

jos se debe observar, sin embargo que haya dado mas al uno que á los otros¹; y así no pueden quejarse de ella ni contravenirla², 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 tocó³, 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 colacionen⁴. 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 frutos⁵.

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 satisfizo¹. 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 dividir²; 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 dimitió³.

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 liberalidad⁴; 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 promesas⁵; 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 eriscundae*. Gom. lib. 2 Var. cap. 2 n. 33 vers. *Sexto infertor*.
2 L. *Cum pater*, § *Haereditatem*. ff. *D leg.*
3 L. *Si filio* § *Si pater*, ff. *Familiae eriscundae*.

4 LL. 1 y 5 Cod. *De rerum permutat*. Rojas Almans. *De incompatibil.* disp. 3 q. 6 n. 17.
5 L. *Aristo ait* § fin. ff. *De donat*. L. *Ad res donatas*, ff. *De aedilitio. edict.*
6 L. 1 Cod. *De jure dot.* Gom. ibi n. 35.

quite, no ha de haber lugar á la evicción, no se le dará esta accion¹.

3. Ha lugar la evicción 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 saneársela, de modo que queden iguales²: al contrario cuando el padre dividió sus bienes entre sus hijos, pues entónces aunque al uno se quite por un tercero alguna cosa de las que su padre le dió, no ha lugar la evicción³.

4. Se limita en cuanto á los hermanos el principio sentado en el párrafo anterior. Lo primero, cuando estipularon que ninguno habia de quedar obligado á evicción á otro, porque entónces todos tienen el mismo peligro; y por tanto, aunque al uno se quite alguna de las cosas que se aplicaron, no puede reconvenir de evicción al otro⁴.

5. Lo segundo, cuando la misma cosa por su naturaleza se pierde, v. gr. si á un hermano se adjudicó el feudo, y habiendo muerto dejando una hija que no podia obtenerlo, se lo quitó un tio suyo, pues la hija no puede usar de la evicción contra este. Y lo propio milita en los bienes sujetos á fideicomiso, si por causa de este se quitan al que los tiene⁵. Esto se entiende cuando por razon del feudo ó fideicomiso intervino el justo precio, ó se estimó en ménos de lo que valia por el peligro y gravámen, porque este disminuye el valor, y es parte del precio⁶; pues si no se tuvo consideracion al gravámen, y se estimó por todo lo que valia, como si no lo tuviera, habrá lugar la evicción: por cuya causa el pacto de *retroventa* hace que la cosa vendida con él valga ménos⁷.

6. Y lo tercero, cuando la misma cosa ó finca que se dudaba perteneciese á la herencia, se dividió igualmente entre todos los hermanos, pues entónces aunque se quite al uno su parte, no habrá lugar la evicción, porque en el mismo peligro estan todos; y por el mutuo riesgo á que se hallan expuestos, es visto haber guardado igualdad entre ellos en la division que se hizo de la finca ó cosa; y así no será oido. Lo mismo procede, aunque no se dudase que era del difunto, si al principio del juicio amenaza el mismo peligro á todos⁸. Esta tercera limitacion se entiende, excepto que el hijo á quien se quitó su parte fuese gravado por esta razon en su legítima,

1 L. Si familiae Cod. Familiae eriscundae. Velasc. De partit. cap. 37 n. 7.
2 Dicha ley Si familiae et ibi gl. et DD.
3 L. 9 tit. 15 part. 6. L. Cum pater, 77 § Evictis, ff. De legat. 2.
4 Dicha ley Si familiae.
5 Gl. et DD. in diet. leg. Si famil. Menoch. consil. 67 n. 78 lib. 1.

6 L. 1 § Haeres ff. ad trebelliam. L. Fund. partem, et ibi gl. et DD. ff. De contrahend. emptio.
7 Matienz. en la ley 1 tit. 11 lib. 5 R. gl. 9, desde el n. 26. Ayor. part. 3 q. 9 n. 19.
8 Paul. in leg. Si familiae cit. Guerreir. lib. 8 y cap. 18 cit. ns. 10 y 14. Hermos. en la ley 32 tit. 5 part. 5 gl. 1 n. 114.

pues entónces deben completársela los coherederos¹; ó que conste que la voluntad del testador fué que se observase toda la igualdad entre todos, v. gr. cuando dijo que cada uno llevase todo lo que le correspondia; ó en la cosa poseida por el mismo testador, mas no si no la poseia².

7. En cuanto á si corresponderá ó no al legatario la accion de evicción contra los herederos del legante por el legado que en juicio se le quitó, se han de distinguir cuatro casos. 1.º Cuando el legado fué específico de cierta alhaja ó cosa que el legante poseia como suya; en cuyo caso no le compete, aunque se la quiten, y sea conjunto del legante³: y la razon es, por la conjetura de su voluntad, que en duda no se presume legar lo que no es suyo, ni ser liberal con lo ageno, y sí solo haber legado lo que tenia, y su posesion⁴. Pero si sabia que era agena, y no obstante la legó, competirá al legatario su repetición, no por evicción, sino como legado de estimacion en que se convierte. Lo mismo procede cuando hace el legado á conjunta persona, v. gr. á un hijo, aunque en este caso sepa que es ageno lo que le ga⁵. 2.º Cuando el legado es générico, en el cual le compete la evicción⁶. 3.º Cuando el testador lega cosa que sabe ciertamente que es agena: entónces el heredero está obligado á evicción, y por consiguiente á redimir ó comprar la cosa pagando á su dueño lo que valga, y entregándola al legatario, pues se convierte igualmente en legado de estimacion. Y para saber si es agena ó propia del testador, lo debe probar el legatario, y no probando, nada llevará, á ménos que sea conjunto suyo, v. gr. muger, hijo, ú otro pariente⁷. 4.º Cuando el testador lega sin saberlo á conjunta persona, v. gr. á un hijo la cosa agena, creyendo que es suya; en cuyo caso vale el legado, y así el coheredero está obligado á evicción, si en juicio la quitan al legatario, porque se presume de la voluntad del testador, que quiso en todo evento beneficiar al legatario como tan conjunto, y que aunque supiera que era agena, se la hubiera mandado dar, ú otro tanto de sus bienes⁸.

