituidos por ramas, y el hermano ó extraño en cabeza propia; y así este llevará la mitad de la herencia, y los hijos la otra mitad, porque los conjuntos con modo colectivo se estiman por uno. Lo cual se entiende excepto que de su voluntad aparezca expresa ó tácitamente otra cosa, v. gr. si mandó que sucediesen igualmente, pues entonces todos sucederán con igualdad¹; y lo mismo procede en cualquier sustituto y en el legado²; por lo que si lega algo, v. gr. á Pedro y á sus hijos, ó á los de otro, llevará Pedro la mitad del legado, y los hijos la otra mitad³.

CAPITULO XIV.

OBSERVACIONES QUE DEBERÁ TENER PRESENTES EL CONTADOR ACERCA DE LA DIVISION DE LA HERENCIA CUANDO EL TESTADOR HUBIERE INSTITUIDO HEREDEROS EXTRAÑOS.

Doctrina relativa á los herederos extraños, inserta en el capítulo 8, título 2, libro 2. Resuélvense aquí dos puntos como mas enlazados con el Tratado de particiones. Primero: cuando el testador reparte su herencia entre tres, dejando al uno la mitad, al otro la tercera, y al otro la cuarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion ó de tres; y modo de girar la cuenta. — Punto segundo. Nombrando el testador por sus herederos á tres ó mas extraños, y mejorando á dos de ellos, al uno en el *tercio* de todos sus bienes, y al otro en el *quinto* tambien de todos, sin decir cuál se ha de deducir primero; ¿cómo habrá de hacerse la deducción?

1. En el libro 2, título 2, capítulo 8, se trató extensamente de la sucesion testamentaria de los herederos extraños, y dando por supuesta aquella doctrina, resolveré para instruccion del contador dos puntos importantes, que reservé para este Tratado. 1º Cuando el testador reparte la herencia entre tres, dejando al

¹ Ley *Interdum*, ff. de *heredib. instituend.* — ² DD. ubi *supr.* — ³ Ley *Si quit Attio et heredib.* 7, ff. de *usufruct. accresc.*

uno la mitad, al otro la tercera, y al otro la cuarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion ó de tres, para que ninguno sea perjudicado, v. gr. importa la herencia doce mil reales, cuya mitad son seis, la tercera parte cuatro, y la cuarta tres; pero como seis, cuatro, y tres componen trece, se debe girar la cuenta de esta suerte: si trece me dan doce mil, ¿cuántos darán seis, cuántos cuatro y cuántos tres? y se verá que ni la mitad son seis mil reales, ni la tercera parte cuatro mil, ni la cuarta tres mil; y así ninguno resultará agraviado en su legítimo haber. Lo mismo se practicará en otras instituciones semejantes de distintas porciones ó cuotas (*). Y en orden á cómo se ha de hacer la division cuando el testador deja alimentos á una mujer embarazada, diciendo: *que si pare hijo, lleve ocho partes de los frutos de sus bienes, ó de estos el hijo y su madre cuatro; y si hija, lleve esta cuatro y la madre ocho*, y luego nacen de aquel parto hijo é hija; véase á Escobar que siguiendo á Moya¹ y la regla de compañía sin tiempo, explica cómo se ha de girar la cuenta sin irrogar perjuicio á los tres interesados; cuya regla se deberá observar tambien en otros casos y cuotas diversas que en derecho no estan resueltos ni tocados.

2. Segundo punto. Elijiendo el testador por sus herederos á tres ó mas extraños, y mejorando á dos de ellos, al uno en el *tercio de todos sus bienes*, y al otro en el *quinto tambien de todos*, y no diciendo cuál se ha de deducir primero; parece que se deberá sacar antes este con arreglo á la ley 214 del Estilo, para que sea mayor y tenga mas de que disponer por su alma, ó en lo que quisiere, segun se practica cuando testa entre descendientes, como tienen creído algunos por no haber visto esta ley. Pero no debe practicarse en estos términos, ni tampoco bajarse antes el *tercio* á pretexto de observar el orden de las palabras, excepto que lo mande expresamente el testador. Lo primero, porque testando entre extraños, no se deducen del quinto los gastos de su funeral, misas, entierro y legados, como cuando testa entre des-

