

CAPITULO DECIMOQUINTO.

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 estando arreglada, ó expongan los agravios ó errores que contenga.
2. Causas por que se pueden impugnar y rescindir las particiones: primera, 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 menos de la mitad del justo precio, ó en la sexta parte de lo que tocó al agraviado.
5. Procede lo dicho, ya proveniga la lesion de horror 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 menos 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 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 restitucion *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 fue 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 colacioneros 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.

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 sus 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 asi lo mismo es que la apruben 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 sería 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 aprovacion; 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 regu-

lar; 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 (1); cuya nulidad se puede alegar en todo tiempo, pues es tan grande que impide la ejecucion, aunque sea de tres sentencias conformes (2); y no solo se anula la sentencia, sino todo lo obrado ante él (3), 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 asi 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 legítimo haber, porque si lo es solamente en una, se compensa la lesion de ella con el mayor valor de la otra, y asi no há lugar á su admision (4).

5. Esto procede, ya provenga la lesion de error substancial 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 causa (5). Asimismo procede lo dicho, ya sea hecha la particion por el juez ó por árbitro, ó con el que en realidad no es heredero (6); previniendo que la lesion en mas ó menos de la mitad, se entiende siendo hecha la particion por convenio de los interesados (7); pues cuando lo es por contado-

1 Ley 1 Cod. *Si ó non competent. judic.*

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

3 Ley *Secundum*, col 2 vers. *Item nota*, Cod. de *donation.*

4 Ley *Unde si Nervæ*, y ley *Quid enim*, 81. ff. *Pro socio.* Pinel in leg. 2 Cod. de *rescind. vendit.* part. 2, cap. 10. num. 3. Ciriac, controvers. 315, num. 28.

5 Ley *Si soror tua*, Cod. de *collationib.* Ayor. part. 3. quæst. 7. *Guerreir. de divis.* lib. 8. cap. 5. num. 4 y 7. *Menoch. consil.* 91. *Decio consil.* 351. *Valenz. consil.* 129; num. 80.

6 Ley *Si post. divisionem*, 4. Cod. de *juris et facti ignorant.*

7 Ley 2. Cod. de *rescindend. vendition.* y ley 1. Cod. *Communia utriusque judic.* y glos. en la ley 3. Cod. cod. tit.

res, basta que sea en la sexta parte (1); y así se puede pedir reducción de ella á albedrío de ~~un~~ varon (2).

6. La cuarta es por lesion enormísima, pues interviniendo esta se presume que hubo dolo, el cual en todo acto y disposición se entiende exceptuado, por ser contra derecho (3). En este caso será oído el perjudicado, aunque sea mayor y jure no contravenir las particiones (4), porque esta lesion no se comprende en la renuncia general (5); 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 elección de que se deshagan ó se supla el engaño (6). Y aunque algunos no están 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, 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 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 (7). Sobre cual 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 se advierta (8); pues con el mismo error con

1 Ayor. dicha part. 3. quæst. 6.

2 Valasc. *de partition.* cap. 39 núm. 9 al 14.

3 Ley *Si superstite*, Cod. *de dolo*. Menoch. *de arbit.* quæst. 71. num. 18. Gamin. decis. 94. num. 3. y decis. 198. num. 1. Afflict. decis. 403. num. 11.

4 Covarr. in cap. *Quamvis pactum*, part. 2. §. 4. num. 5. Gamin. decis. 95. num. 4. y decis. 198. num. 2. Pinel. in leg. 2. Cod. *de rescind. vend.* part. 3. num. 7.

5 Gotierr. *In repet.* cap. *Quamvis pactum*, num. 92.

6 Valasc. dicho cap. 3. 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.

7 Ley *Nam et si sub conditione*. §. *Post defectum*. ff. *de injusto rupto testamento*, y regla *Non præstat de regul. jur.* num. 6.

8 Ley unie, Cod. *de errore calculi*, et ibi DD.

que el cálculo y division se hicieron, se entiendo hecha su aprobación; y así una y otra se restarán y enmendarán (1).

9. La quinta es cuando por error, olvido, engaño ó ocultacion se dejó de colacionar y dividir alguna cosa de la herencia; en cuyo caso el que debió traerla á colacion, sino lo hizo, podrá ser compelido á ello de oficio, y se dividirá (2), pues en este juicio nada debe dejar proindiviso el juez (3). 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 (4), porque como dice el derecho (5), lo util no se vicia con lo inutil.

10. Se amplía lo expuesto en el párrafo anterior, aunque la particion se haya hecho por árbitro, y en el compromiso se pudiese pena contra el que la impugnase (6); 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 (7); 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 (8).

