

tinguir de casos y de herederos: estos ó son legítimos, ó transversales; y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, y no hizo su testamento el comisario. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, estan obligados á hacerle las exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbren en el país, con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias, y no á distribuir todo el quinto por su alma, ni en ello mezclarse juez alguno, como manda la ley 14 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec. Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no hizo su testamento porque no pudo, ó no quiso, ó se le olvidó, y pasó el tiempo prefinido por la ley y por el mismo testador, cumplirán con practicar lo propio, y no tendran obligacion tampoco á distribuir el quinto<sup>1</sup>.

16. Si son transversales, y murió sin testamento, no estarán obligados á hacer dicha distribucion, y sí solamente á lo que los legítimos, sin diferencia, porque todos sus bienes les pertenecen abintestato<sup>2</sup>, y ninguna ley les precisa á mas<sup>3</sup>; bien que algunos dicen que todo lo han de distribuir<sup>4</sup>; pero no se observa, ni debe. Si dió poder para testar, y el comisario por alguna de las causas expuestas no hizo su testamento, en este solo caso y no en otro, estarán obligados á la distribucion del quinto íntegro dentro del año, segun lo ordena la ley 13 del mismo título 20 y libro 10 Nov. Rec., cuyas palabras son estas: *Cuando el comisario no fizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió sin hacerlo, los tales bienes vengán derechamente á los parientes del que le dió el poder que hubiesen de heredar sus bienes abintestato: los cuales en caso de que no sean fijos, ni descendientes ni ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador; lo cual, si dentro del año, contado dende la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante las cuales lo pueden demandar, y sea parte para ello cualquier del pueblo.* Y la razon es porque en este caso presume el derecho que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario, quiso que su ánima fuese preferida á sus parientes en el quinto, á que restringió su voluntad, pues antiguamente se ampliaba y extendia á todos sus bienes<sup>5</sup>; y no procede ni se amplía á otros casos algunos la disposicion de esta ley: lo primero, porque habla condicionalmente

1 Arg. *A contrario sensu.* ex leg. 10 tit. 4 lib. 5 R. Gom. Castell. y otros en la ley 26 de Toro. Angul. en la 13 tit. 5 lib. 5 R. el. 4 n. 4, y en la ley final tit. 6 lib. 5 R. Matienz. en dicha ley.  
2 L. 6 tit. 13 part. 6.  
3 Gom. y Castell. ibi Angul. ibi n. 3.

4 Parlad. differ 25 n. 2 citando á Tello en dicha ley 36, y á Rojas *De suces. ab intest.* cap. 9 al 24.  
5 Inocenc. in cap. *Cum tibi, de testam.* Jason. in leg. *Captatorias*, n. 12. *Cod. De testam. milit.*

de caso cierto y limitado, y la condicion del testador, la del contrayente y la de la ley se deben observar en forma específica<sup>1</sup>; y lo segundo, porque la causa limitada produce efecto limitado<sup>2</sup>; y así en los demas expresados, ya sean legítimos ó transversales los herederos, no hay obligacion de distribuir el quinto, como dejo expuesto.

17. Por lo que queda explicado en órden á la sucesion abintestato, parece se deberá graduar la sucesion por testamento; y así si el testador instituye genérica y simplemente por herederos á sus hermanos, ó les lega alguna cosa, y unos son enteros y otros medios, serán admitidos solamente los enteros á la herencia ó legado por las razones que se expusieron en el libro 2 título 2 capítulo 8, donde se trató esta materia con extension: y por no repetirla aquí me remito á ella.

18. Por conclusion de este capítulo debo advertir aquí que si alguno hubiere instituido simplemente con un modo colectivo á un hermano vivo y á los hijos de otro hermano muerto, ó á un 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 entónces todos sucederán con igualdad<sup>3</sup>; y lo mismo procede en cualquier sustituto y en el legado<sup>4</sup>; 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 mitad<sup>5</sup>.

1 L. *Conditionibus. primum locum. et per tot.* ff. *De condition. et demonstration.* y ley 1 ff. *De condition. incert.*  
2 L. *Age. Cod. De transact.* y ley *In agris.* ff. *De acquirend. rerum dominio.*

3 L. *Interdum*, ff. *De haeredib. instituend.*  
4 DD. ubi supr.  
5 L. *Si quis Attio et haeredie.* 7 ff. *De usu. fruct. accresc.*

#### CAPITULO XIV.

*Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de la division de la herencia, quando el testador hubiere instituido herederos extraños.*

1 Doctrina relativa á los herederos extraños, inserta en el cap. 8 tit. 2 lib. 2. Resuélvense aquí dos puntos como mas enlazados con el tratado de particiones. Primero: quando 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.