8. No ha lugar la evicción cuando el legatario es extraño y el testador le legó cosa que sabia era agena; y la razon es por defecto de voluntad de este, pues no se presume haber querido legarle su

1 L. Scinus, Cod. De inoff. testam.
2 L. Cum pater, § Evictis ff. De legatis 2. Greg. Lop. en la ley 9 tit. 15 part. 6 gl. 2.
3 L. Si is qui, ff. De eviction. L. Si a substituto, § 1 y ley Si legati servi nomine, ff. De legat. 1.
4 L. Si pignore, § De furt. L. Cum ex familia, § Si rem, ff. De legat. 2.
5 L. Cum alienam, Cod. De legat. y ley Cum pater § Evictis ff. De legat. 2. Gom. lib.

2. Var. cap. 2 n. 36. Velasc. dicho cap. 37 ns. 8 al 13.

6 L. Haeres servum, ff. De eviction. L. Si a substituto, § 1 y ley Si haeres generaliter, ff. De legat. 1. Gom. dicho cap. 2 n. 5.

7 L. 10 tit. 9 part. 6. Dicha ley Cum alienam, ley Hujusmodi. § Qui servum, ff. De legat. 1.

8 L. Cum alienam, cit. Paul. ubi sup. fin. Velasc. cap. 37 cit. ns. 9 y 13.

estimacion, porque no media la aficion que al conjunto, para que se conceptúe que en todo evento quiso beneficiarle como á este¹; y así no vale el legado.

9. Tampoco ha lugar en la cosa que el padre, en el concepto de ser suya, prelegó con título de mejora ó fideicomiso á algun hijo suyo, aunque en juicio se la quiten². Lo mismo procede cuando lega alguna cosa en que le compete solamente el derecho de prenda, porque es visto legar esta y no la misma cosa³: ó cuando lega aquella que esperaba adquirir, porque se presume legar esta esperanza, y no la cosa misma⁴: ó cuando lega á conjunta persona la cosa agena, creyendo ser suya por alguna causa, la cual era nula, v. gr. porque la habia comprado á pupilo sin la solemnidad legal, pues no vale el legado, ni por consiguiente ha lugar la eviccion; lo que al contrario, cuando simple y absolutamente creia ser suya⁵: ó si lega alguna cosa juzgando ser suya por alguna causa, la cual espiraba con su muerte, y él lo ignoraba; pero no, si lo sabia⁶.

1 Gom. lib. 2. Var. cap. 2 n. 36 vers. Si vero erat aliena. Velasc. ibi n. 14.
2 L. Gum pater, 77 § 8 ff. De legat. 2.
3 Abb. in cap. Filius, n. 4 et ibi. Covar. n. 3. De testam. Alex. consil. 47 n. 4 lib. 3.
4 L. Cum alienam. Cod. De legat. Rom. con.

sil. 33 n. 5. Alex. consil. 11 n. 17 lib. 3.
5 L. Cum alienam. cit.
6 Menoch. part. 2 lib. 4 praesumpt. 115. Guerreir. De divis. lib. 8 cap. 18 y 19. Velasc. De partit. cap. 37. Hermos. ley 39 tit. 5 part. 5 gl. 1.

APENDICE A ESTE TRATADO.

MODELOS O EJEMPLARES DE PARTICION.

PRIMERO.

PARTICION DE LOS BIENES QUE DEJÓ UN MARIDO, ENTRE SU VIUDA E HIJOS DE AMBOS, CON MEJORA Y COLACION.

El licenciado D. F., abogado de los tribunales de la Federacion, vecino de esta villa de tal, partidior nombrado unánimemente por Doña Clara de Vargas, viuda de D. Felipe Jimenez, por D. José Jimenez y Doña Ana Jimenez, mayores de veinte y cinco años, y esta viuda de D. Santiago Lopez, y por Antonio Sierra, curador de pleitos de D. Juan Jimenez, pupilo, todos tres hijos de ambos, é instituidos únicos y universales herederos del citado D. Felipe en el testamento que formalizó en esta villa á tantos de tal mes y año ante F., escribano de su número, bajo del que falleció; hago liquidacion, cuenta y particion de todos los bienes y créditos que dejó el expresado D. Felipe entre su viuda y herederos, con vista, reconocimiento y escrupuloso exámen de su testamento, inventario formalizado, y de otros papeles relativos á su desempeño; y para su mas perceptible inteligencia debio hacer las suposiciones siguientes.

PRIMERA.

SOBRE LA DOTE DE DOÑA CLARA DE VARGAS.

Estando para casarse los expresados D. Felipe y Doña Clara, formalizó aquel á favor de esta en tal dia, mes y año, ante tal escribano, carta de pago y recibo de los bienes que trajo á su matrimonio, y ascendieron á cincuenta mil pesos, segun sus tasaciones, incluso diez mil pesos que llevó en dinero efectivo; por lo cual se obligó á devolverle los cuarenta mil pesos en bienes equivalentes á justa tasacion, ó en los mismos que existiesen, y los diez mil en dinero siempre que el matrimonio que habian de contraer se disolviese. En el propio contrato dotal le ofreció en arras, ó como mas hubiese lugar en derecho y le fuese útil, quinientos pesos que confesó cabian en la dé-