11. Si 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 particion (9). A mas de que en todo negocio y contrato, aunque se celebre con las palabras mas amplias, siempre se entiende exceptuado el dolo (10).

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 di-

1 Ley *Doli mali*, §. *Diversum*, ff. de *donation*. Decio consil. 60. num. 6.

2 Ley *Si soror* Cod. de *collationib.* y leyes 1 y 3. Cod. *Familie eriscundæ*.

3 Ley *Heredes ejus*, 25, §. *Si filius*, 10, y §. *Judex*, 20, ff. *Familie eriscundæ*.

4 Dicha ley *Si soror*, Valasc. dicho cap. 39. num. 58 v 59.

5 Regla *Utile per inutile*, de *regul jur.* in 6.

6 Ley *Si soror*, cit. al fin. y ley *Qui Romæ*, §. *Duo fratres*, ff. de *verbor. obliga-*

tion.

7 Dicha ley *Heredes*, y §. *Si filius*. Valasc. ibi, num. 60 y 61.

8 Ley *Si autem*, §. fin. ff. de *negot. gest.* Valasc. ibi, num. 62.

9 Ley *Tres fratres*, ff. de *pact. Arg. leg. Qui cum tutoribus*, §. *Qui per fallaciam coheredes*, ff. de *transaction*. Valasc. ibi, num. 63.

10 Ley fin. §. *Lucius*, ff. *Mandati*. Gom. en la 77 de Toro, num. 5. Valasc. ibi. num. 64.

vidieron (1); lo cual sera al contrario labiéndose formalizado extrajudicialmente entre los herederos, pues entonces se puede proceder por esta accion (2).

13. La sexta causa porque se pueden impugnar y rescindir las particiones es por haber sido hechas con el que por ningun título era heredero (3). 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 adquisicion de dominio (4). 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 repeticion de lo pagado como no debido (5).

14. Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones por via de apelacion de la sentencia, y este remedio sirve para corregir la iniquidad ó impericia de los jueces (6); pues no hay duda que se puede apelar asi de las particiones hechas por el ordinario, como por los partidores electos por las partes (7). En quanto á las formalizadas por estos cuando se nombran extrajudicialmente, concibo no puede haber apelacion, 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. Tambien se pueden deshacer por via de restitucion por entero, con pretexto de lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, siendo menor de veinticinco años el perjudicado (8). 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 enagenacion (9); esto se entiende quando todos los partícipes son menores, porque á ninguno se

1 Ley *Si filia nupta*, 20. §. *Familia*, 4. Cod. eod. tit. et ibi DD.

2 Ley *Si non*, 1. Cod. *Familiae exciscundae*. Menes. in leg. *Si post divisionem*, Cod. *de juris et facti ignorantia*, num. 4. Valasc. dicho cap. 39. num. 65 y 66.

3 Dicha ley *Si post. divisionem*, 4. Cod. *de juris et facti ignorant.* y ley *Servum communem*, 22. Cod. *Familiae exciscundae*.

4 Paul. in leg. fin. §. *Item quaesitum*, ff. *de conditione indebiti*. Decio consil. 80. num. 1. y consil. 600. num. 3. Valasc. dicho cap. 39. num. 69 y 75.

5 Ley *Si divisionem*, 15. Cod. y ley *Cum putarem*, 36. ff. *Familiae exciscundae*. Menchac. *de success. creat.* §. 1. num. 47. Valasc. ibi, num. 67 al 69.

6 Ley 1. ff. *de appellation*.

7 Bart. in leg. fin. col. 3. ff. *de appellat. recipiend.* Valasc. ibi, num. 30.

8 Ley ult. Cod. *Commun. divid.* ley fin. ff. *Familiae exciscundae*.

9 Ley *Inter omnes*, Cod. *de praediis et aliis rebus minorem*. Narbon. *de aetate anor.* 25. quæst. 52. num. 6.

permite provocar al otro al juicio por sí solo (1). Pero si emenor es provocado á la división por el socio ó partícipe mayor de veinticinco años, valdrá esta con sola la autoridad de su tutor ó curador (2), porque sería injusto que el mayor que no contra-jo 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 intervencion judicial.