2 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. **E**n el libro 2 título 2 capítulo 8, se trató extensamente de la sucesion testamentaria de los herederos extraños; y dando por su puesta aquella doctrina, resolveré para instruccion del contador dos puntos importantes que reservé para este tratado. 1.º Cuando el testador reparte la 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*, 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 cabales, 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 muger 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 Moya<sup>1</sup> 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. Eligiendo 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 ántes 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 quiere, segun se practica cuando testa entre descendientes, como tienen creído algunos per no haber visto esta ley. Pero no debe practicarse en estos términos, ni tampoco bajarse ántes el *tercio* á pretexto de observar el ór-

(\*) Lo mas fácil es hacer de la herencia tantas partes quantas 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 sexto décimo maravedis;

de modo que al uno le tocarán 5538 reales 15 y séptima décima maravedis, por lo que le asignó con el nombre de mitad; al que se le señaló el *tercio*, le corresponden 2692 reales 10 y quinta décima maravedis; y la cuarta parte será 2769 reales 7 y octava décima maravedis. *Fébrero adicionado.*

1 Aritmet. lib. 3 cap. 3.

den de las palabras, excepto que lo mande expresamente el testador. Lo primero, porque testando entre extraños, no se deducen del *quinto* los gastos del funeral, misas, entierro y legados, como cuando testa entre descendientes, á ménos que así lo disponga, sino del cuerpo de su caudal, observando lo dispuesto por derecho comun, 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 legítima 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 razon 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 este lo quiso, guardada proporcion. Tampoco debe deducirse el uno de ellos del total caudal líquido, y luego el otro tambien del mismo total, como si nada se hubiera deducido de él; pues seria mayor absurdo y clara injusticia, porque entónces se deduce este de caudal imaginario que ya no hay, y se perjudica á los que no son mejorados. Para proceder, pues, con justificacion, 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 demas en todos los bienes del testador, y luego con los que no lo fueron, entren ambos á partir igualmente el residuo de la herencia despues 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 proposicion indefinida equivale á la universal. Todo lo dicho se entiende excepto que disponga expresamente otra cosa, pues entónces su voluntad será la regla que debe observar el contador (\*).

(\*) Acerca del modo de dividir la herencia entre los substitutos de herederos legítimos y extraños, de que trataba aquí el autor, véase el cap. 10 del tit. 2 lib. 2, donde se ha-

bla de esta materia; y en órden al derecho de acrecer en las herencias, el cap. 12 del mismo título y libro.

## CAPITULO XV.

*De las causas por que pueden impugnarse y rescindirse las particiones.*

1 Presentada la particion al juez de la testamentaria del difunto, debe dar traslado de ella á los interesados, para que la consientan estan-

do arreglada, ó expongan los agravios ó errores que contenga.  
2 Causas por que se pueden impugnar y rescindir las particiones. Prime-

- ra, por ser hechas ante juez del todo incompetente.
- 3 Causa segunda. Por defecto de citacion de los interesados.
  - 4 Causa tercera. Por razon de perjuicio ó lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, ó en la sexta parte de lo que tocó al agraviado.
  - 5 Procede lo dicho, ya provenga la lesion de error sustancial, ignorancia ó dolo, ó por otro motivo.
  - 6 Cuarta causa. Por lesion enormísima.
  - 7 Cuando las particiones son nulas por derecho, deben hacerse de nuevo.
  - 8 Siendo la lesion enormísima, aunque se aprueben por las partes la cuenta y particion, pueden retractarse siempre que se advierta el perjuicio.
  - 9 Quinta causa. Cuando por error, olvido, engaño ú ocultacion se dejó de colacionar ó dividir alguna cosa de la herencia.
  - 10 Se amplía lo dicho en el párrafo anterior, aun cuando la particion se haya hecho por árbitro, y en el compromiso se pusiese pena contra el que la impugnase.
  - 11 Cuando las cosas no se omitieron por error ó ignorancia, sino que se ocultaron por algun heredero, mucho ménos se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la particion.
  - 12 Si las particiones se hicieron judicialmente, se ha de proceder por

1. **H**echa 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

la accion de dividir en comun, y no por la de familia; y será al contrario cuando se formalizaron extrajudicialmente.