(*) Lo mas fácil es hacer de la herencia tantas partes cuantas señaló el testador, y dar á cada uno lo que dice el testamento. En el caso propuesto sobre la herencia, que son doce mil reales, se hacen trece partes, esto es, si se divide por trece, se verá que cada una de las trece partes en que el testador dividió su herencia, es 923 reales 2 y 6/10 maravedis, de modo que al uno le tocarán 5358 reales 13 y 7/10 maravedis, por lo que le asignó con el nombre de mitad; al que se le señaló el *tercio* le corresponden 2692 reales 10 y 5/10 maravedis; y la cuarta parte será 2769 reales 7 y 8/10 maravedis. *Febrero adicionado.*

¹ Aritmeth. lib. 5, cap. 5.

endientes, á menos que así lo disponga, sino del cuerpo de su caudal, observando lo dispuesto por derecho común en lo que no está corregido por el nuestro, pues como la ley del Estilo habla solamente entre hijos, y aquí no hay que atender á legitima alguna, por ser libre el testador en disponer á su arbitrio de todos sus bienes, cesan las razones que militan cuando deja legítimos descendientes; por lo que no debe ampliarse á este caso. La segunda razón es porque de bajarse cualquiera de ellos primero, y del residuo el otro, sale perjudicado el interesado en este, pues no se verifica llevarlo íntegro *de todos los bienes del testador*, como esté lo quiso, guardada proporción. Tampoco debe deducirse el uno de ellos del total caudal líquido, y luego el otro también del mismo total, como si nada se hubiera deducido de él, pues sería mayor absurdo y clara injusticia, porque entonces se deduce éste de caudal imaginario que ya no hay, y se perjudica á los que no son mejorados. Para proceder pues con justificación, y que cada uno lleve solamente lo que le toca con arreglo á la mente del testador, se ha de girar la cuenta por la misma regla proporcional, de modo que cada mejorado lleve como tal la cuota que le corresponde, junto con los demás en todos los bienes del testador, y luego con los que no lo fueron, entre ambos á partir igualmente el residuo de la herencia después de sacado el total de la mejora. Y lo mismo concibo se debe practicar, aunque el testador omita en la mejora la palabra *de*, y diga solamente *que mejora al uno en el tercio y al otro en el quinto de sus bienes*, porque la proposición indefinida equivale á la universal. Todo lo dicho se entiende excepto que disponga expresamente otra cosa, pues entonces su voluntad será la regla que debe observar el contador (*).

(*) Acerca del modo de dividir la herencia entre los sustitutos de herederos legítimos y extraños, de que trataba aquí el autor, véase el capítulo 10 del título 2, lib. 2, donde se habla de esta materia; y en orden al derecho de acrecer en las herencias el capítulo 12 del mismo título y libro.

CAPITULO XV.

DE LAS CAUSAS POR QUE PUEDEN IMPUGNARSE Y RESCINDIRSE LAS PARTICIONES.

Presentada la partición al juez de la testamentaria del difunto; debe dar traslado de ella á los interesados, para que la consientan estando arreglada, ó expongan los agravios ó errores que contenga. — Causas por que se pueden impugnar y rescindir las particiones: primera por ser hechas ante juez del todo incompetente. — Causa segunda. Por defecto de citación de los interesados. — Causa tercera. Por razón de perjuicio ó lesión en mas ó menos de la mitad del justo precio, ó en la sexta parte de lo que tocó al agraviado. — Procede lo dicho, ya provenga la lesión de error sustancial, ignorancia, ó dolo, ó por otro motivo. — Cuarta causa. Por lesión enormísima. — Cuando las particiones son nulas por derecho debén hacerse de nuevo. — Siendo la lesión enormísima, aunque se aprueben por las partes la cuenta y partición, pueden retractarse siempre que se advierta el perjuicio. — Quinta causa. Cuando por error, olvido, engaño ú ocultación se dejó de colacionar ó dividir alguna cosa de la herencia. — Se amplía lo dicho en el párrafo anterior, aun cuando la partición se haya hecho por árbitro, y en el compromiso se pusiese pena contra el que la impugnase. — Cuando las cosas no se omitieron por error, ó ignorancia, sino que se ocultaron por algun heredero, mucho menos se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la partición. — Si las particiones se hicieron judicialmente, se ha de proceder por la acción de dividir en común, y no por la de familia; y será al contrario cuando se formalizaron extrajudicialmente. — Causa sexta por que puede rescindirse la partición. Cuando se hace con el que por ningun título es heredero. — Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones por vía de apelación de la sentencia. — También pueden deshacerse por vía de restitución *in integrum*. — Utilidades que resultan de este último remedio. — No será restituido el menor si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fue perjudicado sin intervenir fraude. — La partición que se hizo entre los hermanos, se puede reformar cuando se dió al uno mas de lo que se le debía, no rescindiendo la partición sino resarciendo el daño. La hecha por el padre ha de observarse, aunque haya dado mas al uno que á los otros, siempre que no exceda de su legítima