16. De este remedio resultan varias utilidades: la primera, que por él debe ser restituido el menor, aunque la lesion sea módica ó poca (3); excepto que por la restitucion de cosa ó cantidad minima se irroga perjuicio al mayor, pues entonces se le deniega (4). 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 lesion de cincuenta respecto de mil es módica, y respecto de sí misma es grave (5). La segunda, que esta restitucion contra las particiones no se restringe hasta los veinticinco años, antes bien dura hasta los veintinueve, que son cuatro despues (6); lo cual no sucede en otras alegaciones de lesion contra ellas. Y la tercera es que opuesta la lesion por restitucion impide la ejecucion de la sentencia, y por consiguiente de las particiones hechas y aprobadas por esta (7); de suerte que movido pleito tiene fuerza y eficacia para impedirlo, y hacer que no se innove hasta que el pleito se termine; pero mientras dura este, no se revoca la ejecucion hecha (8); ni se suspenderá la que no lo está, si la restitucion se pide maliciosamente para pedirla ó diferirla (9).

17. No será restituido el menor si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fue perjudicado, sin intervenir fraude ni colusion: lo primero, por la incertidumbre de á quien tocaría, por la cual muchas cosas se admiten que no se admitirian (10). Lo

1 Dicha ley *Inter omnes*, y ley *Si pupillorum*, ff. de reb. eorum.

2 Dicha ley *Si pupillorum*, y ley *Apud Julianum*, ff. *Ex quibus caus. in possession. catur*. Altimar de nullitat. rubr. 1. part. 2. quest. 29 num. 17.

3 Ley 2.ª Cod. *Si adversus venditionem*. Alex. consil. 67. lib. 5.

4 Ley *Scio*, ff. de in integrum restitut. Decio in cap. *Majorib. de praebend. et. in. cap. de appellationibus*. Valasc. ibi, num. 33 al 41.

5 Menoch. lib. 2. centur. 1. caso 72.

num. 5. Covarr. lib. 1. *Resolut. var. cap. 3.* num. 11.

6 Ley fin. Cod. de tempor. in integr. et ibi DD. Valasc. ibi, num. 42.

7 Ley unic. Cod. de in integrum restitut. Valasc. ibi, num. 43 44.

8 Valasc. ibi, num. 18.

9 Sucin. in leg. 1. §. *Si servus*, num. 14 de acquiren. possess. Alex. ibi, num. 14 y 26. Valasc. ibi, num. 49.

10 Ley 1.ª Cod. de pact. Gom. lib. 2. *Var. cap. 14.* num. 4.

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 restitucion, nulidad ni otro remedio por la lesion eventual (1), porque asi como por ella fue perjudicado, pudo serlo el mayor, y él no (2). Lo propio milita cuando los interesados lo fueron en la estimacion de los bienes que se les adjudicaron, pues guardando igualdad, por ninguno se puede decir de lesion, ya sea mayor ó menor (3).

18. La particion que se hizo entre los hermanos, se puede reformar cuando se le dió al uno mas de lo que se le debia dar; en cuyo caso no se ha de deshacer ni retractar, y sí solo resarcir el daño ó lesion á arbitrio del juez (4). Pero la hecha por el padre entre sus hijos se debe observar, sin embargo que haya dado mas al uno que á los otros (5); y asi no pueden quejarse de ella ni contraveenirla (6), porque este se entiende mejorado; excepto que lo que le dió de mas exceda de su legitima 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 veinticinco años, aunque no conste por escrito, no se puede deshacer, y mucho menos si en virtud de ella tomaron posesion de lo que les tocó (7), 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 antes 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 trasfiere el dominio, y cualquiera cosa perece para su dueño. Asi 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 úni-

1 Ley 6 al fin, tit. 19. Part. 6. *Olea de cession. jur.* tit. 6. quest. 10. Ciriac. controvers. 1. Hermosill. en la ley 56. tit. 5. Part. 5. glos. 11 y 12.

2 Ley 1. Cod. *Quando et quibus quarta pars*, et ibi DD.

3 Ayor. part. 1 cap. 3. num. 31 y 32.

4 Ley 1, Cod. *Communi divid.*

5 Ley *Ex parte*, 39. §. ult. y Ley *Quæ pater*, 50. ff. *Familie eriscundæ*, Alex. consil. 77. lib. 3.

6 Corn. consil. 223. col. 2. y consil. 273. col. 7. lib. 4. Decio consil. 254. num. 2. Paris consil. 34. num. 27. lib. 2.

7 Ley 8. tit. 6. lib. 3 del Fuero Real, y ley *Divisionem*, Cod. *Familie eriscundæ*

so que colacionen (1). Tampoco tendrán obligación de conferir los frutos percibidos de ellos, porque fueron poseedores de buena fe, en virtud de título, á lo menos putativamente válido, cual es el de la division; y los que poseen de esta suerte no estan obligados regularmente á la restitucion de frutos (2).