- 13 Causa sexta por que puede rescindirse la particion. Cuando se hace con el que por ningun título es heredero.
- 14 Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones por via de apelacion de la sentencia.
- 15 Tambien pueden deshacerse por via de restitution *in integrum*.
- 16 Utilidades que resultan de este último remedio.
- 17 No será restituído el menor si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fué perjudicado sin intervenir fraude.
- 18 La particion que se hizo entre los hermanos, se puede reformar cuando se dió al uno mas de lo que se le debia, no rescindiendo la particion 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 legitima y mejora.
- 19 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.

tes á los veinte y cinco 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 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 el 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 incompetente<sup>1</sup>; cuya nulidad se puede alegar en todo tiempo, pues es tan grande que impide la ejecucion, aunque sea de tres sentencias conformes<sup>2</sup>; y no solo se anula la sentencia, sino todo lo obrado ante él<sup>3</sup>, 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 ménos 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 admision<sup>4</sup>.

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 recaído transaccion ó sentencia exequible dada en contradictorio juicio con pleno conocimiento de

1 L. 1 Cod. *Si a non competent judic.*

2 Gl. *In clementin. unic. de sequestr. possess.* verb. *Non obstante.* Felin in cap. *Ea quae*, col. 2 *De re judicat.*

3 L. *Secundum*, col. 2 vers. *Item nota*, Cod.

*De donation.*

4 L. *Unde si Nervae*, y ley *Quid enim*, 81 ff. *Pro socio.* Pinel. in leg. 2 Cod. *De rescind. vendit.* part. 2 cap. 10 n. 3. Ciriaco. controv. 315 n. 28.

causa<sup>1</sup>. Asimismo procede lo dicho, ya sea hecha la particion por el juez ó por árbitro, ó con el que en realidad no es heredero<sup>2</sup>; previniendo que la lesion en mas ó ménos de la mitad, se entiende siendo hecha la particion por convenio de los interesados<sup>3</sup>; pues cuando lo es por contadores, basta que sea en la sexta parte<sup>4</sup>; y así se puede pedir deduccion de ella á albedrío de buen varon<sup>5</sup>.

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 derecho<sup>6</sup>. En este caso será oido el perjudicado, aunque sea mayor y jure no contravenir las particiones<sup>7</sup>, porque esta lesion no se comprende en la renuncia general<sup>8</sup>; y así se deben volver á hacer si los errores y lesion son sustanciales, y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar; pues pudiendo se deben reformar, y permitir al demandado la eleccion de que se deshagan ó supla el engaño<sup>9</sup>. Y aunque algunos no estan por el suplemento, es sin embargo lo mas equitativo para evitar nuevos dispendios y dilaciones á los interesados. Si la lesion proviene de mero error de cálculo, entónces 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 aprobacion, para que no se dude que se tuvieron presentes, é insertándolas en cada testimonio de adjudicacion 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 ningun efecto surte; y así no se puede rescindir ni enmendar<sup>10</sup>. Sobre cuál se llama lesion enormísima hay variedad de opiniones; por lo que se debe dejar al arbitrio del juez imparcial.

8. Procede lo explicado en el párrafo 6, aunque el cálculo y particion se aprueben por las partes, porque esta aprobacion se presume falaz y hecha sin voluntad ni conocimiento, y nula por razon del cálculo y division; por lo que no impide su retractacion siempre que

1 L. *Si soror tua*. Cod. *De collationib.* Ayor. part. 3 q. 7. Guerreir. *De divis.* lib. 8 cap. 5 ns. 4 y 7. Menoch. consil. 91. Decio consil. 351. Valenz. consil. 129 n. 80.  
2 L. *Si post. divisionem*, 4 Cod. *De juris et facti ignorant.*  
3 L. 2 Cod. *De rescindend. vendition.* y ley 1. Cod. *Communia utriusque judic.* y gl. en la ley 3. Cod. eod. tit.  
4 Ayor. dicha part. 3 q. 6.  
5 Velasc. *De partit.* cap. 39 n. 9 al 14.  
6 L. *Si superstitie*. Cod. *De dolo*. Menoch. *De arbit.* q. 71 n. 18. Gamin. decis. 94 n. 3 y decis. 198 n. 1. Afflict. decis. 403 n. 11.