y mejora. — Los coherederos que en virtud de la division nulamente hecha, y pendiente el pleito sobre validacion ó nulidad de ella, recibieren sus porciones en bienes que perecieron sin su culpa, no tendrán obligacion á colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente.

1. HECHA la particion judicialmente, ya sea por los peritos electos por las partes, ó por los partidores nombrados públicamente en donde los hay, y presentada al juez de la testamentaria del difunto, debe dar traslado de ella á los interesados, para que estando arreglada la consientan, y si no lo está, deduzcan los errores y agravios que contenga, aunque juntos no lleguen á la sexta parte del total de su respectivo haber. Tambien se les debe comunicar al mismo fin, siendo mayores, cuando la hacen los contadores que elige el testador para que la ejecuten; y siendo menores, á sus tutores ó curadores; bien que aunque estos la consientan en sus nombres, podrán aquellos decir de agravios de ella dentro de los cuatro años siguientes á los veinticinco de su edad. Y así lo mismo es que la aprueben que no, si los contiene; pues ni el permiso concedido á los testadores para que los nombren, ni su nombramiento les da facultad para agraviarlos, ni les priva de usar de su derecho, porque todo esto seria injusto, y solo sirve para libertarlos de gastos inútiles, y perjuicios que se les irrogarian procediéndose judicialmente. Si la consienten, ha de proceder el juez á su aprobacion; pero si alguno dice de agravios, debe comunicarlos á los otros, á fin de que expongan lo que les convenga: los cuales, consistiendo en hecho, se han de ventilar en via ordinaria; y si en derecho, debe el juez decidirlos en vista de lo que aleguen, porque en materia de derecho no hay prueba que hacer, por estar resuelto en él lo que se debe determinar. De la sentencia que profiera, puede apelar el agraviado dentro de los cinco dias legales en la forma regular, y hasta que se ejecutoria y deshace al agravio, no se expide ni debe expedir á los interesados el testimonio de su respectiva adjudicacion.

2. Por varias causas se pueden impugnar y rescindir las particiones. La primera, siendo hechas ante juez del todo incompetente¹; cuya nulidad se puede alegar en todo tiempo, pues es tan grande que impide la ejecucion, aunque sea de tres sentencias conformes²; y no solo se anula la sentencia, sino todo lo obrado

¹ Ley 1, Cod. *Si à non competent. judic.* — ² Glos. In *Clementin. unic. de sequestr. possess. verb. Non obstante*; Felin. in cap. *Ea quæ*, col. 2 de *re judicat.*

ante él³; lo cual no se puede subsanar ni aun por rescripto del Soberano.

3. La segunda causa por que se pueden impugnar las particiones, y alegar su nulidad, es por defecto de citacion de los interesados; el cual, como que impide la defensa dimanada del derecho natural, es el mayor de todos; y así es que la citacion jamas debe omitirse, como he dicho en otra parte.

4. La tercera es por razon de perjuicio ó lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, ó en la sexta parte de lo que tocó al perjudicado; previniendo que no basta que lo sea en una cosa sola, sino que precisamente ha de ser en la sexta de todo su legitimo haber, porque si lo es solamente en una, se compensa la lesion de ella con el mayor valor de la otra, y así no ha lugar á su admision⁴.

