

CAPITULO DECIMOSEXTO.

¿Cuándo habrá ó no lugar á la evicción 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 evicción 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 evicción contra los herederos del legante por el legado que se le quitó en juicio.

1. **S**ucede á veces que despues de hechas judicial ó éxtrajudicialmente 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 evicción 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 evicción, deberán reintegrarle de lo que por ello satisfi-

1 Guerreir. *de divis.* lib. 3. cap. 15. num. 3 y 4. Hermosill. en la ley 56. tit. 5.

Part. 5. glos. 10. num. 6.

2 Guerreir. cap. 17. num. 5.

zo^o (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 à 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 nosiva al donante su liberalidad (4); pues esto se entiende cuando la donacion empieza por entrega hecha de cosa ajena, ya sea con cierta ciencia ó ignorancia de que lo es, y no por promesas (5); y en orden à las cosas dejadas por testamento, mas parece haberse empezado por esta que por aquella. Además, el estar obligado el coheredero à 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 à 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 à 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 à prorata à sañearsela, 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 *Hubere licere*, ff. eod. tit. Ley *Si familiae*, Cod. *Familiae eriscund*, Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 33. vers. *Sexto inferitur*.

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

3. Leyes 1. v 5. Cod. de *rerum permutacion*, Rojas *Amans.* de *incompatibil. disp.*

3. quest. 6. num. 17.

4. Ley *Aristo ait*, §. fin. ff. de *donation*. Ley *Ad res donatas*, ff. de *exhibitio edict*.

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

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

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

su padre le dió, no há lugar la evicción (1).

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 entonces 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 otro (2).

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 tío 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 tiene (3). Esto se entiende cuando por razon del feudo ó fideicomiso intervino el justo precio, ó se estimó en menos de lo que valia por el peligro y gravamen, porque este disminuye el valor, y es parte del precio (4); pues si no se tuvo consideracion al gravamen, 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 menos (5).

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 entonces 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 asi no será oído. Lo mismo procede aunque no se dudase que era del difunto, si al principio del juicio amenaza el mismo peligro á todos (6). Esta tercera limitacion se entiende, excepto que el hijo á quien se quitó su parte fuese gravado por esta razon en su legítima, pues entonces deben completársela los coherederos (7); ó que conste que la voluntad del testador fue que se observase toda la igualdad entre todos, v. gr. cuando dijo que cada uno llevase todo lo que le correspondia; ó en la co-

1 Ley 9. tit. 15. Part. 6. Ley *Cum pater*, 77. §. *Evictis*, ff. *de legat.* 2.

2 Dicha ley *Si familiae*.

3 Glos. et DD. in dict. leg. *Si fam.* Menoch. consil. 67. num. 78. lib. 1.

4 Ley 1. §. *Hares*, ff. *ad trebellian.* Ley *Fundi partem*, et ibi glos. et DD. ff. *de contrahend. emption.*

5 Matienz. en la ley 1. tit. 11. lib. 5. Rec glos. 9, desde el num. 26 Ayor. part. 3. quæst. 9. num. 19.

6 Paul. in leg. *Si familiae* cit. Guerreir. lib. 8. y cap. 18. cit. num. 10 y 14. Herminos. en la ley 32. tit. 5. Part. 5. glos. 1. num. 114.

7 Ley *Sciurus*, Cod. *de inoffic. testam.*

sa poseída por el mismo testador, mas no si no la poseía (1).
 7. En cuanto á si corresponderá ó no al legatario la acción 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 fue específico de cierta alhaja ó cosa que el legante poseía como suya; en cuyo caso no le compete, aunque se la quiten, y sea conjunto del legante (2); 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 posesion (3). Pero si sabia que era agena, y no obstante la legó, competirá al legatario su repetición, no por evicción, sino como legado de estimación 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 lega (4): 2.º cuando el legado es g nerico, en el cual le compete la evicción (5): 3.º cuando el testador lega cosa que sabe ciertamente que es agena: entonces el heredero est  obligado   evicción, y por consiguiente   redimir   comprar la cosa pagando   su dueño lo que valga, y entregándola al legatario, pues se convierte igualmente en legado de estimación. Y para saber si es agena   propia del testador, lo debe probar el legatario, y no probando, nada llevará,   menos que sea conjunto suyo, v. gr. muger, hijo   otro pariente (6): y 4.º cuando el testador lega sin saberlo   conjunta persona, v. gr.   un hijo la cosa agena, creyendo que es suya; en cuyo caso vale el legado, y asi el coheredero est  obligado   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,   otro tanto de sus bienes (7).

8. No h  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

1 Ley *Cum pater*, §. *Evictis*, ff. de *legatis*, 2. Greg. Lop. en la ley 9. tit. 15. Part. 6. glos. 2.

2 Ley *Si is qui*, ff. de *eviction*. Ley *Si   substituto*, §. 1, y ley *Si legati servi nomine*, ff. de *legat*. 1.

3 Ley *Si pignore*. §. de *furt*. Ley *Cum ex familia*, §. *Si rem*, ff. de *legat*. 2.

4 Ley *Cum alienam*, Cod. de *legat*. y ley *Cum pater* §. *Evictis*, ff. de *legat*. 2. Gom. lib. 2. *Var*. cap. 2. num. 36. Valasc.

dicho cap. 37. num. 8 al 13.

5 Ley *Heres servum*, ff. de *eviction*. Ley *Si   substituto*, §. 1. y ley *Si heres generaliter*, ff. de *legat*. 1. Gom. dicho cap. 2. num. 5.

6 Ley 10 tit. 9. Part. 6. Dicha ley *Cum alienam*. ley *Hujusmodi*, §. *Qui servum*, ff. de *legat*. 1.

7 Ley *Cum alienam*, cit. Paul. ubi supr. fin. Valasc. cap. 37. cit. num. 9 y 13.

legarle su estimación, porque no media la afición que al conjunto, para que se conceptúe que en todo evento quiso beneficiarle como á este (1); y así no vale el legado.

9. Tampoco há 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 quiten (2). 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 cosa (3): ó cuando lega aquella que esperaba adquirir, porque se presume legar esta esperanza, y no la cosa misma (4): 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 há lugar la evicción; lo que al contrario cuando simple y absolutamente creía ser suya (5): ó si legó alguna cosa juzgando ser suya por alguna causa, la cual espiraba con su muerte, y él lo ignoraba; pero no, si lo sabía (6).

1 Góm. lib. 2. *Var* cap. 2. num. 36. vers. *Si verò erat aliena*. Val. ibi, num. 14.

2 Ley *Cum pater*, 77. §. 8. ff. *de legatis*, 2.

3 Abb. in cap. *Filius*, num. 4. et ibi *Córvarr.* num. 3. *de testam.* Alex. consil. 47. num. 4. lib. 3.

4 Ley *Cum alienam*, *Cod. de legat.*

Rom. consil. 38. num. 5. Alex. consil. 11. num. 17. lib. 3.

5 Ley *Cum alienam*, citada.

6 Menoch. part. 2. lib. 4. *presumpt* 118. *Guerreir. de divis.* lib. 3. cap. 18. 19. *Valasc. de partit.* cap. 37. *Hermos. ley* 39. tit. 5. *Part. 5.* glos. 1.