7 Covar. in cap. *Quamvis pactum*, part. 2 § 4 n. 5. Gamin. decis. 95 n. 4 y decis. 198 n. 2. Pinel. in leg. 2. Cod. *De rescind. vend.* part. 3 n. 7.  
8 Gutier. *In repet.* cap. *Quamvis pactum*. n. 92.  
9 Velasc. dicho cap. 3 ns. 76 y 77. Guzman *De vict.* q. 116 n. 18. Guerreir. *De divis.* lib. 8 cap. 19 n. 1 al 21. Ayor. part. 3 q. 10.  
10 L. *Nam et si sub conditione. § Post defectum*. ff. *De injusto rupto testamento*, y regla *Non praestat. de regul. jur.* n. 6.

se advierta<sup>1</sup>; pues con el mismo error con que el cálculo y division se hicieron, se entiende hecha su aprobacion; y así una y otra se retractarán y enmendarán<sup>2</sup>.

9. La quinta es cuando por error, olvido, engaño ú ocultacion, se dejó de colacionar ó dividir alguna cosa de la herencia; en cuyo caso el que debió traerla á colacion, si no lo hizo, podrá ser compelido á ello de oficio, y se dividirá<sup>3</sup>, pues en este juicio nada debe dejar proindiviso el juez<sup>4</sup>; pero es de advertir, que por esto no se deben rescindir las particiones hechas, ni ser oido el que pretende su rescision, y sí solo dividirse lo que no se dividió<sup>5</sup>, porque, como dice el derecho<sup>6</sup>, lo útil no se vicia con lo inútil.

10. Se amplia lo expuesto en el párrafo anterior, aunque la particion se haya hecho por árbitro, y en el compromiso se pusiese pena contra el que la impugnase<sup>7</sup>; 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 particion, y solo intenta que lo omitido se parta, y el juicio se perfeccione y concluya, lo cual es muy diverso<sup>8</sup>; 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 instancia<sup>9</sup>.

11. Si las cosas no se omitieron por error ó ignorancia, sino que se ocultaron por algun heredero, mucho ménos se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la particion<sup>10</sup>. A mas de que en todo negocio y contrato, aunque se celebre con las palabras mas amplias, siempre se entiende exceptuado el dolo<sup>11</sup>.

12. Pero es de advertir que si las particiones se hicieron judicialmente, se ha de proceder por la accion de dividir en comun, y no por la de familia, sobre las cosas que no se dividieron<sup>12</sup>; lo cual será al contrario habiéndose formalizado extrajudicialmente entre los herederos, pues entónces se puede proceder por esta accion<sup>13</sup>.

13. La sexta causa por que se pueden impugnar y rescindir las

1 L. *unic.* Cod. *De errore calculi* et ibi DD.  
2 L. *Doli mali. § Diversum*. ff. *De donation.* Decio consil. 60 n. 6.  
3 L. *Si soror*. Cod. *De collationib.* y leyes 1 y 3. Cod. *Familiae eriscundae*.  
4 L. *Haeredes ejus*. 25 § *Si filius*, 10 y § *Judex*, 20 ff. *Familiae eriscundae*.  
5 Dicha ley *Si soror*. Velasc. dicho cap. 39 ns. 58 y 59.  
6 Regla *Utile per inutile; de regul. jur.* in 6.  
7 L. *Si soror*. cit. al fin. y ley *Qui Romae, § Duo fratres*. ff. *De verbor. obligat.*  
8 Dicha ley *Haeredes*, y § *Si filius*. Velasc. ibi ns. 60 y 61.

9 L. *Si autem*, § fin. ff. *De negot. gest.* Velasc. ibi n. 62.  
10 L. *Tres fratres*. ff. *De pact. Arg. leg. Qui cum tutoribus. § Qui per fallaciam cohæres*. ff. *De transact.* Velasc. ibi n. 63.  
11 L. fin § *Lucius*. ff. *Mandat.* Gom. en la 77 de Toro n. 5. Velasc. ibi n. 64.  
12 L. *Si filia nupta*. 20 § *Familiae*, 4. Cod. eod. tit. et ibi DD.  
13 L. *Si non*, 1 Cod. *Familiae eriscundae* Menes. in leg. *Si post divisionem*. Cod. *De juris et facti ignorantia*, n. 4. Velasc. dicho cap. 39 ns. 65 y 66.

particiones, es por haber sido hechas con el que por ningún título era heredero<sup>1</sup>. 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 dominio<sup>2</sup>. Pero si se hicieron con el heredero putativo, y se confirmaron por sentencia, no se pueden impugnar por esta causa, porque la division hecha de este modo impide la repetición de lo pagado como no debido<sup>3</sup>.

14. Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones por vía de apelación de la sentencia, y este remedio sirve para corregir la iniquidad ó impericia de los jueces<sup>4</sup>; pues no hay duda que se puede apelar así de las particiones hechas por el ordinario, como por los partidores electos por las partes<sup>5</sup>. En cuanto á las formalizadas por estos cuando se nombran extrajudicialmente, concibo no puede haber apelación, por no ser jueces ni dar sentencia, sino solo su parecer como peritos, excepto que esten nombrados en los términos y con las facultades que expuse en el capítulo 2, título 2, párrafo 6 de este tratado.

15. También se pueden deshacer por vía de restitución por entero, con pretexto de lesión en mas ó menos de la mitad del justo precio, siendo menor de veinte y cinco años el perjudicado<sup>6</sup>. Con este motivo advierto que aunque está prohibido al menor la division de la herencia ó cosa comun, sin que intervenga el decreto del juez y la autoridad de su tutor ó curador, porque es especie de enagenación<sup>7</sup>; esto se entiende cuando todos los partícipes son menores, porque á ninguno se permite provocar al otro al juicio por sí solo<sup>8</sup>. Pero si el menor es provocado á la division por el socio ó partícipe, mayor de veinte y cinco años, valdrá esta con sola la autoridad de su tutor ó curador<sup>9</sup>, porque sería injusto que el mayor que no contrajo con el menor, estuviese contra su voluntad en comunión con él, y esperase hasta que fuese de edad cumplida; y así ni en este caso, ni cuando el testador deja nombradas personas que la ejecuten, es necesaria la intervención judicial.

1 Dicha ley *Si post divisionem*, 4. Cod. *De juris et facti ignorant.* y ley *Servum communem*, 22 Cod. *Familiae eriscundae*.  
2 Paul. in leg. fin. § *Item quaesitum*, ff. *De conditione indebiti*. Decio consil. 80 n. 1, y consil. 600 n. 3. Velasc. dicho cap. 39 ns. 69 y 75.  
3 L. *Si divisionem*, 15. Cod. y ley *Cum putarem*, 36 ff. *Familiae eriscundae*. Menchac. *De succes. creat.* § 1 n. 47. Velasc. ibi n. 67 al 69.  
4 L. 1 ff. *De appellation.*  
5 Bart. in leg. fin. col. 3 ff. *De appellat.*

*recipiend.* Velasc. ibi n. 30.  
6 L. ult. Cod. *Commun. divid.* ley fin. ff. *Familiae eriscundae*.  
7 L. *Inter omnes*, Cod. *De praediis et aliis rebus minorum*. Narbon. *De aetate annor.* 25 q. 52 n. 6.  
8 Dicha ley *Inter omnes*, y ley *Si pupillorum*, ff. *De reb. eorum*.  
9 Dicha ley *Si pupillorum*, y ley *Apud Julianum*, ff. *Ex quibus caus. in possession. eatur*. Altimar. *De nullitat.* rubr. 1 part. 2 q. 29 n. 17.

16. De este remedio resultan varias utilidades. La primera, que por él debe ser restituido el menor, aunque la lesión sea módica ó poca<sup>1</sup>; excepto que por la restitución de cosa ó cantidad mínima se irroque perjuicio al mayor, pues entónces se le deniega<sup>2</sup>. Y para llamarse módica ó inmódica, se debe considerar en sí la cosa ó suma que pretende se restituya, y no comparativamente á otra cosa ó suma mayor: v. gr., la lesión de cincuenta respecto de mil es módica, y respecto de sí misma es grave<sup>3</sup>. La segunda, que esta restitución contra las particiones no se restringe hasta los veinte y cinco años, ántes bien dura hasta los veinte y nueve, que son cuatro después<sup>4</sup>; lo cual no sucede en otras alegaciones de lesión contra ellas. La tercera es, que opuesta la lesión por restitución impide la ejecución de la sentencia, y por consiguiente de las particiones hechas y aprobadas por esta<sup>5</sup>; de suerte que movido pleito, tiene fuerza y eficacia para impedir la, y hacer que no se innove hasta que el pleito se termine; pero mientras dura este, no se revoca la ejecución hecha<sup>6</sup>; ni se suspenderá la que no lo está, si la restitución se pide maliciosamente para pedirla ó diferirla<sup>7</sup>.