5. Esto procede, ya provenga la lesion de error sustancial sin intervencion de dolo, ó cuando por este ó ignorancia se omitió colacionar alguna cosa; ó los contadores irrogan agravio en el modo de liquidar y deducir ó por otro modo (pues la ley no distingue), excepto que sobre el error ó agravio haya recaido transaccion ó sentencia exequible dada en contradictorio juicio con pleno conocimiento de causa⁵. Asimismo procede lo dicho, ya sea hecha la particion por el juez ó por árbitro, ó con el que en realidad no es heredero⁶; previniendo que la lesion en mas ó menos de la mitad, se entiende siendo hecha la particion por convenio de los interesados⁷; pues cuando lo es por contadores basta que sea en la sexta parte⁸; y así se puede pedir reduccion de ella á albedrio de buen varon⁹.

6. La cuarta es por lesion enormísima, pues interviniendo esta se presume que hubo dolo, el cual en todo acto y disposicion se entiende exceptuado por ser contra derecho⁸. En este caso será oido el perjudicado, aunque sea mayor y jure no contravenir las particiones⁹, porque esta lesion no se comprende en la renuncia

⁴ Ley *Secundum*, col. 2, vers. *Item nota*, Cod. *de donation.* — ² Ley *Unde si Ner. væ*, y ley *Quid enim*, 81, ff. *Pro socio*; Pinel, in leg. 2, Cod. *de rescind. vendit.* part. 2, cap. 10, num. 5; Ciriac. *controvers.* 345, num. 28. — ⁵ Ley *Si soror tua*, Cod. *de collationib.*; Ayor. part. 5, quæst. 7; Guerreir. *de dispis.* lib. 8, cap. 5, num. 4 y 7; Menoch. *consil.* 91; Decio *consil.* 331; Valenz. *consil.* 129, num. 80. — ⁶ Ley *Si post divisionem*, 4, Cod. *de juris et facti ignorant.* — ⁷ Ley 2, Cod. *de rescind. vendition.* y ley 4, Cod. *Communia utriusque judic.* y glos. en la ley 3, Cod. *eod. tit.* — ⁸ Ayor. *dicha part.* 5, quæst. 6. — ⁹ Valasc. *de partition.* cap. 59, num. 9 ai 14. — ⁸ Ley *si superstiti*, Cod. *de dolo*; Menoch. *de arbit.* quæst. 71, num. 18; Gamin. *decis.* 94, num. 5, y *decis.* 198, num. 1; Afflict. *decis.* 495, num. 11. — ⁹ Covarr. in cap. *Quam vis pactum*, part. 2, § 4, num. 5; Gamin. *decis.* 93, num.

general¹; y así se deben volver á hacer si los errores y lesión son sustanciales, y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar, pues pudiendo se deben reformar, y permitir al demandado la elección de que se deshagan ó se supla el engaño². Y aunque algunos no están por el suplemento, es sin embargo lo más equitativo para evitar nuevos dispendios y dilaciones á los interesados. Si la lesión proviene de mero error de cálculo, entonces como no es sustancial ni se encamina á perjudicar á las partes en sus derechos, sino puramente material en cuanto á la cuota, no se deben deshacer las particiones, sino por medio de notas ó advertencias las equivocaciones padecidas en la suma ó cantidad, expresándolo en la sentencia de aprobación, para que no se dude que se tuvieron presentes, é insertándolas en cada testimonio de adjudicación ó hijuela.

7. Pero si las particiones son nulas por derecho, se deben hacer de nuevo, porque lo que de derecho es nulo, se estima por no hecho, y ningún efecto surte, y así no se puede rescindir ni enmendar³. Sobre cuál se llama lesión enormísima hay variedad de opiniones, por lo que se debe dejar al arbitrio del juez imparcial.

8. Prócede lo explicado en el párrafo 6, aunque el cálculo y partición se aprueben por las partes, porque esta aprobación se presume falaz y hecha sin voluntad ni conocimiento, y nula por razón del cálculo y división; por lo que no impide su retractación siempre que se advierta⁴, pues con el mismo error con que el cálculo y división se hicieron, se entiende hecha su aprobación; y así una y otra se retractarán y enmendarán⁵.

9. La quinta es cuando por error, olvido, engaño ú ocultación se dejó de colacionar y dividir alguna cosa de la herencia; en cuyo caso el que debió traerla á colación, si no lo hizo, podrá ser compelido á ello de oficio, y se dividirá⁶, pues en este juicio nada debe dejar proindiviso el juez⁷. Pero es de advertir que por esto no se deben rescindir las particiones hechas, ni ser oído el que pretende su rescisión, y si solo dividirse lo que no se divi-

4, y decis. 198, num. 2; Pinel in leg. 2, Cod. de rescind. vend. part. 3, num. 7.

