

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

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 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 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 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,

T. VI.

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 legitimo 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 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 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 à non competent. judic.*

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

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

4 Ley *Unite si Nervæ*, y ley *Quid enim*. §1. 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. *Mench. consil.* 91. *Decio consil.* 351. *Valenz. consil.* 120. 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 u'riusque judic.* y glos. en la ley 3. Cod. eod. tit.

res, hasta que sea en la sexta parte (1); y asi se puede pedir reduccion de ella á albedrio de buen varon (2).

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 (3). En este caso será oido el perjudicado, aunque sea mayor y jure no contravenir las particiones (4), porque esta lesion no se comprende en la renuncia general (5); y asi 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 se supla el engaño (6). 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, 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 asi 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. num. 9 al 14.

3 Ley *Si superstite*, Cod. de *dolo*. *Mench. de arbit.* quæst. 71. num. 18. *Gamin. decis.* 94. num. 3. y *decis.* 198. num. 4. *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 *Gutierr. In repet.* cap. *Quamvis pactum*, num. 92.

6 Valasc. dicho cap. 39. num. 76 y 77. *Guzman de evict.* quæst. 116. num. 18. *Guerreir. de divis.* lib. 8. cap. 19. num. 1 al 24. Ayor. part. 3. quæst. 10.

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

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

que el cálculo y division se hicieron, se entiende hecha su aprobacion; y asi una y otra se retractarán y enmendarán (1).

9. La quinta es cuando por error, olvido, engaño ú ocultacion se dejó de colacionar y 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 (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); asi 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*. Col. de collationib. y leyes 1 y 3. Cod. *Familie eriscundæ*.

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

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

5 Regla *Utile per inutile*; de regul. jur. in 3.

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

tion.

7 Dicha ley *Hæredes*, 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 cohæredes*, 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 será al contrario habiéndose formalizado extrajudicialmente entre los herederos, pues entonces se puede proceder por esta accion (2).

13. La sexta causa por que 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 cuanto á las formalizadas por estos cuando se nombran extrajudicialmente, concibo no puede haber apelacion, por no ser jueces ni dar sentenciã, 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 cuando todos los partícipes son menores, porque á ninguno se

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

2 Ley *Si non*, 1. Cod. *Familie eriscundæ*. 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. *Familie eriscundæ*.

4 Paul. in leg. fin. §. *Item quasitum*, ff. de conditione indebiti. Decio consil. 468. num. 1. y consil. 600. num. 3. Valasc. dicho cap. 39. num. 69 y 73.

5 Ley *Si divisionem*, 15. Cod. y ley *Cum putarem*, 36. ff. *Familie eriscundæ*.

Mench. de success. creat. §. 1. num. 47. Valasc. ibi, num. 67 at 69.

6 Ley 1. ff. de appellat.

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

8 Ley ult. Cod. *Commun. divid. ley fin. ff. Familie eriscundæ*.

9 Ley *Inter omnes*, Cod. de prædiis et aliis rebus minorem. Narbon. de atate an-

permite provocar al otro al juicio por sí solo (1). Pero si el menor es provocado á la division por el socio ó participe mayor de veinticinco años, valdrá esta con sola la autoridad de su tutor ó curador (2), porque seria injusto que el mayor que no contra-jo con el menor, estuviese contra su voluntad en comunion con él, y esperase hasta que fuese de edad cumplida; y asi 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 mínima se irroque perjuicio al mayor, pues entonces se le deniega (4). Y para llamarse módica ó inmodica 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 impedir la, 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 tocara, 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. eatur*. Altimar. *de nullitat.* rubr. 1. part. 2. quast. 19. num. 27.

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

4 Ley *Scio*, ff. *de in integrum restitut.* Decio in cap. *Majorib. de præbend.* et in cap. *de appellationibus*. Valasc. ibi, num. 38 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 unie. Cod. *de in integrum restitut.* Valasc. ibi, num. 43 y 44.

8 Valasc. ibi, num. 48.

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

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

segundo, porque hizo lo que el mayor diligente y sagaz haria; y porque quien está á la utilidad debe estar á la pérdida: ademas 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 contravenirla (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. quast. 10. Ciriac. controvers. 1. Hermosill. en la ley 56. tit. 5. Part. 5. glós 11 y 12.

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

3 Ayor. part. 1. cap. 3. num. 51 y 32.

4 Ley 1. Cod. *Communi divid.*

5 Ley *Ex parte*, 39. §. ult. y ley *Que pater*, 50. ff. *Familia erciscunde*. Alex. consil. 77. lib. 3.

6 Corn. consil. 228. 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. *Familia erciscunde*.

co 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).

CAPITULO DECIMOSEXTO.

¿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 satisfi-

1 Guerreir. *de divis.* lib. 8. cap. 15. Part. 5. glos. 10. num. 6.
num. 3 y 4. Hermosill. en la ley 56. tit. 5. 2 Guerreir. cap. 17. num. 5.

zo (1). 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 (2); 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 (3).

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 sería gravosa y nociva al donante su liberalidad (4); pues esto se entiende cuando la donacion empieza por entrega hecha de cosa aiena, ya sea con cierta ciencia ó ignorancia de que lo es, y no por promesa (5); 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 legitima, 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 quite, no ha de haber lugar á la eviccion, no se le dará esta accion (6).

3. Há lugar la eviccion en la division hecha por los hermanos; por lo que si al uno se quita en juicio alguna cosa de las que se le aplicaron, estan obligados los demas á prorata á sañársela, de modo que queden iguales (7): al contrario cuando el padre dividió sus bienes entre sus hijos, pues entonces aunque al uno se quite por un tercero alguna cosa de las que

1 *Ley Emptor.* Cod. *de eviction.* *Ley Habere licere*, ff. eod. tit. *Ley Si familiae*, Cod. *Familiae erciscundae*. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 33. vers. *Sexto infertur*.

2 *Ley Cum pater*, §. *Hereditatem*, ff. *de leg. 2.* *Ley Si filio*, §. *Si pater*, ff. *Familiae erciscundae*.

3 *Leyes 1 y 5.* Cod. *de rerum permutation.* R. jas *Almans de incompatibil.* disp.

3. *quest. 6.* num. 17.

4 *Ley Aristo ait*, §. *fin.* ff. *de donation.* *Ley Adres donatas*, ff. *de adilitio edict*

5 *Ley 1.* Cod. *de jure dot.* Gom. ibi, num. 35.

6 *Ley Si familiae*, Cod. *Familiae erciscundae*. Valasc. *de partit.* cap. 37. num. 7.

7 *Dicha ley Si familiae*, et ibi glos. et DD.