17. No será restituido el menor si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fué perjudicado, sin intervenir fraude ni colusión. Lo primero, por la incertidumbre de á quién tocaría, por la cual muchas cosas se admiten, que no se admitirían<sup>8</sup>. Lo segundo, porque hizo lo que el mayor diligente y sagaz haría; y porque quien está á la utilidad, debe estar á la pérdida: además de que donde puede resultar daño y lucro, no se debe pedir restitución, nulidad, ni otro remedio por la lesión eventual<sup>9</sup>, porque así como por ella fué perjudicado, pudo serlo el mayor, y él no<sup>10</sup>. Lo propio milita cuando los interesados lo fueron en la estimación de los bienes que se les adjudicaron, pues guardando igualdad, por ninguno se puede decir de lesión, ya sea mayor ó menor<sup>11</sup>.

18. La partición que se hizo entre los hermanos, se puede reformar cuando se le dió al uno mas de lo que se le debía dar; en cuyo caso no se ha de deshacer ni retractar, y sí solo resarcir el daño ó lesión á arbitrio del juez<sup>12</sup>. Pero la hecha por el padre entre sus hi-

1 L. 2 Cod. *Si adversus venditionem*. Alex. consil. 67 lib. 5.  
2 L. *Scio*. ff. *De in integrum restitut.* Decio in cap. *Majorib. de praebend.* et in cap. *De appellation.* Velasc. ibi n. 38 al 41.  
3 Menoch. lib. 2 centur. 1 caso 72 n. 5. Covar. lib. 1. *Resolut. var.* cap. 3 n. 11.  
4 L. fin. Cod. *De tempor. in integr. et ibi DD.* Velasc. ibi n. 42.  
5 L. unic. Cod. *De in integrum restitut.* Velasc. ibi ns. 43 y 44.  
6 Velasc. ibi n. 18.

7 Suein in leg. 1 § *Si servus*, n. 14. *De acquirem. possess.* Alex. ibi ns. 14 y 26. Velasc. ibi n. 49.  
8 L. 1 Cod. *De pact.* Gom. lib. 2 *Var.* cap. 14 n. 4.  
9 L. 6 al fin tit. 19 part. 6. Olea *De cess. jur.* tit. 6 q. 10. Ciriac. controv. 1. Herm. en la ley 56 tit. 5 part. 5 gl. 11 y 12.  
10 L. 1 Cod. *Quando et quibus quarta pars*, et ibi DD.  
11 Ayor. part. 1 cap. 3 ns. 31 y 32.  
12 L. 1 Cod. *Communi divid.*

jos se debe observar, sin embargo que haya dado mas al uno que á los otros<sup>1</sup>; y así no pueden quejarse de ella ni contravenirla<sup>2</sup>, porque este se entiende mejorado; excepto que lo que le dió de mas exceda de su legítima y mejora, pues en este caso restituirá el exceso á los coherederos, como en varios lugares dejo sentado. Tambien advierto que la particion hecha justamente entre los hermanos mayores de veinte y cinco años, aunque no conste por escrito, no se puede deshacer, y mucho ménos si en virtud de ella tomaron posesion de lo que les tocó<sup>3</sup>, segun en otra parte dejo insinuado.

19. 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 sin su culpa perecieron ántes de concluirse este, no tendrán obligacion de colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente; y la razon es, porque por la division y contrato nulo no se transfiere el dominio, y cualquiera cosa perece para su dueño. Así que los bienes perecerán para la herencia en comun, y no para los coherederos á quienes se aplicaron, y estos recibirán nuevamente sus partes, como si la division no se hubiera ejecutado; bien que si enagenaron alguna cosa y recibieron su precio, será este lo único que colacionen<sup>4</sup>. Tampoco tendrán obligacion de conferir los frutos percibidos de ellos, porque fueron poseedores de buena fe, en virtud de título, á lo ménos putativamente válido, cual es el de la division; y los que poseen de esta suerte no estan obligados regularmente á la restitucion de frutos<sup>5</sup>.