¹ Gutierr. In repet. cap. Quamvis pactum., num. 92. — ² Valasc. dicho cap. 59, num. 76 y 77; Guzman. de evict. quæst. 116, num. 18; Guerreir. de divis. lib. 8, cap. 19, num. 1 al 21; Ayor. part. 3, quæst. 10. — ³ Ley Nam et si sub conditione, § Post defectum, ff. de injusto, rupto testamento, y regla Non præstat, de regul. jur. num. 6. — ⁴ Ley unie. Cod. de errore calculi, et ibi DD. — ⁵ Ley Doli mali, § Diversum, ff. de donation; Decio consil. 60, num. 6. — ⁶ Ley Si soror, Cod. de colationib. y leyes 1 y 5, Cod. Familie eriscundæ. — ⁷ Ley Hæredes ejus, 25, § Si filius, 10, y § Judex, 20, ff. Familie eriscundæ.

dió¹, porque como dice el derecho², lo útil no se vicia con lo inútil.

10. Se amplía lo expuesto en el párrafo anterior, aunque la partición se haya hecho por árbitro, y en el compromiso se pudiese pena contra el que la impugnase³; pues no obstante puede el interesado, sin miedo de incurrir en la pena impuesta, pretender que se dividan las cosas omitidas, porque por este hecho no impugna la partición, y solo intenta que lo omitido se parta, y el juicio se perfeccione y concluya, lo cual es muy diverso⁴; así como cuando el juez deja de declarar ó determinar en las sentencias acerca de algunas de las pretensiones de los contadores, se le pide declare y determine sobre lo que omitió; pues en lo omitido no se puede decir conclusa totalmente la instancia⁵.

11. Si las cosas no se omitieron por error ó ignorancia, sino que se ocultaron por algún heredero, mucho menos se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la partición⁶. A mas de que en todo negocio y contrato aunque se celebre con las palabras mas amplias, siempre se entiende exceptuado el dolo⁷.

12. Pero es de advertir que si las particiones se hicieron judicialmente, se ha de proceder por la acción de dividir en comun, y no por la de familia, sobre las cosas que no se dividieron⁸; lo cual será al contrario habiéndose formalizado extrajudicialmente entre los herederos, pues entonces se puede proceder por esta acción⁹.

13. La sexta causa por que se pueden impugnar y rescindir las particiones es por haber sido hechas con el que por ningún título era heredero¹⁰. Esto se entiende aunque se imponga pena al que las contravenga, pues no obstante esta, quedará impune y no podrá ser compelido á pasar por ellas, porque el error quita el consentimiento é impide la adquisición de dominio¹¹. Pero si se

¹ Dicha ley Si soror; Valasc. dicho cap. 59, num. 58 y 59. — ² Regla Utile per inutile, de regul. jur. in 6. — ³ Ley Si soror, cit. al fin, y ley Qui Romæ, § Duo fratres, ff. de verbor. obligation. — ⁴ Dicha ley Hæredes, y § Si filius; Valasc. ibi, num. 60 y 61. — ⁵ Ley Si autem, § fin. ff. de negot. gest.; Valasc. ibi, num. 62. — ⁶ Ley Tres fratres, ff. de pact.; Arg. ley Qui cum tutoribus, § Qui per fallaciam cohæredes, ff. de transaction.; Valasc. ibi, num. 65. — ⁷ Ley fin. § Lucius, ff. Mandati; Gom. en la 77 de Toro, num. 3; Valasc. ibi, num. 64. — ⁸ Ley Si filia nupta, 20, § Familie, 4, Cod. eod. tit. et ibi DD. — ⁹ Ley Si non, 1, Cod. Familie eriscundæ; Menes. in leg. Si post divisionem, Cod. de juris et facti ignorantia, num. 4; Valasc. dicho cap. 59, num. 65 y 66. — ¹⁰ Dicha ley Si post divisionem, 4, Cod. de juris et facti ignorant. y ley Seruum communem, 22, Cod. Familie eriscundæ. — ¹¹ Paul. in leg. fin. § Item quesitum, ff. de conditione indebiti; Decio consil. 468, num. 1, y consil. 600, num. 3; Valasc. dicho cap. 59, num. 69 y 75.