1 L. *Ex parte*, 39 § ult. y ley *Quae pater*, 50 ff. *Familiae eriscundae*. Alex. consil. 77 lib. 3.

2 Corn. consil. 228 col. 2 y consil. 273 col. 7 lib. 4. Decio consil. 254 n. 2. Paris consil. 34 n. 27 lib. 2.

3 L. 8 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real, y ley *D visionem*, Cod. *Familiae eriscundae*.

4 Guerreir. *De divis.* lib. 8 cap. 15 ns. y 4 Herm. en la ley 56 tit. 5 part. 5 gl. 10 n. 6.

5 Guerreir. cap. 17 n. 5.

## CAPITULO XVI.

¿Cuándo habrá ó no lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos, ó al legatario á quien se adjudican?

- 1 Dada á cada heredero la posesion de la parte de herencia que le tocó, si se le quita á cualquiera de ellos en juicio por un tercero, alguna de las cosas que se le adjudicaron, deberá ser reintegrado por los coherederos mediando las circunstancias que allí se expresan.
- 2 Se desvanece una objecion que podrá hacerse contra la doctrina

sentada en el párrafo anterior.

- 3 La eviccion tiene lugar en la division hecha por los hermanos.

4, 5 y 6 Excepcion de la regla anterior.

- 7, 8 y 9 Casos en que corresponde ó no al legatario la accion de eviccion contra los herederos del legante por el legado que se le quitó en juicio.

1. Sucede á veces que despues de hechas judicial ó extrajudicialmente las particiones, y dada á cada heredero la posesion de la herencia que le tocó, se le quita en juicio por un tercero alguna de las cosas que se le adjudicaron. En tal caso, este heredero á quien se le quitó, si luego que el tercero le mueve pleito sobre ella, hace que se cite de eviccion á los coherederos para que salgan á su defensa, y á mas de esto defiende diligentemente la causa sin dolo ni calumnia, y siendo condenado en primera instancia apela y prosigue la apelacion, y dada ejecutoria condenándole entrega en su virtud la cosa demandada; será oido contra los coherederos, los cuales, ya se hayan obligado ó no á eviccion, deberán reintegrarle de lo que por ello satisfizo<sup>1</sup>. La razon es, porque la division se juzga y estima como permuta y tácita compra de la porcion que competia al coheredero en cada una de las cosas que existian proindiviso, y cada interesado tiene derecho á cualquiera mínima parte de la alhaja ó alhajas que estan sin dividir<sup>2</sup>; y el contrato de permuta es de tal naturaleza, que si la cosa recibida en trueque, falta, ó por eviccion se quita al permutante, tiene recurso para recuperar la que dió ó dimitió<sup>3</sup>.

2. No obsta alegar contra lo dicho, que en las últimas voluntades no debe tener lugar la eviccion, porque en virtud de ellas se adquieren por título lucrativo las cosas dejadas, y porque seria gravosa y nociva al donante su liberalidad<sup>4</sup>; pues esto se entiende cuando la donacion empieza por entrega hecha de cosa agena, ya sea con cierta ciencia ó ignorancia de que lo es, y no por promesas<sup>5</sup>; y en orden á las cosas dejadas por testamento, mas parece haberse empezado por esta que por aquella. Ademas, el estar obligado el coheredero á su eviccion, no es porque el testador lo estuviese por lo que dejó ó legó liberalmente, sino porque quiso que cada heredero llevase su porcion íntegra; por lo que si otro extraño se la quita, se debe componer de modo que la voluntad del difunto se cumpla, y mucho mas si la cosa quitada se dió al hijo en pago de su legítima, ya se hubiese adjudicado por el juez en la particion, ó extrajudicialmente entre los hijos, ya la hubiese señalado el padre en su testamento, ó entregado á cuenta de ella en su vida. Pero si los herederos pactan expresamente que aunque la cosa adjudicada al uno se le

1 L. *Emptor*. Cod. *De eviction*. L. *Habere licere*, ff. eod. tit. L. *Si familiae* Cod. *Familiae eriscund.* Gom. lib. 2 Var. cap. 2 n. 33 vers. *Sexto infertor*.

2 L. *Cum pater*, § *Haereditatem*. ff. *D leg.*  
2. L. *Si filio* § *Si pater*, ff. *Familiae eriscundae*.

3 LL. 1 y 5 Cod. *De rerum permutat.* Rojas Almans. *De incompatibil.* disp. 3 q. 6 n. 17.

4 L. *Aristo ait* § fin. ff. *De donat.* L. *Ad res donatas*, ff. *De aedilitio. edict.*

5 L. 1 Cod. *De jure dot.* Gom. ibi n. 35.